

De: <satje.pichincha@funcionjudicial.gob.ec>

Date: lun, 14 de nov. de 2022 6:14 p. m.

Subject: Juicio No: 17230201511842 Nombre Litigante: YEPEZ ENDARA JORGE EDUARDO

To: <narbole@gmail.com>

Usted ha recibido una notificación en su casillero electrónico del proceso número 17230201511842

**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL**

Juicio No: 17230201511842 PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 1648

Casillero Judicial Electrónico No: 0

Fecha de Notificación: 14 de noviembre de 2022

A: YEPEZ ENDARA JORGE EDUARDO

Dr / Ab:

UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

En el Juicio No. 17230201511842, hay lo siguiente:

VISTOS.- Avoca conocimiento de esta causa en calidad de Juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, el Dr. JORGE ALEJANDRO MIRANDA CALVACHE, según acción de personal No. 4261-DNTH-2018-MC, de 7 de septiembre de 2018, en funciones desde el 10 de septiembre de 2018; y, en virtud del sorteo respectivo.

JURISDICCION Y COMPETENCIA

Este Juez está previsto de jurisdicción y competencia, conforme lo previsto en los Arts. 167 y 178 de la Constitución de la República del Ecuador; así como sus atribuciones y deberes emanan del Art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, su competencia se ha radicado en virtud del sorteo correspondiente. Afín con aquello, nuestra Carta Fundamental, en su Art. 75 establece que: “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”.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE HECHO

En lo principal, el señor CARLOS WILSON ORELLANA LESCANO, en calidad de Presidente de la Asociación de Beneficiarios del Fondo Privado de Jubilación de la Contraloría General del Estado, comparece y después de consignar sus generales de ley, dice que el demandado es el señor LUIS ALFONSO MIÑO MORALES, en calidad de Presidente y como tal Representante Legal del Fondo Complementario Previsional Cerrado para la Jubilación de los Servidores de la Contraloría General del Estado, y por sus propios derechos.- Dice que el Fondo de Jubilación Patronal de los servidores de la Contraloría General del Estado, fue creado por acuerdo 258 de 3 de junio de 1983; que en la resolución SBS-2004-0740 el anterior Fondo de Jubilación, pasó a ser el Fondo Complementario Previsional Cerrado de los Servidores de la Contraloría General del Estado, como un sistema de financiamiento de reparto o capitalización.- Señala que en septiembre de 2013, la Administración del Fondo Complementario Previsional Cerrado de los Servidores de la Contraloría General del Estado, dispuso que del total de los aportes individuales, patronales y sus rendimientos se disminuyan el total de las pensiones jubilares percibidas hasta septiembre de 2013, basados en la resolución 2013-504 de Superintendencia de Bancos, de 7 de agosto de 2013.- Dice que al deducir de las cuentas individuales el total de pensiones pagadas hasta la emisión de la mentada Resolución, la administración del Fondo, con imprudencia e impericia causó un perjuicio a los jubilados.- Que los rendimientos de las inversiones a junio de 2013, eran de USD. \$ 19'772.707,80 en tanto que la cuenta de patrimonio institucional, aportes personales y patronales, alcanzaban USD. \$ 15'695.683,28.- Que la Administración de Fondo en sesión de 4 de octubre de 2013 resuelve reducir al 25% las pensiones a partir de septiembre de 2013.- Luego, dicha Administración el 9 de noviembre de 2013, suspende definitivamente las pensiones jubilares.- Dice que las decisiones del demandado tomadas con audacia, sin percibir sus efectos, llevó al Fondo Complementario Previsional Cerrado de los Servidores de la Contraloría General del Estado, a causar daño a 500 partícipes del fondo, el cual se manifiesta cuando se reduce al 25% las pensiones a partir de septiembre de 2013, resuelta en sesión de 4 de octubre de 2013; luego la suspensión de pagos de las pensiones jubilares a partir de octubre de 2013, y finalmente el descuento indebido e ilegal en la cuentas individuales de las pensiones pagadas hasta septiembre de 2013, que debía considerarse a partir de la vigencia de la Resolución 2013-504, publicada en el Registro Oficial 53 de 7 de agosto de 2013.- Dice que estos hechos han causado sufrimientos físicos o síquicos como angustia, humillaciones u ofensas a los jubilados, a tal extremo que se han visto obligados a firmar actas transaccionales de liquidación, con perjuicio para su patrimonio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y PRETENSION

Con los antecedentes expuestos y fundamentado en lo determinado en los Arts. 1453, 2214, 2229, 2232 y 2235 del Código Civil; demanda en juicio ordinario al señor LUIS ALFONSO MIÑO MORALES, en calidad de Presidente y como tal Representante Legal del Fondo Complementario Previsional Cerrado para la Jubilación de los Servidores de la Contraloría General del Estado, y por sus propios derechos; a fin de que en sentencia se declare nula la resolución del Fondo Complementario Previsional Cerrado para la Jubilación de los Servidores de la Contraloría General del Estado, tomada en sesión de 4 de octubre de 2013, que determinó la reducción al 25% de las pensiones jubilares a partir de septiembre de 2013;

que se declare nula la resolución de la asamblea general de representantes del Fondo Complementario Previsional Cerrado para la Jubilación de los Servidores de la Contraloría General del Estado, de 9 de noviembre de 2013, que suspendió el pago de las pensiones jubilares; y, como consecuencia de lo cual, se restituyan a las cuentas individuales los aportes personales, patronales y los rendimientos acumulados hasta esa fecha, ya que no fueron utilizados en el pago de pensiones.- La indemnización por la retención del 25% de las pensiones, será desde el mes de septiembre de 2013 más los intereses hasta cuando se ejecute la sentencia.- La indemnización por la falta de pago de las pensiones de jubilación será desde octubre de 2013 más intereses hasta la ejecución de la sentencia; y, la indemnización por daño moral será de USD. \$ 5'000.000.

CITACION

Se ha citado al demandado señor LUIS ALFONSO MIÑO MORALES, en calidad de Presidente y como tal Representante Legal del Fondo Complementario Previsional Cerrado para la Jubilación de los Servidores de la Contraloría General del Estado, por boletas, los días 29 y 30 de septiembre, y 1 de octubre de 2015, conforme se desprende de las actas citatorias sentadas por el funcionario de la Sala de Citaciones de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, señor Byron Yáñez (fs. 18 a 19).

DESARROLLO, PRUEBAS Y VALIDEZ PROCESAL

Por sorteo ha correspondido el conocimiento de la presente causa a este Juez, admitiéndose a trámite la pretensión.

El demandado, señor LUIS ALFONSO MIÑO MORALES, comparece al proceso en calidad de Presidente y como tal Representante Legal del Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para la Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, y por sus propios derechos; mediante escrito presentado el 22 de octubre de 2015, y contesta la demanda con la negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, y propone las siguientes excepciones: ilegitimidad de personería activa; inexistencia del fondo de jubilación patronal de la Contraloría General del Estado; falta de legítimo contradictor; falta de litis consorcio pasivo; falta de derecho del actor; excepción de litis pendencia; incompatibilidad de acciones; prejudicialidad; equivocación de la vía judicial; inexistencia de daño moral y cuasidelito; falta de requisitos de la demanda.

RECONVENCION.- La parte demandada, señor LUIS ALFONSO MIÑO MORALES, por sus propios derechos y en calidad de Presidente y como tal Representante Legal del Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para la Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado; reconviene a la parte actora, señor CARLOS WILSON ORELLANA LESCANO, por sus propios derechos y por los que representa en calidad de Presidente de la Asociación de Beneficiarios del Fondo Privado de Jubilación de la Contraloría General del Estado; por daño moral por procesamiento injusto y pide reparación en la cantidad de USD. \$ 5'000.000.

El demandado reconvenional, señor CARLOS WILSON ORELLANA LESCANO, por sus propios derechos, contesta la demanda reconvenional negando los fundamentos de hecho y de derecho; y, propone la excepción de ilegitimidad pasiva.

Se ha convocado a las partes a la Junta de Conciliación, sin que exista avenimiento de las partes, se da por concluida la diligencia.

Se abre la causa a prueba por el término legal de 10 días, dentro del cual se aportó las probanzas pertinentes, debidamente pedidas, ordenadas y actuadas.

Por disposición expresa de los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, es obligación del accionante probar los hechos que afirma y de los cuales el demandado pudo haber negado; el demandado por su parte está obligado a probar los hechos, si su negativa implica afirmación explícita o implícita sobre lo alegado; las partes procesales están obligadas a probar sus alegaciones, excepto las que se presuman conforme a la ley, y aún más, pueden pedir y actuar prueba de los hechos de su adversario.

Haciendo uso de la etapa probatoria, se tiene: A) La parte ACCIONANTE pide que se tenga como prueba de su parte todo cuanto de autos le sea favorable, en especial las fs. 3 y 5; que se oficie al Fondo Complementario Previsional Cerrado para la jubilación de los servidores de la Contraloría General del Estado para que remita los estados financieros de los años 2012 y 2013 y de cada uno de sus meses; que se reproduzca el informe pericial presentado por el perito Marcelo Aldaz de 7 de marzo de 2019; que se nombre perito financiero para la verificación el estado de cuenta de saldos iniciales y calcule el perjuicio irrogado a los afiliados del fondo; que se reproduzca la resolución número SBS-2013-504 de la Superintendencia de Bancos de 9 de julio de 2013; que se oficie a Superintendencia de Bancos para que remita el oficio número ISSS-2014-0364 de 30 de abril de 2014; que se reproduzca la sentencia número 17-14-IN/20 de 24 de junio de 2020 de declaratoria de inconstitucionalidad de las Resoluciones de Superintendencia de Bancos, números SBS-2013-504 y SBS-2013-800; así como la Resolución número 280-2016-F; impugna la prueba de la contraparte; que se oficie al Fondo Complementario Previsional Cerrado para la jubilación de los servidores de la Contraloría General del Estado, para que remita el informe de la empresa Actuaría Consultores Cía. Ltda.; que se nombre perito psicólogo; que se oficie al Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para la Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, para que remita el listado de los partícipes del fondo que se redujo y luego se suspendió sus pensiones; que se oficie al Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para la Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, para que remita copias certificadas de la Resoluciones del Consejo de Administración de 4 de octubre de 2013, y de la Asamblea de Representantes de 9 de noviembre de 2013.

