

19 FEB 2009  
19 FEB 2009

Las 17H30

199 de la orden  
dos viernes

**NACIONAL**

**CORTE DE JUSTICIA**

SEGUNDA SALA DE LO PENAL

*de jurisprudencia*

RECURSO *de jurisprudencia*  
CABECERAZO

EG

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SEGUNDA SALA DE LO PENAL  
JUICIO N° 279  
AÑO 2009

139-2012

JUICIO N°

RESOLUCIÓN N°

IMPÚTADO:

NAPOLEON VARGAS CALVOPIÑA Y OTROS

OFENDIDO:

JAI ME MULLO Y OTROS

MOTIVO:

COLUSION

FECHA INSTRUCCIÓN FISCAL:

16 - Febrero 2007 ✓

LUGAR ORIGEN:

SALA DE LO PENAL DE LATACUNGA

FECHA RECEPCIÓN

FECHA RESOLUCIÓN

FECHA DEVOLUCIÓN



*02/03*



**JUEZA PONENTE: MARIA XIMENA VINTIMILLA MOSCOSO (ART. 141 CODIGO ORGANICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL)**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-**

Quito, 25 de febrero del 2012; a las 12H00.-

**VISTOS:** El señor ANGEL RAMIRO MULLO MAYO, procurador común de JAIME HERNAN MULLO MAYO Y RITA DEL PILAR SOSA EGUEZ, presentan demanda colusoria contra los demandados señores: FANNY CALVOPIÑA ALTAMIRANO, VERONICA GICELA VARGAS CALVOPIÑA, NAPOLEON VARGAS CALVOPIÑA, AEXANDER VARGAS CALVOPIÑA Y SANTIAGO VARGAS CALVOPIÑA, misma que fue resuelta, en primera instancia, el 25 de noviembre del 2008, a las 15h31, por los doctores: RAFAEL AMADOR HERRERA BASTIDAS, WALTER NAVAS ESTRELLA Y OSWALDO ORTEGA LEON, en calidad de jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Cotopaxi, en la que se declara sin lugar la demanda presentada. De la referida sentencia el procurador común de los actores señor ANGEL RAMIRO MULLO MAYO, interpone recurso de apelación. Por concluido el trámite y siendo el estado procesal de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. Por su lado, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas, conforme lo dispone el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer el recurso de apelación según los artículos 184.3 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en la

segunda disposición transitoria dispone que: *"en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código."*. En tal virtud y por el sorteo de ley contemplado en el Art. 196 *ibidem*, en nuestras calidades de Jueza y jueces nacionales, avocamos conocimiento de la presente causa la Jueza Ximena Vintimilla Moscoso quien tiene la calidad de Jueza ponente conforme lo previsto en el Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial y, los señores jueces.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.**- No se advierten vicios de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, por lo que no hay nulidad que declarar.- **TERCERO: FUNDAMENTACION DE LOS RECURSO DE APELACIÓN.**- 1. Los actores por intermedio de su procurador común señor ANGEL RAMIRO MULLO MAYO, al interponer el recurso de apelación, manifiestan lo siguiente: a) "... hemos sido víctimas de un procedimiento atentatorio a nuestra posición mantenida regular y pacíficamente en un inmueble ubicado en la ciudad de Latacunga, cantón del mismo nombre, provincia de Cotopaxi, tal como se detalla pormenorizadamente en la demanda; el procedimiento fraudulento que, mediante pacto colusorio entre los demandados, ha operado para arrebatarnos la posesión de un inmueble consta del juicio signado con el No. 128-2008 que se sustancia en el Juzgado Segundo de lo Civil de Cotopaxi, tomando en cuenta que en el año de 1999 nos fue entregado en venta (no prometido en venta) el inmueble materia de la Litis por parte de los ahora accionados, previo el pago respectivo del precio pactado, con el agravante de que por circunstancias ajenas a voluntad de las partes no se pudo perfeccionar el otorgamiento de la escritura respectiva."; b) Por otro lado señalan que: "...inexplicablemente y en lugar de persistir en el negocio, al transcurrir el tiempo prefieren pactar fraudulentamente y recuperar el dominio con una acción reivindicatoria, cuando en realidad lo que cabía conforme a derecho es exigir la suscripción del contrato correspondiente, y si se creían perjudicados en el precio de la venta, una renegociación del mismo..."; c) Haciendo una recapitulación de los hechos acaecidos menciona