B) La parte DEMANDADA pide que se tenga como prueba de su parte la documentación agregada al proceso el 22 de octubre de 2015, que consta de autos y consiste en: copia certificada del nombramiento del Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado; la copia del acta del Consejo de Administración del Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado; copia del acta del

Consejo de Asamblea General del Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado; el estatuto del Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado y sus reformas; la demanda presentado por el señor Carlos Wilson Orellana; el oficio número 0408-2014 SFMNAAI-CPJP-SN; el oficio emitido por el Ministerio de Bienestar Social; el acta número 013-2013 de sesión ordinaria del Consejo de Administración; el informe final del estudio actuarial; el decreto ejecutivo 172 de 7 de diciembre de 2009; comunicaciones recibidas del señor Carlos Wilson Orellana; copias de la sentencia constitucional del proceso 17141-2014-1433.- En escrito de 7 de julio de 2021, agrega como prueba de su parte el informe final definitivo del estudio actuarial del Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para la Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado; la calificación de cartera normal y la vencida de mayo de 2021; las actas de asamblea extraordinaria 001-2012 y 001-2013 del Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para la Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado; los estados financieros mayo 2021; el pago jubilados del Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para la Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado; el estado financiero del 2013; el estado financiero al 2017; los miembros del Consejo de Administración 2010-2015 del Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para la Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado.- Todo lo cual, consta de fs. 1453 a 1699.- Agrega las copias certificadas materializadas por acto notarial del SATJE del proceso 17984-2014-0221 (fs. 1760 a 1711).

C) De fs. 1735 a 1742 consta el informe pericial de la Dra. Laura Iñiguez, sobre la evaluación psicológica de Marianita de Jesús Escobar López.- De fs. 1744 a 1751 consta el informe pericial de la Dra. Laura Iñiguez, sobre la evaluación psicológica de Tito Gustavo Padilla Díaz.- De fs. 1752 a 1754 consta el informe pericial de la Dra. Laura Iñiguez, sobre la evaluación psicológica de Consuelo del Carmen Sola Narváez.- De fs. 1772 a 1773 consta la respuesta dada a las observaciones al informe pericial de la Dra. Laura Iñiguez.

D) De fs. 1777 a 1797 consta el informe pericial del Ing. Pablo Pacheco Jaramillo.- La aclaración al informe consta de fs. 1818 a 1819.

E) De fs. 1812 a 1816 consta copias del oficio número INSS-2014-0364 de 30 de abril de 2014, remitido por la Superintendencia de Bancos.

F) De fs. 1833 a 1946, consta la respuesta dada por el demandado, a los oficios sobre el acta número 013-2013 del Consejo de Administración de 4 de octubre de 2013; acta número 001-2013 de la Asamblea General de Representantes de 9 de noviembre de 2013; el informe final del estudio actuarial de migración a cuentas individuales, de 30 de septiembre de 2013; el informe final de actualización de saldos de cuentas individuales al 30 de junio de 2014.

G) A fs. 2002, consta la Resolución número SBS-2013-504 de la Superintendencia de Bancos.- De fs. 2003 a 2007 vta., consta la sentencia constitucional 17-14-IN/20.

Una vez agotado el trámite de la causa, se advierte que no existe omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir o haya influido en la decisión del fondo, por lo que, se

declara válido el presente proceso, el mismo que se ha seguido las reglas del debido proceso, y ha garantizado los derechos de los sujetos procesales, según las normas Constitucionales vigentes.

MOTIVACION

De acuerdo a lo previsto en el Art. 67, numeral 7, literal L, de la Constitución de la República del Ecuador, que ordena: “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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”, este fallo, se motiva de la siguiente manera:

El Artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que: “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”.

La Corte Constitucional del Ecuador, en el sentencia número 211-17-SEP-CC, de 5 de julio de 2017, sobre la tutela judicial ha dicho: “*Adicionalmente, respecto al derecho en referencia, este Organismo ha determinado que se encuentra conformado por tres elementos, el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo o sustanciación del proceso (debida diligencia), y el tercero que se refiere a la ejecución de la sentencia. (...)*”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Flor Freire vs. Ecuador, sentencia de 31 de agosto de 2016. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 185; sobre la motivación señala lo siguiente: “[e]l deber de motivación no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino una respuesta a los argumentos principales y esenciales al objeto de la controversia”.

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 1158-17-EP/21, Caso No. 1158-17-EP (Caso *Garantía de la motivación*) Juez ponente: Alí Lozada Prado, de 20 de octubre de 2021, sobre la motivación señala que siendo la argumentación jurídica la expresión del razonamiento desarrollado para resolver un determinado problema jurídico, puede responder a uno o varios problemas jurídicos (que surgen de las alegaciones de las partes) y contener una o varias argumentaciones jurídicas que sirven de apoyo a una cierta decisión de autoridad (respuestas a los problemas jurídicos).

“59. La Corte también ha descrito la estructura mínima de una argumentación añadiendo un tercer elemento a los dos indicados en la cita reciente: “[los actos jurisdiccionales deben:] i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron [los juzgadores]; ii) enunciar los hechos del caso; y, iii) explicar la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho”.

61.1. *Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en “la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas”. O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, “[l]a motivación no puede limitarse a citar normas” y menos a “la mera enunciación inconexa [o “dispersa”] de normas jurídicas”, sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso.*

61.2. *Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, “la motivación no se agota con la mera enunciación de [... los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]”, sino que, por el contrario, “los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [...] si] no se analizan las pruebas”. En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en “la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas”, sino que se debe: “exponer [...] el acervo probatorio aportado a los autos”, “mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado” y “permitir conocer cuáles son los hechos”. Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes.”*

El estándar de suficiencia de la motivación va ligado a la complejidad del caso, las materias alegadas y los hechos del caso; en unos casos unas breves consideraciones bastarán para resolver el caso, mientras que en otros la motivación debe ser exhaustiva.

Para concluir este tema, en la sentencia número 260-13-EP/20, caso 260-13-EP, la Corte Constitucional, dijo lo siguiente: “31. Según lo ha dicho la Corte Constitucional la motivación constituye una garantía concreta del derecho a la defensa y a su vez forma parte del espectro general del debido proceso, como uno de sus componentes primordiales. La garantía del derecho a recibir decisiones motivadas tiene necesariamente dos tipos de destinatarios conjuntos: 1) las partes del proceso o los requirentes de una petición de la que se espera una respuesta, pronunciamiento o decisión, lo cual configura la concepción endoprosesal de la motivación; y, 2) los ciudadanos en general, que indistintamente de tener calidad de peticionarios o de partes de un proceso, exigen el control democrático de las decisiones de las autoridades del poder público, como requisito de su legitimación, todo lo cual configura la concepción extraprosesal de la motivación”.

Existen ciertas reglas que nos aproximan a entender la naturaleza del principio dispositivo:

1. Por la regla reza *nemo iure sine actore*; el inicio de un proceso le corresponde al que reclama una pretensión, por lo tanto, el juez no puede actuar oficiosamente.
2. Por la regla *quod non est in actis non est in mundo*, los hechos y el material probatorio solo pueden ser introducidos por los litigantes, nunca por el juez.
3. Por la regla *ubi partis sunt concordantes nihil ab iudicibus*, los acuerdos probatorios o hechos probados deben pasar por ciertos para el juez.
4. Por la regla *secundum allegata et probata*, en su decisión el juez debe estar sujeto a lo pretendido y probado.
5. Por la regla *ne eat ultra petita partium*, nunca debe concederse

otra cosa de lo pedido por el actor. (Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I (Buenos Aires: Ediar Soc. Anón, 1963), 101.- Este fallo, se motiva de la siguiente manera:

DEFENSA Y EXCEPCIONES

El demandado se ha opuesto a la demanda con la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho.

Enrique Véscovi, en su obra *Teoría general del proceso*, Bogotá: Temis S.A, segunda edición actualizada, 2006, Pág. 77, refiriéndose a las actitudes que puede tomar el demandado al contestar la demanda o ejercer la contradicción, menciona 3 actitudes, una la pasiva, esto es la no comparecencia; la segunda de aceptación de la demanda; y, la tercera: “c) Oposición: defensa, excepción. La tercera actitud (fuera de la expectativa que se da en casos de excepción) es la de contradecir la demanda. En este caso puede oponerse una defensa o una excepción, si utilizamos la terminología más común en la doctrina”.