que: "... el pacto colusorio aparece cuando ... proponen la demanda reivindicatoria en contra del compareciente y sus representados, y en ninguna parte de su libelo inicial (causa 128-2007) expresan la circunstancia de haber enajenado el inmueble a favor de los demandados en dicha causa, limitándose a mencionar que se encuentran los demandados, posesionados ilegalmente del inmueble. Esta situación ya permite encontrar indicios de colusión, para perjudicar a la posesión, regular, pacífica, e ininterrumpida de quienes propusimos esta acción colusoria."; d) También señalan "...que no se ha tomado en cuenta por parte de la Sala, que los actores pagaron un precio considerado justo al momento de negociar el inmueble materia de la controversia, pero los ahora demandados no han devuelto el valor correspondiente ni han mencionado intención alguna de indemnizar por el daño emergente producido y el lucro cesante correspondiente, lo que torna aún mas grave el procedimiento colusorio que se busca sea anulado.". Concluye solicitando que se acepte el recurso de apelación y consiguientemente la demanda colusoria conforme lo dispone el Art. 1 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El señor Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de apelación realizada por los recurrentes, manifiesta que: 1) Con fecha 9 de marzo del 2009, se publica en el Suplemento No. 544 el Código Orgánico de la Función Judicial, fecha desde la cual la Ley para el Juzgamiento de la Colusión sufre varias reformas, precisamente en aplicación directa de la Disposición reformatoria y Derogatoria número 6 del citado cuerpo legal; que en lo que tiene que ver con la Fiscalía General del Estado, el artículo 8 de esta ley, ha dejado de regular la actuación del Fiscal General del Estado, tanto así, que este artículo ya no se refiere en parte alguna de su texto al informe que antes la Fiscalía debía emitir; esto es, cuando ordena que se elimine la frase "previo informe de su Ministro Fiscal, en segunda y última instancia, por medio de la Sala a la que hubiere correspondido por sorteo el conocimiento de la causa y..."; reforma lógica y coherente, precisamente porque la colusión ha dejado de tener su connotación punitiva y debe ser juzgada en el ámbito de la jurisdicción civil. **QUINTO: ANALISIS DE LA SALA.-** A) La apelación en el Sistema Procesal

Ecuatoriano, es el procedimiento por el cual una de las partes, que se considera afectado impugna la sentencia que le es adversa y que le causa perjuicio; el presupuesto de admisibilidad de este recurso, es que se haya causado un perjuicio real y en el presente caso, el objeto jurídico del reclamo es un acto colusorio; **B)** Para que proceda la acción colusoria debe establecerse ciertos hechos, que son los requisitos fundamentales para su procedencia como lo determina el Art. 1 de la Ley Para el Juzgamiento de la Colusión que dice: “ **El que mediante algún procedimiento o acto colusorio hubiere sido perjudicado en cualquier forma, como entre otros, en el caso de privársele del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble, o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble o de otros derechos que legalmente le competen, podrá acudir con su demanda ante la Corte Superior del domicilio de cualquiera de los demandados.**”. Del texto de la norma citada se deduce que para que alguien pueda ser afectado por un acto o procedimiento colusorio debe tener algún derecho legítimamente adquirido que se pueda ver lesionado.- Por otro lado, con la prueba presentada en el momento procesal oportuno los accionantes no han logrado demostrar los requisitos esenciales de la colusión, como son: **1) Un acuerdo de voluntades; 2) Que dicho acuerdo sea fraudulento o doloso, es decir, con la intención de causar daño; 3) Que con ese acuerdo doloso se cause un daño real y efectivo a una tercera persona; es decir, que no se ha demostrado el acuerdo fraudulento y doloso concertado entre los demandados para perjudicarles; C)** La jurisprudencia en relación con la acción colusoria ha sido uniforme, así tenemos: Para que exista colusión debe demostrarse inequívocamente que hubo una acción ilícita entre los coludidos (Serie XII, No. 8, pg. 1706). En la acción colusoria se juzga si en el acto o contrato hubo un acuerdo fraudulento y doloso, lo cual debe probarse (Serie XVI, No. 9, pg. 2346). Para que haya colusión debe existir concierto previo, fraudulento y secreto y que con este acuerdo previo se haya privado a un tercero a un derecho real.- El dolo debe probarse plenamente (Registro Oficial No. 180 de septiembre 30 del 2003, pg. 18). Para que haya colusión se requiere que el acto haya sido falso, fraudulento