Hernando Devis Echandía, analiza el ejercicio del derecho de contradicción, mediante la oposición, con argumentos de defensas y excepciones; y remontándose al derecho romano, manifiesta que las defensas planteaban al juez la cuestión si el derecho existía o no; mientras que la excepción planteaba insertar en la discusión hechos diferentes que descarte los efectos de la pretensión. Siguiendo a Chioyenda, dice que debe distinguirse entre la simple negación del derecho afirmado por el actor, y la contraposición con hechos nuevos que excluyan la pretensión, considerando que sólo los hechos que se contraponen constituyen excepción. En tanto que para Carnelutti, la defensa es la negación de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, sin necesidad de presentar prueba de aquello, puesto que es al demandante que le corresponde demostrar su pretensión; y, las excepciones son hechos distintos susceptibles de ser probados por el demandado que los alega, de naturaleza impeditiva, modificativa o extintiva, según corresponda eliminar el nacimiento del derecho, su modificación o extinción. Dice que Guasp habla de oposición como cualquier enfrentamiento a la pretensión de actor, diferenciando entre una simple oposición mediante la negativa de la pretensión y una verdadera afirmación contraria, que se llama excepción. Couture da a la excepción un sentido de derecho a la defensa o de contradicción, que engloba toda oposición a la pretensión del actor, es por ello que para Couture no hay diferencia entre las dos nociones. Para Fornatti, excepción es aquella particular actividad defensiva. Alsina dice que en la práctica excepción es toda defensa, pero que en sentido sustancial, excepción es cuando el hecho impeditivo o extintivo no puede ser tenido en cuenta por el juez, sin expresa petición del demandado. Para el derecho francés, la defensa ataca la demanda, sin oponerse a la actividad jurisdiccional puesta en movimiento; en cambio la excepción es la oposición a la actividad jurisdiccional, esto es al procedimiento, y no al derecho material pretendido por el actor.

Finalmente para Devis Echandía, la defensa es un medio de oposición a la demanda y al proceso, tanto a la pretensión como al procedimiento; y, que se debe distinguir entre defensa en estricto sentido, excepciones e impedimentos procesales. La defensa solamente es negar lo pretendido por el actor; excepción cuando se alega hechos nuevos, que los debe probar, el

juez no puede declararlos de oficio; en tanto que los impedimentos procesales, se refieren a defectos de procedimiento.

La parte demandada ha propuesto las siguientes excepciones:

A) SOBRE LAS EXCEPCIONES DE INEXISTENCIA DEL FONDO DE JUBILACION PATRONAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO, FALTA DE LEGITIMO CONTRADICTOR, FALTA DE LITIS CONSORCIO PASIVO, FALTA DE DERECHO DEL ACTOR.

- Para abordar el concepto de legitimación en causa, es necesario partir del siguiente enunciado: la decisión judicial es capaz de surtir efectos jurídicos de tal naturaleza que pueda obligar a su cumplimiento, cuando el objeto del litigio fue discutido con quienes ostentan la titularidad del derecho material o situación jurídico material.

En lo que respecta al demandante, la legitimación en la causa es la titularidad del interés materia del litigio y que debe ser objeto de sentencia (procesos contenciosos) o del interés para declarar o satisfacer mediante el requisito de la sentencia (procesos voluntarios). Y por lo que al demandado se refiere, consiste en la titularidad del interés en litigio, por ser la persona llamada a contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídico-material objeto de la demanda (procesos contencioso ejecutivos, de condena, declarativos o de declaración constitutiva). (Devis Echandía, Nociones Generales del Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2009, pág. 354).

Tener la legitimación en causa, tanto del actor como del demandado, “mira a obtener únicamente sentencia de fondo, sea favorable o desfavorable, por estar el sujeto facultado para controvertir la existencia o inexistencia del pretendido derecho o relación jurídico-material”. (Devis Echandía, Nociones Generales del Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2009, pág. 355).

En la Gaceta Judicial, Año XCIX. Serie XVII. No. 1, pág. 63, (Quito, 25 de junio de 1999) sobre la legitimación en causa, se lee: “CUARTO: (...) El Tribunal de instancia ha confundido lamentablemente lo que es la ilegitimidad de personería con lo que es la falta de legítimo contradictor o falta de legitimación en la causa (legitimatío ad causam), que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial. Sobre este tema, el profesor Hernando Devis Echandía expresa que para que haya legitimatío ad causam "No se necesita ser el titular o el sujeto activo o pasivo del derecho o de la relación jurídica material (lo que supondría que ésta siempre existiera), sino del interés en que se decida si efectivamente existe (y por lo tanto, aún cuando en realidad no exista) (...) Se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido (por ejemplo, quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene la legitimación en la causa por el solo hecho de pretender ser heredero o dueño; pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por ello la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda) (...) Si además de existir la legitimación en la causa, resulta que el derecho o la relación jurídica sustancial existe en verdad, que el demandante es su titular y el demandado el sujeto pasivo,

entonces el demandante obtendrá sentencia favorable de fondo; mas, en caso contrario, la sentencia será de fondo o de mérito, pero desfavorable a aquél" (Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del proceso. Tomo I. pág. 269-270, 14a. edición, editorial ABC, 1996). Por otra parte, la legitimación en la causa o legitimatio ad causam "Determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en él de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda (...) puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso, la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litisconsorcio necesario (...) Como ejemplo pueden mencionarse las demandas de nulidad o rescisión de un contrato, que deben comprender a quienes figuran como partes en el mismo contrato y a sus causahabientes a título singular o universal (compradores o cesionarios del primer comprador), ya que la decisión produce efectos contra todos. En el caso inverso, es decir, el de concurrencia necesaria para demandar, se presenta cuando son varios los vendedores o cedentes y se quiere demandar para que se declare nula la venta o cesión; pero si alguno de ellos se niega a demandar, los otros pueden hacerlo y pedir que se les cite al proceso, en el auto admisorio de la demanda, para que la sentencia los vincule, con lo cual se produce el correspondiente litisconsorcio... Es decir, no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso" (Ob. citada, pág. 268-269). [...]."

En el mismo sentido en la Gaceta Judicial, Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. Página 1405, (Quito, 30 de mayo de 2007) sobre la legitimación en causa, se dice: "TERCERO: [...] 3.4. Es necesario distinguir entre legitimidad de personería y legitimación en causa. La legitimidad de personería (legitimatio ad processum) establecida como solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias por el Art. 346, No 3, del Código de Procedimiento Civil, constituye la capacidad procesal para comparecer en juicio por sí mismo, como actor o demandado. Todos pueden comparecer a juicio, por regla general, con las excepciones que establece el Art. 33 del Código de Procedimiento Civil. La ilegitimidad de personería es entonces causa de nulidad procesal. La legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso. Es decir que, para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones. Por lo dicho: no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia

con otras personas que no han comparecido al proceso", Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, 38. Edición, Buenos Aires, Editorial Universal, 2004, pág. 259."

Dante Barrios de Angelis, *Teoría del proceso* 2ª ed. (Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de f, 2005), pág. 106, dice que se debe diferenciar la legitimación en causa de la capacidad procesal "El menor puede estar legitimado ad causam, pero no puede intervenir por sí; el poseedor capaz no puede ser desalojado, por falta de legitimación causal".

Otro ejemplo que por lo sencillo no deja de ser profundo, lo expone Enrique Vécovi, en su obra *Teoría general del proceso*, Bogotá: Temis S.A, segunda edición actualizada, 2006, pág. 168, sobre la legitimación en causa: "Ticio es un sujeto plenamente capaz (capacidad procesal) pero, para demandar el desalojo, debe demostrar o que es arrendador, o subarrendador, o titular de un derecho real de goce, por ejemplo, Para reivindicar debe ser propietario, y así sucesivamente. Esa es la legitimación (activa). A su vez, para ser demandado deberá ser arrendatario, subarrendatario, etc., o poseedor (legitimación pasiva).

Entonces, la legitimación en la causa corresponde enfocarla desde la visión de ser, quien pretende y contra quien se pretende, la persona titular del interés en litigio, sea esta parte procesal, individual o conjunta.

Además, debemos conocer lo que se señala en la obra de Hernando Devis Echandía, *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2009, Página 445, dice: "El contradictor necesario puede ser simple (entre dos personas), pero si los sujetos son más de dos (en sentido jurídico y no físico, por ejemplo, el representante o apoderado y el representado, forman un solo sujeto), estaremos en presencia de un litis consorcio necesario (...) Faltará el contradictor necesario en dos hipótesis: cuando quienes concurren no son los sujetos a quien correspondía formular o contradecir las pretensiones que aparecen en la demanda, y cuando aquellos debían ser partes, en la posición de demandantes y demandados, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al juicio. La segunda se refiere al litisconsorcio necesario, pues la parte demandante o la demandada, o ambos, deben estar formadas por más de una persona, y en el juicio no están presentes todas ellas".

La accionada, al contestar la demanda señala que comparece como Representante del Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, siendo distinto el ente demandado, pues a quien se demandó es al Fondo Complementario Previsional Cerrado para la Jubilación de los Servidores de la Contraloría General del Estado.- Sin expresar en que se trata de persona jurídica distinta la demandada, en cuyo caso no hubiere resistido la demanda por no tener nada que discutir sobre el derecho de fondo con el accionante; pues la simple disminución o aumento de una palabra en la descripción denominativa de la parte accionada, no enerva la calidad de legitimo contradictor pasivo; así, es indudable que quien contestó la demanda, Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, es el sujeto facultado para controvertir la existencia o inexistencia del pretendido derecho o relación jurídico-material; es la persona llamada a contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídico-material objeto de la demanda; a decir de Devis Echandía.

Por lo cual está demostrada la POSICION HABILITANTE PARA DEDUCIR DETERMINADA PRETENSIÓN EN UN CASO CONCRETO, como la doctrina actual define a la legitimación en causa, así como la necesidad de la tutela jurisdiccional en función del conflicto de intereses, llamado INTERES PARA OBRAR.- Por tanto se niega estas excepciones.

B) SOBRE LA EXCEPCIÓN DE ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA ACTIVA.- Barrios de Angelis (Barrios de Angelis, Teoría del Proceso, págs. 104 a 105), dice que debe diferenciarse entre la capacidad para ser parte, la capacidad para estar en juicio y la capacidad de postulación.- Según este autor, “La capacidad para ser parte corresponde a todo sujeto jurídico; persona física o jurídica; significa que ella, y por ella sus representantes o sustitutos, pueden demandar o gestionar; también que puede ser demandada”.- Dice que la capacidad para estar en juicio, “Importa un conocimiento de los propios actos y negocios, una capacidad para discurrir y resolver que excluye a los sometidos a patria potestad, a tutela, a concurso, etc. Equivale a la capacidad de ejercicio del derecho civil –no es idéntica- y se la califica, generalmente, como capacidad procesal.”

Enrique Vescovi (Vescovi, Teoría General del Proceso, págs. 159 a 170), distingue entre la “capacidad de goce y la de ejercicio. La primera es la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones –de carácter procesal, en lo que nuestro tema refiere-. O estar en las diferentes situaciones jurídicas procesales. La capacidad de ejercicio es la aptitud para ejercer los derechos; en nuestro caso, para actuar por sí en el proceso”.- Mientras la capacidad de goce es un atributo de todas las personas, la capacidad de ejercicio la ostentan quienes pueden obligarse por sí mismos sin el ministerio o la autorización de otra.- Vescovi, al citar a Couture, dice que existen personas capaces, incapaces y semicapaces para litigar.- Desarrollando estos conceptos, vemos que capaces son todas las personas, presunción legal que puede ser desvirtuada con prueba en contrario, dice el artículo 1462 de nuestro Código Civil que: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.”; y, el artículo 1461 señala que: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”

Los incapaces son las personas que no pueden obligarse por sí mismas, se dividen según el artículo 1463 del mismo Código, en absolutamente incapaces: los dementes, los impúberes y las personas sordas que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas; y, relativamente incapaces: los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas.- Los semicapaces son aquellos que necesitan junto a su capacidad de ejercicio complementar la capacidad de comparecencia válida, como en el caso del curador ad litem, o del abogado.

Sobre la legitimidad de personería, la Gaceta Judicial, Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 2840, (Quito, 17 de mayo de 2001), indica lo siguiente: “TERCERO.- (...) este Tribunal, ante el manejo desviado de la institución que se viene dando con preocupante frecuencia, considera necesario realizar las siguientes reflexiones: 1) el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil señala las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, y en el No. 3 consta la "legitimación de personería", que en doctrina se conoce como "legitimación procesal" o "legitimatío ad processum" que consiste, en definitiva, en la aptitud para comparecer en juicio por uno mismo o en representación de otro. Como esta Sala

ha manifestado en múltiples fallos (ejemplo el No. 516-99. R.O. 335 de 9.12.99), "Una persona puede comparecer como parte a juicio, por sus propios derechos o en representación de otra (sea natural o jurídica); pero para que los actos procesales que realice produzcan efectos jurídicos, debe ser capaz de comparecer como lo ha hecho. Por lo tanto, la ilegitimidad de personería o falta de "legitimatio ad processum" se produce cuando comparece a juicio: 1) Por sí solo quien no es capaz de hacerlo de la capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra: artículo 1448 inciso final del Código Civil); 2) El que afirma ser representante legal y no lo es ("Son representantes legales de una persona, el padre o la madre bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 589": artículo 28 del Código Civil); 3) El que afirma ser procurador y no tiene poder ("Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer a juicio": artículo 40 del Código de Procedimiento Civil); 4) El procurador cuyo poder es insuficiente; y, 5) El que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquél, pues se puede comparecer a juicio a nombre de otro sin poder, pero con oferta de ratificación (gestión de negocios), conforme lo ha resuelto ya esta Sala en casos anteriores, como la sentencia dictada en el juicio No. 604-95, y publicada en el Registro Oficial No. 39 de 2 de octubre de 1998 (...)"

Si bien la parte procesal puede tener capacidad de goce y capacidad de ejercicio, constituyendo la legitimidad de personería, no obstante, para el ejercicio de su acción (salvo las excepciones legales), necesita el patrocinio de un abogado, esto es, completar la capacidad procesal de postulación, con un defensor técnico jurídico.- En el derecho comparado tenemos que en Colombia: La ley establece generalmente ciertas limitaciones al derecho de comparecer en nombre propio a los juicios civiles, limitaciones que no atañen a la capacidad propiamente, sino a la habilidad para litigar, como ejercicio de una profesión garantizada, reglamentada y defendida por el Estado. En este sentido, la ley suele exigir que, para comparecer en juicio, las personas capaces (sea que obren en su nombre o que representen a otras) deben hacerlo por intermedio de abogado inscrito en el respectivo despacho judicial, a no ser que ellas mismas tengan esa calidad. Se trata, como se ve, de un caso de inhabilidad para comparecer en juicio por sí mismo. De este modo, si el juez acepta la demanda o le da curso a actuaciones promovidas por una parte, con violación de la prohibición legal, podría proponerse la consiguiente nulidad. (Devis Echandía, Nociones, cit., págs. 557 a 558).

Al comparecer al proceso como accionante, el señor CARLOS WILSON ORELLANA LESCANO, en calidad de Presidente de la Asociación de Beneficiarios del Fondo Privado de Jubilación de la Contraloría General del Estado, presenta a fs. 5 su nombramiento otorgado el 20 de febrero de 2015.- Además, en el supuesto de que la Asociación de Beneficiarios del Fondo Privado de Jubilación de la Contraloría General del Estado, no cuenta con estatutos aprobados, el artículo 568 del Código Civil, precisa que: "Si una corporación no tiene existencia legal, según el Art. 565, sus actos colectivos obligan a todos y cada uno de sus miembros solidariamente".- A continuación, el artículo 570 señala: "Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación, han conferido este carácter"; y, el artículo 571 -dice: "Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. En cuanto excedan de estos límites cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la

liquidación y el modo de verificarla”. De acuerdo a las normas de esta disposición, a lo previsto en el Art. 828 del Código de Procedimiento Civil, y a lo que se presenta en la práctica judicial, se dan tres situaciones respecto a la fijación de la cantidad a pagarse, cuando en un juicio se condena a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios: 1) Cuando en el proceso no se ha actuado prueba que permita al Juez determinar la cuantía a pagarse, o fijar las bases para la liquidación, en sentencia se ordenará el pago, pero la liquidación debe hacerse en cuerda separada, en juicio verbal sumario. 2) Cuando en el proceso no se ha actuado prueba que permita al juez determinar la cuantía a pagarse, pero sí existen elementos que hacen posible fijar las bases para la liquidación, entonces en sentencia se ordenará el pago y se dispondrá que la liquidación la realice el perito que nombrará el juez, de acuerdo a las bases que fije el juez en el fallo. 3) Si en el proceso se ha actuado prueba que posibilita realizar la liquidación y determinar la cuantía a pagarse, entonces en sentencia se ordenará el pago y se determinará a la vez la cantidad a pagarse.”

Sobre el informe pericial del Ing. Pablo Pacheco Jaramillo, la parte accionada realiza observaciones en su escrito de 24 de noviembre de 2021, en el siguiente sentido:

“1. Para obtener las conclusiones del referido informe el perito que lo elaboró ha utilizado en su metodología y consideraciones técnicas el informe pericial elaborado por el ingeniero Marcelo Aldáz Tobar, así como la información que consta en el expediente, documentos que no deberían formar parte del informe pericial en mención, ya que los mismos integran una parte del expediente de la que se declaró una nulidad por parte del Juez a cargo de esta causa, por lo que constituye una ilegalidad absoluta el uso de dichos documentos como sustento del presente informe, hecho que de inmediato invalida su contenido”

Recuérdese que la nulidad procesal fue declarada por este Juzgador, el 25 de noviembre de 2019, a las 11h06; retrotrayendo el proceso a partir de la providencia de 9 de noviembre de 2015, a las 13h51.

Cabe reflexionar si constituye ilegalidad que se haya servido el perito de documentación que constando del proceso, fue insertada dentro del período en que se declaró la nulidad procesal.

Al respecto, la parte demandada en su anuncio probatorio de 7 de julio de 2021, pidió que se tenga como prueba de su parte la documentación agregada al proceso el 22 de octubre de 2015, entre otras pruebas: “(...); 8. Informe final del estudio actuarial del FCPC para la jubilación patronal (Constante a fojas 542 a la 749 del expediente)”.- Correspondientes a los Informes Finales del Estudio Actuarial del FCPC para la jubilación patronal Contraloría General del Estado al 31 de marzo de 2006, 31 de diciembre de 2007 y 30 de septiembre de 2010.

En el referido escrito de prueba, la parte demandada agrega el informe final definitivo del estudio actuarial de migración a cuentas individuales del Fondo Complementario Previsional Cerrado de la Contraloría General, realizado por ACTUARIA CONSULTORES CIA. LTDA., de fecha 30 de septiembre de 2013.

Dicho razonamiento ya fue establecido por la Corte Constitucional, para el período de transición, en su sentencia No. 0045-11-SEP-CC, cuando menciona: "Las garantías

jurisdiccionales son mal utilizadas cuando se desechan acciones de raigambre constitucional argumentado que son cuestiones de legalidad, así como a asuntos de legalidad se le yuxtapone la justicia constitucional, a la justicia ordinaria”.