y ficticio (Registro Oficial No. 421, septiembre 15 del año 2004, págs. 14, 25, 28 y 30). La colusión es una figura en la que existe una intencionalidad y acto dañoso en contra de un tercero a quien, efectivamente, se le priva de un derecho legítimo; **D)** La tesis sostenida por los juzgadores de instancia en el fallo se adecua al espíritu y texto legal para el juzgamiento de la colusión, expuesta en abundantes fallos judiciales de la Corte ex Corte Superior de Justicia, que sostienen que el núcleo de la colusión, radica en el pacto fraudulento, esto es, el engaño falacia, actuación culposa, e ilegal, inexactitud consciente, abuso de confianza dispensada en propio beneficio o de terceros, entendiéndose por acuerdo la resolución premeditada de dos o más personas sobre algún concepto, hecho o procedimiento, lo que en el caso sub iudice, no acontece; **E )** El Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, dice: “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo...”. Al respecto, tenemos que los fundamentos de la demanda colusoria, propuesta afirmativamente por los accionantes en su libelo inicial se constriñe a señalar que los demandados como el ánimo de despojarles de su posesión han procedido a demandar la acción reivindicatoria y que al decir de ellos eso constituye colusión y para probar los asertos de su acción han presentado como prueba copias certificadas del juicio reivindicatorio signado con el Nro. 128-07; copia de la denuncia formulada por los accionantes en contra de los demandados ante el Fiscal distrital de Cotopaxi ( fs. 117-118 ) y como prueba testimonial las declaraciones de MARGARITA DEL PILAR QUINTANILLA SALAZAR ( fs. 112) y de KATY JAQUELINE QUINTANILLA QUEVEDO (fs. 114), quienes señalan que las partes litigantes concurren a la Notaria Tercera del Cantón Latacunga con el objeto de suscribir la escritura de compraventa de un bien inmueble ubicado en el sector de la Escuela “ La inmaculada”. Al efecto, cabe señalar que toda actividad procesal y sobre todo la probatoria debe ser analizada de acuerdo a las reglas de la sana crítica que no es otra cosa que un método de apreciación de la prueba que permite al juzgador la discrecionalidad, pero no la arbitrariedad, ni hacer apreciaciones subjetivas a las pruebas que deben constar en el proceso, pedidas y practicadas conforme lo dispone el estatuto procesal civil en su artículo 117,