Esta Judicatura se he permitido relatar parte de la sentencia número 001-16-PJO-CC, caso No. 0530-10-JP, por la connotada importancia que tiene para el Juzgador distinguir cuando existe una vulneración de derechos constitucionales y cuando el quebrantamiento de los derechos corresponde ser conocido y reparado por la justicia ordinaria.- Por lo cual, la acción constitucional planteada dentro del proceso 17984-2014-0221 y en apelación el número 17141-2014-1433; no constituyen litis pendencia en relación con el presente proceso 17230-2015-11842, que está bajo conocimiento de este juzgador.

D) SOBRE LA EXCEPCION DE FALTA DE REQUISITOS DE LA DEMANDA.- El juzgador ha calificado la demanda de clara, precisa y completa porque esta reúne los requisitos previstos en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil.- Tanto más que el demandado supo y conoció con cabalidad los hechos sobre los cuales versaba la pretensión y la causa petendi; resultado de lo cual pudo ejercer el derecho a la defensa en forma amplia y detallada.- Por tanto, no cabe esta alegación.

E) SOBRE LA INCOMPATIBILIDAD DE ACCIONES, PREJUDICIALIDAD, EQUIVOCACION DE LA VIA PROCESAL E INEXISTENCIA DE DAÑO MORAL Y CUASIDELITO.- El demandado alega que no es procedente demandar la nulidad de las resoluciones de 4 de octubre y 9 de noviembre de 2013, y que no existe daño moral ni cuasidelito.- Al respecto, esta autoridad reflexiona como lo hizo en líneas precedentes sobre la naturaleza de las excepciones, en el sentido de que estas últimas excepciones deducidas por la parte demandada, son relativas a hechos impeditivos o extintivos de la acción, de la actividad jurisdiccional, en definitiva del procedimiento; y, no sobre el derecho material pretendido por el actor.- Puesto que el derecho material pretendido por el accionante se conocerá con la prueba que se practique, esto es, en sentencia de fondo; por lo cual, corresponde negar estas excepciones.

Además, en el fallo de triple reiteración número 334, registro oficial número 257 de 18 de agosto de 1999, la ex Corte Suprema de Justicia, señaló: *“Los daños materiales son lo que causan perjuicios económicos o patrimoniales a la víctima, es decir que la víctima después del daño es menos rica que antes. Los daños morales son los que no causan detrimento patrimonial a la víctima, sino dolo-sufrimiento-angustia-pesar, ya sea de carácter físico o psicológico. Cuando el daño material y el daño moral, son causados por un mismo hecho ilícito, las acciones para obtener la indemnización correspondiente deben acumularse por economía procesal, en una misma demanda, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, puesto que las acciones por daño moral, si bien son diversas, no son contrarias o incompatibles. Son usando una metáfora los “dos lados de una misma moneda”, una y otras reparaciones conjuntas, constituyen el todo del deber indemnizatorio”.*

SOBRE LOS FONDOS PREVISIONALES

El objetivo de los Fondos Complementarios Previsionales Cerrados, era conceder mejores prestaciones que las otorgadas por el Seguro Social Obligatorio, de tal manera que al momento de terminar su relación laboral, el miembro recibiría un ingreso diferenciado por el valor de sus ahorros, aportes patronales y rendimientos generados.

De manera que, a través del ahorro voluntario de sus partícipes, se constituía un patrimonio autónomo que mejoraba las prestaciones de la Seguridad Social Obligatoria; tales como, jubilación, vejez, muerte e invalidez que incluye discapacidad, y cesantía.

En relación al servicio de jubilación complementaria o adicional al entregado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, los partícipes podían recibir los valores entregados en todo el tiempo de trabajo.- Servicio que fue eliminado por la Resolución 504-2013 de la Superintendencia de Bancos.

LA RESOLUCION 504-2013 DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS

La Resolución 504-2013 de la Superintendencia de Bancos, publicada en el Registro Oficial número 53, de 7 de agosto de 2013; normó el funcionamiento de los fondos complementarios previsionales cerrados, en su conformación, funcionamiento, funciones, controles y su extinción.

En el artículo 14 de dicha Resolución, se implementa un sistema individualizado de cuentas de sus partícipes donde consten los aportes personales, patronales (si hubiera) y los rendimientos generados de ambos; y, todo movimiento contable que afecte a esos valores.

En el artículo 18 se crea la figura de la desvinculación voluntaria de los Fondos, pudiendo devolverse un monto menor o igual al 50% de sus aportes personales.

El artículo 20 señala que el 50% restante de las desvinculaciones voluntarias deberán contabilizarse en una cuenta separada del pasivo, misma que seguirá ganando rendimientos financieros si se generasen hasta que el partícipe cumpla con los requisitos para su salida del Fondo.

En el artículo 77, se elimina la prestación de jubilación y restringe las prestaciones previsionales a cesantía.

En las disposiciones transitorias precisan la aplicación en un plazo de 90 días; y, la implementación del sistema de cuentas individualizado en un plazo no mayor a 365 días.

IMPUGNACION DE RESOLUCIONES INTERNAS DEL FONDO COMPLEMENTARIO PREVISIONAL CERRADO PARA LA JUBILACION DE LOS SERVIDORES DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO

Todos los fondos previsionales cerrados, se encuentran regulados y controlados por la Junta Bancaria, la Superintendencia de Bancos y la Intendencia de Seguridad Social.

La Superintendencia de Bancos, se encarga de normar y regular el funcionamiento de las instituciones del sistema financiero y las entidades dedicadas a la actividad económica, mediante la emisión de resoluciones y circulares.

La Intendencia del Sistema de Seguridad Social de la Superintendencia de Bancos y Seguros, se encarga del control específico de los Fondos Previsionales, su propósito es proteger los aportes y velar por el buen uso de los recursos que los ciudadanos entregan a la seguridad social adicional o complementaria, apoyada por la emisión de normas, regulaciones y la aplicación irrestricta de la Ley de Seguridad Social, en un proceso permanente de supervisión y control de las entidades que forman el sistema.

Por lo cual, son los entes internos del Fondo Complementario Previsional Cerrado para la Jubilación de los Servidores de la Contraloría General del Estado, los competentes para conocer vía impugnación las Resoluciones tomada en sesión de 4 de octubre de 2013, que determinó la reducción al 25% de las pensiones jubilares a partir de septiembre de 2013; y, la Resolución de la asamblea general de representantes del Fondo Complementario Previsional Cerrado para la Jubilación de los Servidores de la Contraloría General del Estado, de 9 de noviembre de 2013, que suspendió el pago de las pensiones jubilares.- Y eventualmente en impugnación externa, ante los órganos Superintendencia de Bancos e Intendencia del Sistema de Seguridad Social de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Quedando para el análisis en esta sentencia, la correspondencia o no, de declarar el daño, en consecuencia la indemnización, por la falta de restitución y pago en las cuentas individuales de los aportes y los rendimientos acumulados desde octubre de 2013.

SOBRE EL DERECHO DE DAÑOS

En torno al derecho de reclamar daños y perjuicios, señala el Código Civil, en el Art. 1453 sobre el asidero de las obligaciones, las fuentes de las cuales pueden generarse las mismas: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

En el Art. 1572 ibídem, dice: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.”

El daño emergente corresponde al valor o precio de un bien o cosa que ha sufrido daño o perjuicio y la indemnización en este caso será igual al precio del bien afectado o destruido; el lucro cesante se refiere al dinero, a la ganancia, a la renta que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado, es el lucro que se pierde, que cesa por motivo y culpa del daño causado, y por supuesto que el responsable será quien causó el daño y el perjuicio, quien tendrá que indemnizar a la víctima.

En la obra de Sergio Gatica, ASPECTOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, desde luego en la presente causa no existe un incumplimiento de contrato, sino un daño extracontractual; sin embargo, las premisas diferenciadoras entre el lucro cesante y el daño emergente son idénticas: “El lucro cesante a diferencia del daño emergente, es difícil de establecer, por su carácter esencialmente eventual, que la transforma en un principio jurídico lleno de vaguedades e incertidumbres”, “por la misma razón el legislador ha prescindido de dictar normas al respecto, dejando entregada a la prudencia del tribunal la sana aplicación de los hechos de la causa”.

En la obra DERECHO CIVIL DEL ECUADOR, XI LAS OBLIGACIONES, de Juan Larrea Holguín y Rodrigo Merino Barros, ps. 213 y 214, se narra: "Para que haya lugar al cobro de una indemnización se requieren tres requisitos: 1. Que el reclamante haya sufrido un daño o perjuicio, sea en su persona o bienes; 2. Que dicho daño sea imputable al demandado; 3. Que el responsable haya incurrido en mora. El daño o perjuicio ha de ser real, efectivo, y no simplemente posible, imaginario. Normalmente se reduce a una pérdida, disminución, deterioro o incapacidad total o parcial de servir una cosa para su objeto propio, lo que ya ha sucedido o está actualmente sucediendo. Así un automóvil que por un accidente deja de funcionar, un caballo de carreras que pierde una pierna, un alimento que se descompone, etc. Excepcionalmente, el daño puede ser futuro y dar derecho a indemnización, en tal caso, se requiere que sea cierto, seguro el efecto, no bastando una mera previsión fundada en altas probabilidades. La ley, siguiendo una antigua doctrina, distingue el daño emergente y el lucro cesante. El primero supone una pérdida o disminución directa del patrimonio, como cuando se incendia una casa o se huela una sementera. El lucro cesante implica un daño indirecto, pero ligado por una relación de causalidad inmediata con el evento de que se trata; por ejemplo, en el supuesto de la destrucción del vehículo por un choque o volcamiento, el dueño sufre no solamente la pérdida de un objeto valioso (daño emergente) o la reducción de su valor, sino que se ve privado de la utilidad que le producía prestando servicios de taxi; esta utilidad que deja de percibir es una consecuencia indirecta pero ciertamente causada por la destrucción de la cosa, este es un lucro cesante.”

El Art. 2215 del Código Civil, señala que: “Puede pedir esta indemnización, no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.”

El título XXXIII del Libro Cuarto del Código Civil trata de las responsabilidades civiles derivadas de un delito a cuasidelito civil. El delito y el cuasidelito civil tienen la característica común de constituir un hecho ilícito que ha inferido injuria o daño a otra persona. Se diferencia en la intención de su autor, pues mientras el delito es el hecho ilícito cometido con malicia, con la intención de dañar, el cuasidelito es el hecho ilícito cometido sin esa intención. El delito supone dolo, la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. El cuasidelito supone culpa, falta de diligencia o cuidado, imprudencia, negligencia o descuido. El delito es, pues, el hecho doloso perjudicial y el cuasidelito el hecho culpable perjudicial.

La responsabilidad civil delictual o cuasidelictual, que supone la ausencia de obligación porque se produce entre personas extrañas, por lo menos en cuanto al hecho de que se deriva, y es el hecho ilícito el que crea la obligación de reparar el daño; puesto que con anterioridad no existía entre las partes ninguna obligación con la cual se relacione el hecho que la genera.

“Cuando una persona obrando con culpa o dolo, causa a otra un daño en su persona o en sus bienes, sin estar esas personas ligadas por un vínculo jurídico previo, el causante de ese resultado debe reparar el daño, y la responsabilidad correspondiente se llama extracontractual” explica Fueyo Laneri (Derecho Civil, Tomo cuarto, De las Obligaciones, volumen I, Imp. y Lito. Universo S.A., Santiago de Chile, 1958, p. 50).

En el proceso número 09332-2014-5159, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dice:

“En virtud del principio invocado ut supra, sobre todo lo atinente a que los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, sirven para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia, se avizora que lo esgrimido por el a quo y el ad quem, respecto de la prescripción, no es un invento, ya que, “la doctrina además, ha logrado identificar tres clases de daño (...) que encierran a estas definiciones generales: así Torralba, señala los siguientes: 1. Daño continuado o de producción sucesiva. 2. Daños sobrevenidos. 3 Daños permanentes o duraderos. De estas clases, hay que entender que, el daño continuado o de producción sucesiva, se identifica como aquel que logra producirse, día a día, ello, es el resultado de una actividad dañosa continua, pero: “Para que exista daño continuado, es necesario que el perjudicado lo esté sufriendo realmente a diario”. Por su parte, el autor menciona del segundo tipo de daño, esto es, los daños sobrevenidos, son aquellos que consiguen manifestarse luego de que transcurre cierto espacio de tiempo, es decir: “Después de la causa que llegó a producirlos”. Respecto de los terceros, esto es, los daños permanentes o duraderos, el autor los define como aquellos que se produjeron en un determinado tiempo, cuyos efectos tienden a durar un largo tiempo, inclusive menciona que por la duración o prolongación puede llegar a agravarse. Por todo lo manifestado, es que se ha configurado la figura de indemnización, o reparación (...).”

Teniendo presente que los daños extracontractuales pretendidos por la parte accionante, se refieren a los hechos originados por las Resoluciones de 4 de octubre de 2013 y 9 de noviembre de 2013 del Fondo Complementario Previsional Cerrado para la Jubilación de los Servidores de la Contraloría General del Estado; sin que sea materia de análisis de esta sentencia la entrega de la administración y control del Fondo, al Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS), otorgada por la Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social y a la Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 379, de 20 de noviembre de 2014.- Siguiendo el criterio de Torralba, expuesto en el fallo de casación del proceso número 09332-2014-5159, de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, se encasilla en un daño continuado o de producción sucesiva, pues la Asociación de Beneficiarios del Fondo Privado de Jubilación de la Contraloría General del Estado, asevera que sus miembros padecen el daño hasta la actualidad.

SOBRE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL CASO BAJO ANÁLISIS

Analizada la prueba en su conjunto, corresponde aclarar que la carga de la prueba corresponde al accionante, a fin de justificar los fundamentos de hecho y de derecho de su pretensión, al tenor de lo conceptuado en el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, que dice "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo (...)"

Para determinar la existencia de responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, la ex Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia en su momento han señalado los elementos que deben concurrir, estos son: a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral y d) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño. (Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3730).

De la revisión del proceso se tiene que siendo los hechos alegados por el accionante, que el Fondo de Jubilación Patronal de los servidores de la Contraloría General del Estado, fue creado por acuerdo 258 de 3 de junio de 1983; que en la resolución SBS-2004-0740 el anterior Fondo de Jubilación, pasó a ser el Fondo Complementario Previsional Cerrado de los Servidores de la Contraloría General del Estado, como un sistema de financiamiento de reparto o capitalización.- Que en septiembre de 2013, la Administración del Fondo Complementario Previsional Cerrado de los Servidores de la Contraloría General del Estado, dispuso que del total de los aportes individuales, patronales y sus rendimientos se disminuyan el total de las pensiones jubilares percibidas hasta septiembre de 2013, basados en la resolución 2013-504 de Superintendencia de Bancos, de 7 de agosto de 2013.- Que al deducir de las cuentas individuales el total de pensiones pagadas hasta la emisión de la mentada Resolución, la administración del Fondo, con imprudencia e impericia causó un perjuicio a los jubilados.- Que los rendimientos de las inversiones a junio de 2013, eran de USD. \$ 19'772.707,80 en tanto que la cuenta de patrimonio institucional, aportes personales y patronales, alcanzaban USD. \$ 15'695.683,28.- Que la Administración de Fondo en sesión de 4 de octubre de 2013 resuelve reducir al 25% las pensiones a partir de septiembre de 2013.- Luego, dicha Administración el 9 de noviembre de 2013, suspende definitivamente las pensiones jubilares, causando daño a 500 partícipes del fondo.

a) La parte demandada no desconoce la existencia de la reducción al 25% de las pensiones a partir de septiembre de 2013, resuelta en sesión de 4 de octubre de 2013; tampoco la de suspensión de pagos de las pensiones jubilares a partir de octubre de 2013, Resolución del 9 de noviembre de 2013; mas argumenta que fueron realizados con sustento legal en la Resolución 504-2013 emitida por la Superintendencia de Bancos el 9 de julio de 2013.

b) Corresponde entonces revisar la Resolución 504-2013 emitida por la Superintendencia de Bancos; en la cual, se implementa el sistema individualizado de cuentas; la desvinculación voluntaria de los Fondos, pudiendo devolverse un monto menor o igual al 50% de sus aportes personales; el otro 50% de las desvinculaciones voluntarias deberán contabilizarse en una cuenta separada del pasivo, hasta que el partícipe cumpla con los requisitos para su salida del

Fondo; cuya implementación del sistema de cuentas individualizado debió darse en un plazo no mayor a 365 días.

c) Para decidir el presente caso, al no mediar contrato alguno, cabe el análisis sobre la responsabilidad extracontractual; según la demanda, el daño se produjo a 500 partícipes del fondo, el cual se manifiesta cuando se reduce al 25% las pensiones a partir de septiembre de 2013, resuelta en sesión de 4 de octubre de 2013; luego la suspensión de pagos de las pensiones jubilares a partir de octubre de 2013, y finalmente el descuento indebido e ilegal en la cuentas individuales de las pensiones pagadas hasta septiembre de 2013, que debía considerarse a partir de la vigencia de la Resolución 2013-504, publicada en el Registro Oficial 53 de 7 de agosto de 2013.

Sobre este punto, en el fallo 87-99, registro oficial número 159 de 30 de marzo de 1999, la ex Corte Suprema de Justicia, señaló:

“En derecho Civil existe responsabilidad cuando una o más personas se obligan al pago de una indemnización de perjuicios aunque la persona que responda suele ser la causante del daño, es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor del daño, caso en el que se habla de responsabilidad por hechos ajenos, como ocurre por ejemplo, cuando a los padres se les hace responder de los daños causados por sus hijos, o al propietario del vehículo de los daños causados por el conductor con motivo de la circulación. Culpa equivale a falta de diligencia, por cuanto toda persona se encuentra obligada a obrar con prudencia y pleno conocimiento de la cosa. Con discernimiento como facultad que permite conocer el alcance de los actos humanos y medir sus consecuencias. Por tanto, todo el que ejecuta un hecho dañoso, doloso o culposo, o quien omite dar la protección para preservar bienes superiores, como la vida humana y la seguridad física integral y por su culpa grave o negligencia, ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. La responsabilidad que procede de negligencia es exigible en el cumplimiento de todas las clases de obligaciones, y es principio jurídico, universal consagrado en nuestras leyes; el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. A medida que transcurre el tiempo, sin el pago de la indemnización sufre mayor menoscabo, la situación económica patrimonial del actor. La obligación de pago de la indemnización nace coetáneamente, con el hecho ilícito dañoso y culposo”