además al tenor de lo dispuesto en el artículo 116 ibídem, las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio, en este sentido la Sala estima que en el cometimiento de un acto colusorio que según el ordenamiento jurídico ecuatoriano es una figura híbrida, (hasta antes de la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial), por contar con elementos de orden civil y penal se deben de distinguir que en su ejecución concurren conjuntamente tanto la objetividad jurídica como la objetividad ideológica, la primera es establecer con claridad; precisión y nitidez, si el bien jurídico que se encuentra tutelado en la ley se ha lesionado efectivamente y la segunda que está relacionada con el fin que se propone el sujeto, al ejecutar el acto reñido por la ley, que se encuentra descrito y tutelado en el ordenamiento jurídico.- En el presente caso, la Sala no tiene la certeza de que los demandados hayan actuado con dolo, por cuanto es en la etapa de prueba donde se debe demostrar conforme a Derecho la verdad histórica de las aseveraciones, que deben valorarse de acuerdo a la sana crítica y al valorar la misma, no se ha podido determinar fehacientemente que los demandados hayan cometido la acción colusoria que se ha demandado, pues lo único que se encuentra evidenciado es que procedieron a demandar una acción reivindicatoria que era legítima y que tenían todo el derecho de hacerlo, además del proceso no consta ninguna evidencia que entre actores y demandados hayan suscrito alguna escritura sea esta promesa o escritura de compraventa y lo que lo consta de autos es una declaración de testigos que señalan que los litigantes comparecieron a suscribir una escritura, pero sin indicar si lo hicieron o no y en tratándose de bienes inmuebles la transferencia debe ser por escrito lo que en el caso sub lite. Por consiguiente, apreciada la prueba en conjunto, acudiendo a las reglas de la sana crítica para la apreciación de los hechos, aplicando el criterio judicial de equidad y no existiendo base legal suficiente, como para poder determinar, acuerdo fraudulento de dos o más voluntades, con el fin de causar perjuicio a un tercero; pues de la actuación de los demandados no se infiere que se hayan puesto de acuerdo para perjudicar a los actores, es decir, no hay pacto fraudulento entre dos o más personas y por lo tanto tampoco acto colusorio



*Once 11*

alguno, porque la colusión solo se materializa cuando dos o más personas se conciertan para perjudicar a un tercero. **SEXTO.- RESOLUCIÓN.-** La prueba debe ser apreciada en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, como en efecto lo hace este tribunal, apreciando los hechos y las pruebas, como dispone el Art. 8 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, por ello, por no encontrar fundada la demanda, estima que el acervo probatorio del accionante y otros recaudos procesales, no acreditan de manera fehaciente que permitan llegar a la conclusión de que en la presente acción hubo el pacto o acuerdo colusorio de los demandados y no habiéndose configurado plenamente la acción propuesta, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA,** se desecha el recurso de apelación interpuesto por el señor el ANGEL RAMIRO MULLO MAYO, procurador común de JAIME HERNAN MULLO MAYO Y RITA DEL PILAR SOSA EGUEZ.- Notifíquese y devuélvase el proceso al tribunal de origen.- **LO AÑADIDO "PONENTE" SI - CORRE.-**

*[Signature]*  
Maria Ximena Vintimilla Moseoso

**JUEZA NACIONAL PONENTE**

*[Signature]*  
Dr. Merck Benavides Benalcázar

**JUEZ NACIONAL**

*[Signature]*  
Dr. Vicente Robalino Villafuerte

**JUEZ NACIONAL**

**CERTIFICO.-**

*[Signature]*  
**Dr. Honorato Jara Vicuña**

**SECRETARIO RELATOR  
SALA DE LO PENAL  
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

~~4793; y a la FISCALIA GENERAL DEL ESTADO en la casilla judicial No. 1207.~~

~~judicial No. 1268; a FANNY GALVARRAMA TAMAYO, en la casilla judicial No.~~

~~horas, notifico con la providencia que precede a ANGEL MULLO, en la casilla~~

~~RAZON: En Quito, hoy veinte y cinco de febrero de dos mil doce, a partir de las once~~

*Los cinco renglones testados. No corre. Quito, 25-02-2012*

*Certifico*

**RAZON:** En Quito, hoy veinte y cinco de febrero de dos mil doce, a partir de las **quince** horas, notifico con la providencia que antecede a ANGEL MULLO, en la casilla judicial No. **1268**; a FANNY CALVOPIÑA ALTAMIRANO, en la casilla judicial No. **4793**; y a la FISCALIA GENERAL DEL ESTADO en la casilla judicial No. **1207**.-  
Certifico.- **Enmendado: quince. Vale.-**



Dr. Honorato Jara Vicuña

SECRETARIO RELATOR SALA PENAL

Razón: En esta fecha con OFC. No. 479-SPCNJ-12 remito la presente causa a la SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE COTOPAXI, en doscientas cuatro fojas útiles (204), dos cuerpos las actuaciones del Nivel Inferior, incluida la Ejecutoria de la Sala en cuatro fojas.- Quito, 04 de Mayo de 2012



Dr. Honorato Jara Vicuña

SECRETARIO RELATOR