La instrumentación de la Resolución 504-2013, fue inobservada por el Fondo Complementario Previsional Cerrado de los Servidores de la Contraloría General del Estado, al reducir al 25% las pensiones a partir de septiembre de 2013, Resolución de 4 de octubre de 2013; y, luego al suspender definitivamente las pensiones el 9 de noviembre de 2013.- Si bien es cierto, la parte demandada presenta como prueba el informe final del estudio actuarial de migración a cuentas individuales, de 30 de septiembre de 2013; y, el informe final de actualización de saldos de cuentas individuales al 30 de junio de 2014, como cumplimiento parcial de la Resolución 504-2013 de Superintendencia de Bancos.- Sin embargo, aquello no le autorizaba a suspender el pago de las pensiones, sino a restituirlas en un sistema de cuentas individualizado.

d) La Corte Constitucional, en sentencia número 17-14-IN/20, señala lo siguiente:

“22. En el caso, se puede notar que la normativa de la SBS (resolución No. SBS-2013- 504 y su reforma No. SBS-2013-800) adoptó un criterio absolutamente contrario a sus propias resoluciones emitidas en los años 2003 y 2004, y a la obligación de respetar los derechos de los ahorristas de la LSS, porque prohibió el uso de los FCPC para la gestión de los fondos destinados a las mejoras de la jubilación patronal, ordenó la restitución de los recursos a los empleadores, estableció cambios drásticos (los FCPC preexistentes fueron obligados a migrar al sistema de cuentas individuales) sin sustento técnico ni base legal. La SBS se excedió en su competencia e irrespetó los derechos de los ahorristas (partícipes del FCPC con fines de jubilación preexistentes a la vigencia de la LSS). En consecuencia, se afectó el parámetro (i) de la seguridad jurídica de todos los partícipes de los fondos complementarios.

24. Por estas razones, la Corte declara inconstitucionales las resoluciones No. SBS-2013-504 y No. SBS-2013-800, actualmente derogadas, por vulnerar gravemente la seguridad jurídica y los derechos adquiridos de los partícipes de los FCPC preexistentes a la vigencia de la LSS.”

Es así que las medidas de las resoluciones No. SBS-2013-504 y No. SBS-2013-800, actualmente derogadas, conforme se estableció en la sentencia número 17-14-IN/20; crearon consecuencias negativas a los integrantes de la Asociación de Beneficiarios del Fondo Privado de Jubilación de la Contraloría General del Estado; y, que corresponden ser reparadas por el Fondo Complementario Previsional Cerrado FCPC para la Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado.

e) La parte accionante, en la etapa probatoria pidió se nombre perito para la verificación el estado de cuenta de saldos iniciales y el cálculo del perjuicio irrogado a los afiliados del fondo, ante lo cual, es presentado el informe pericial por el Ing. Pablo Pacheco Jaramillo.- El cual en el numeral 5. CONCLUSIONES, dice:

“Se calcula en \$ 22.703.941,89 (VEINTE Y DOS MILLONES SETECIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UN DÓLARES CON 89/100) el perjuicio económico a los participantes del Fondo Previsional Cerrado-FCPC por la suspensión del pago de sus pensiones jubilares”

En este punto, en la Resolución 626-2010 de 9 de noviembre de 2010, la Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, se señaló lo siguiente: *“3.4.- De conformidad con lo previsto en el Art. 279 del Código de Procedimiento Civil “Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla”. De acuerdo a las normas de esta disposición, a lo previsto en el Art. 828 del Código de Procedimiento Civil, y a lo que se presenta en la práctica judicial, se dan tres situaciones respecto a la fijación de la cantidad a pagarse, cuando en un juicio se condena a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios: 1) Cuando en el proceso no se ha actuado prueba que permita al Juez determinar la cuantía a pagarse, o fijar las bases para la liquidación, en sentencia se ordenará el pago, pero la liquidación debe hacerse en cuerda separada, en juicio verbal sumario. 2) Cuando en el proceso no se ha actuado prueba que permita al juez determinar la cuantía a pagarse, pero sí existen elementos que hacen posible fijar las bases para la liquidación, entonces en*

sentencia se ordenará el pago y se dispondrá que la liquidación la realice el perito que nombrará el juez, de acuerdo a las bases que fije el juez en el fallo. 3) Si en el proceso se ha actuado prueba que posibilita realizar la liquidación y determinar la cuantía a pagarse, entonces en sentencia se ordenará el pago y se determinará a la vez la cantidad a pagarse.”

Sobre el informe pericial del Ing. Pablo Pacheco Jaramillo, la parte accionada realiza observaciones en su escrito de 24 de noviembre de 2021, en el siguiente sentido:

“1. Para obtener las conclusiones del referido informe el perito que lo elaboró ha utilizado en su metodología y consideraciones técnicas el informe pericial elaborado por el ingeniero Marcelo Aldáz Tobar, así como la información que consta en el expediente, documentos que no deberían formar parte del informe pericial en mención, ya que los mismos integran una parte del expediente de la que se declaró una nulidad por parte del Juez a cargo de esta causa, por lo que constituye una ilegalidad absoluta el uso de dichos documentos como sustento del presente informe, hecho que de inmediato invalida su contenido”

Recuérdese que la nulidad procesal fue declarada por este Juzgador, el 25 de noviembre de 2019, a las 11h06; retrotrayendo el proceso a partir de la providencia de 9 de noviembre de 2015, a las 13h51.

Cabe reflexionar si constituye ilegalidad que se haya servido el perito de documentación que constanding del proceso, fue insertada dentro del período en que se declaró la nulidad procesal.

Al respecto, la parte demandada en su anuncio probatorio de 7 de julio de 2021, pidió que se tenga como prueba de su parte la documentación agregada al proceso el 22 de octubre de 2015, entre otras pruebas: “(...); 8. Informe final del estudio actuarial del FCPC para la jubilación patronal (Constante a fojas 542 a la 749 del expediente)”.- Correspondientes a los Informes Finales del Estudio Actuarial del FCPC para la jubilación patronal Contraloría General del Estado al 31 de marzo de 2006, 31 de diciembre de 2007 y 30 de septiembre de 2010.

En el referido escrito de prueba, la parte demandada agrega el informe final definitivo del estudio actuarial de migración a cuentas individuales del Fondo Complementario Previsional Cerrado de la Contraloría General, realizado por ACTUARIA CONSULTORES CIA. LTDA., de fecha 30 de septiembre de 2013.

Si bien es cierto, al perito Ing. Pablo Pacheco Jaramillo, las partes procesales le suministraron la siguiente información, así: el 20 de septiembre de 2021, el abogado de la parte accionante le remite 15 archivos digitales; y, la parte demandada, el 24 de septiembre de 2021, le remite 5 archivos digitales, dentro de los cuales está: “2. Anexo consolidado Informe Final Definitivo del FCPC CGE al 30 de junio 2014; 3. Anexo consolidado Informe Final Definitivo del FCPC CGE al 30 de septiembre 2013; 4. Informe Final Definitivo del FCPC CGE al 30 de junio 2014; 5. Informe Final Definitivo del FCPC CGE al 30 de septiembre 2013”.

En el informe pericial, consta en numeral 4, “METODOLOGÍA Y CONSIDERACIONES TECNICAS:

“La metodología a utilizar se basa en el análisis (...); el informe pericial del Ingeniero Marcelo Aldáz Tobar”.

Aún, cuando la parte accionante pide como prueba, en escrito de 1 de julio de 2021, la reproducción del informe pericial del perito Marcelo Aldaz; sin embargo, a diferencia de la prueba documental, los informes periciales no se pueden valorar cuando los mismos son parte de una nulidad procesal.- Pues al declararse la nulidad procesal el 25 de noviembre de 2019, a las 11h06; retrotrayendo el proceso a partir de la providencia de 9 de noviembre de 2015, a las 13h51; los actos procesales emitidos por la Judicatura dentro de ese período no tienen validez jurídica.- No obstante esta declaratoria de nulidad no tiene por qué afectar la prueba documental aportada por las partes procesales y que luego perfectamente pueden pedir su reproducción dentro de la etapa procesal válida.

El artículo 262 del Código Civil, señala que: “No es obligación del juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos.”

Es por ello que, esta autoridad judicial no acoge el informe pericial del Ing. Pablo Pacheco Jaramillo, pues existe duda por la incorrección en la utilización de las fuentes utilizadas como metodología de dicho informe.

f) Está probada entonces la existencia del daño producido; pues este se constituye en la condición sine qua non de la responsabilidad civil. La doctrina define al daño como “(...) toda lesión, menoscabo o pérdida de algún beneficio de índole material, psíquica o espiritual; (...) entendiendo que el daño no solamente se ocasiona en objetos, derechos o cosas, sino en la intimidad de la persona titular de los mismos; hablamos entonces de daños materiales y daños morales (Mendoza, Lucia. La Responsabilidad Civil y el daño, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 20).

Por tanto, la responsabilidad civil resulta de la queja de una lesión o menoscabo, por algún hecho ilícito o riesgo creado. Partiendo de esta concepción el ordenamiento jurídico ecuatoriano configura el daño desde la responsabilidad contractual y extracontractual.- Así la responsabilidad contractual, se configura con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato válidamente celebrado entre la víctima y el causante del daño; por su parte la responsabilidad extracontractual responde a “la idea de producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás” (Bustamante, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1986, Pág. 18), este tipo de responsabilidad no requiere de un vínculo jurídico previo para su existencia, pues el solo cometimiento del daño obliga al responsable, por ello se la considera como la responsabilidad civil propiamente dicha. Esta responsabilidad puede ser dolosa o culpable por ello el título XXXIII del Código Civil se refiere a los delitos y cuasidelitos, así el Art. 2214 *ibídem*, consagra la responsabilidad delictual y cuasidelictual al señalar “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

Siguiendo la invocada sentencia 626-2010 de 9 de noviembre de 2010, la Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, que dice: “2) *Cuando en el proceso no*

se ha actuado prueba que permita al juez determinar la cuantía a pagarse, pero sí existen elementos que hacen posible fijar las bases para la liquidación, entonces en sentencia se ordenará el pago y se dispondrá que la liquidación la realice el perito que nombrará el juez, de acuerdo a las bases que fije el juez en el fallo”.- Se concluye en la existencia de daño extracontractual, mismos que deben ser indemnizados, teniendo como base para la liquidación, la falta de restitución y pago de las cuentas individuales de los aportes y los rendimientos acumulados de los integrantes de la Asociación de Beneficiarios del Fondo Privado de Jubilación de la Contraloría General del Estado, desde octubre de 2013.

SOBRE EL DAÑO MORAL

La parte accionante en su demanda pide daños morales por la cantidad de USD. \$ 5´000.000.- RECONVENCION.- La parte demandada en la reconvención pide daños morales en USD. \$ 5´000.000.

En la obra del Dr. Emilio Velasco Célleri, SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL, Tomo 7, Teoría y Práctica de la Acción de Daños y Perjuicios, Editorial Pudeleco, Quito-Ecuador, Págs. 195 a 199, sobre el daño moral, nos enseña lo siguiente: “Existen daños que no lesionan económicamente a una persona, sino a su intimidad, como las emociones, los sentimientos, los afectos, como el dolor por la muerte de un ser querido, los que lesionan, el buen nombre y generalmente, bienes intangibles que son el patrimonio de una persona, estos son los llamados daños morales, que según algunas doctrinas son los daños no materiales”; “Pero, debe existir la certeza y la certidumbre del daño causado, ya sea pasado, presente o futuro; un daño incierto conlleva incertidumbre, pues se basa solamente en hipótesis o contingentes. El juez ordenará la indemnización de daños y perjuicios siempre que el daño ocasione a un interés ajeno, no importa su cuantía o magnitud, además tendrá que considerar la correlación con el tiempo, incluso las consecuencias del daño a futuro. Es importante determinar que el interés que se lesiona debe ser lícito aunque no sea real o subjetivo, no puede ser ilícito o ir contra el derecho. El interés que puede ser lesionado debe referirse, generalmente, a un bien o beneficio que se destruye, deteriora o modifica”; “Para especificar un daño moral se pueden determinar ciertas manifestaciones: a) Los que perturban el honor de la persona, esto de manera subjetiva, o sea, de acuerdo a la autovaloración de la persona; b) Los que lastiman el aspecto externo de esa misma valoración, esto es, según lo valoren los demás; c) Los que afectan el aspecto sentimental, emocional o afectivo de las personas; y, d) Los que afectan los derechos de la personalidad y las libertades que se reconocen en la Constitución.”

El daño moral producido según la parte accionante, es por las decisiones del demandado tomadas con audacia, sin percibir sus efectos, que llevaron al Fondo Complementario Previsional Cerrado de los Servidores de la Contraloría General del Estado, a causar daño a 500 partícipes del fondo, el cual se manifiesta cuando se reduce al 25% las pensiones a partir de septiembre de 2013, resuelta en sesión de 4 de octubre de 2013; luego la suspensión de pagos de las pensiones jubilares a partir de octubre de 2013, y finalmente el descuento indebido e ilegal en las cuentas individuales de las pensiones pagadas hasta septiembre de 2013, que debía considerarse a partir de la vigencia de la Resolución 2013-504, publicada en el Registro Oficial 53 de 7 de agosto de 2013.- Dice que estos hechos han causado sufrimientos físicos o síquicos como angustia, humillaciones u ofensas a los jubilados, a tal

extremo que se han visto obligados a firmar actas transaccionales de liquidación, con perjuicio para su patrimonio.

El daño moral producido según el demandado, en su reconvención lo dice por procesamiento injusto.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que para demandar la reparación por daños morales, deben existir ciertos presupuestos, como son: a) la existencia del daño o de la falta; b) la justificación de la gravedad del perjuicio; c) que sea sufrido personalmente por el ofendido, en forma física o síquica, causándole angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes; d) que exista relación causal, esto es, que los daños sean el resultado directo y adecuado de la acción u omisión ilícita del demandado; e) que los daños manchen la reputación del afectado; f) que los daños se presente mediante cualquier forma de difamación; o causando lesiones, o se cometa violación, estupro o atentados contra el pudor; o provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios; o procesamientos injustificados, entre otros.

El demandado reconvencional, señor CARLOS WILSON ORELLANA LESCANO, por sus propios derechos, contesta la demanda reconvencional negando los fundamentos de hecho y de derecho; y, propone la excepción de ilegitimidad pasiva.- Sin embargo, no prueba la excepción, al respecto, al no haber sido demostrada dentro del proceso, queda en mero enunciado.

El artículo 2233 del Código Civil prevé la posibilidad jurídica de que un daño moral pueda ser pretendido por una persona jurídica, así: “Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.”

La Corte Constitucional en la sentencia número 192-17-EP/22, dice:

“48. Al respecto, la Corte Nacional de Justicia, sobre la motivación de las indemnizaciones por daños extrapatrimoniales, ha establecido que existen distintas pautas o parámetros que pueden ser considerados: “Cuando se trata de cuantificar daños morales, el juzgador puede emplear distintos parámetros para graduar el monto de la indemnización. Entre ellos: (i) tipo de lesión, pues por ejemplo no es lo mismo perder el brazo menos hábil que aquel que permite un mejor desempeño; (ii) sexo; (iii) edad; (iv) estado civil y si el afectado tiene hijos y de qué edad; (v) nivel de instrucción; (vi) estado de salud anterior al daño; (vii) si con motivo del hecho estuvo internado o realizó tratamiento ambulatorio; (viii) si las secuelas del daño serán dolorosas (...). El listado no es taxativo y la aplicación de uno u otro criterio depende de cuál fue el bien extrapatrimonial afectado, pues cuando se trate de la reputación de una persona son relevantes pautas como el nivel y el medio de difusión de la injuria; mientras que, en el caso de una lesión, resultan de mayor importancia la duración del dolor psíquico o físico, así como su intensidad, la cual puede ser muy grave, grave, leve, levisima”.

Cabe entonces verificar si las pruebas pedidas, aportadas y practicadas son capaces de dar lugar a la estimación de esta pretensión de la demanda y de la reconvención; al respecto se manifiesta:

Del proceso consta el informe pericial de la Dra. Laura Iñiguez, sobre la evaluación psicológica de Marianita de Jesús Escobar López; de Tito Gustavo Padilla Díaz; y, de Consuelo del Carmen Sola Narváez.- Sin embargo, los daños morales son pedidos por la Asociación de Beneficiarios del Fondo Privado de Jubilación de la Contraloría General del Estado; de tal manera que la prueba aportada es insuficiente, pues debía aportarse prueba de la totalidad de miembros de dicha asociación, pues como se manifestó en líneas anteriores, según el artículo 568 del Código Civil: “sus actos colectivos obligan a todos y cada uno de sus miembros solidariamente”.

La parte demandada en la reconvención no aporta prueba alguna.

De la prueba aportada, tanto por el actor, como por la parte demandada, se colige que no se ha justificado la existencia de los presupuestos necesarios del daño moral.- Si las partes procesales vía acción y reconvención, querían demostrar el grave daño moral sufrido, era su deber asumir la carga probatoria respectiva; es decir, que los hechos narrados les produjeron un daño emocional y psicológico, que era preciso reparar mediante una indemnización. Todo lo cual, lleva a la conclusión de este Juez, de que no se ha justificado los fundamentos de hecho y de derecho del pretendido daño moral del accionante ni del demandado.

Conforme lo dispuesto en los Arts. 115, 116, 117 y 273 del Código de Procedimiento Civil; respetando de la Constitución de la República del Ecuador, las garantías del debido proceso señaladas en el Art. 76 numeral 7; del derecho a la seguridad jurídica el Art. 82; y, del Art. 169 que dice: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

Además, el Código Orgánico de la Función Judicial, manda en su Art. 9, que por el 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”.

Invocando el Art. 140 del último cuerpo legal invocado, que señala: “La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

RESOLUCION

Este Juez ha utilizado las reglas de la sana crítica en el momento de pasar a fundar su resolución no en lo que se piense, ni en lo que crea; sino que lo hace de una forma razonada,

ya que su convencimiento debe formarse mediante su experiencia, conocimiento y convicción personal.

Por las consideraciones que preceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se acepta parcialmente la demanda y se declara con lugar la indemnización por la falta de restitución y pago a los miembros de la Asociación de Beneficiarios del Fondo Privado de Jubilación de la Contraloría General del Estado, de las cuentas individuales de los aportes y rendimientos acumulados desde octubre de 2013.

Fijadas las bases indemnizatorias, la liquidación correspondiente se realizará con un perito, conforme la sentencia 626-2010 de 9 de noviembre de 2010, emitida por la Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia.

Por falta de prueba se desecha tanto el pago de daños morales pretendido en la demanda, como los daños morales exigidos como RECONVENCION.

Sin costas procesales ni honorarios profesionales que regular, por cuanto el Art. 283 del Código de Procedimiento Civil, señala que se condenará al pago de las costas judiciales a la parte que hubiere litigado con temeridad o procedido de mala fe, siempre que de autos conste prueba que quebrante la presunción de buena fe.

Actúe como Secretario de esta Unidad Judicial Civil, el Dr. Mauricio Santos.-
NOTIFIQUESE.