

Sentencia

FUNCIÓN JUDICIAL



134751926-NP

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec

Juicio No: 1711320130446, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 215

Casillero Judicial Electrónico No: 1701474262

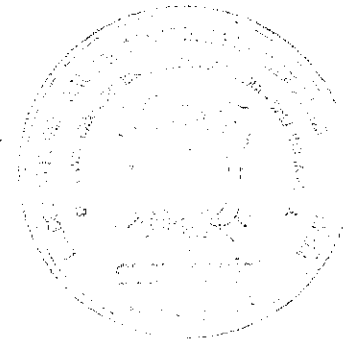
raborjam@hotmail.com

Fecha: 08 de julio de 2019

A: HERRERA BENALCAZAR MIRIAN, GERENTE GENERAL Y REP. LEGAL FONDO COMPLEMENTARIO PREVISIONAL CERRADO - FCPC PARA JUBILACION PATRONAL DE LOS SERVIDORES DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO, POLIT FAGGIONI CARLOS (CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO)

Dr/Ab.: RAFAEL ALFONSO BORJA MARTINEZ

SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA



En el Juicio No. 1711320130446, hay lo siguiente:

Quito, lunes 8 de julio del 2019, las 15h17, VISTOS.- Este Tribunal de Alzada se encuentra integrado por los doctores José Miguel Jiménez Alvarez, (Ponente) Inés Maritza Romero Estevez y Wilson Lema Lema en reemplazo del doctor Eduardo Gilberto Ochoa Chiriboga, quien se encuentra con licencia por enfermedad, para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por MARÍA FERNANDA ROCHA RUIZ, a la sentencia dictada por el Doctor Carlos Fernández Idrovo, Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, de fecha 25 de Noviembre del 2011, las 10h30, dentro del juicio ordinario No. 2013-0446. Atento el estado procesal, este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

PRIMERA.- COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN.- El Tribunal de Alzada es competente para conocer y resolver el recurso de apelación incoado por la parte actora de la presente causa, de conformidad con la Resolución No. 055-2017, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, el 20 de abril de 2017, que amplía la competencia en razón de la materia de los jueces que integramos la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, para que conozcamos y resolvamos las causas civiles y de inquilinato ingresadas bajo el amparo del Código de Procedimiento Civil; en concordancia con los artículos 326, 334 y 340 del mismo cuerpo legal, norma jurídica aplicable al caso, en atención a la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDA.- VALIDEZ PROCESAL.- En la causa in examine, se ha observado las garantías básicas del debido proceso previstas en el artículo 76 de la Constitución de la República: se ha cumplido con

las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias señaladas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil; y se ha dado a la causa el trámite establecido a partir del artículo 395 y siguientes ibídem, sin que se observe violación del trámite, por lo que el proceso es válido.

TERCERA.- ANTECEDENTES.- El doctor Genaro Peña Ugalde, Contralor General del Estado Subrogante y Carlos Orellana Lescano, Presidente del Fondo Complementario Previsional Cerrado-FCPC para Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado demandan al Administrador de Fondos y Fideicomiso Produfondos S.A., en la persona de César Augusto Morales, en su calidad de Gerente General y Representante Legal, al tenor siguiente: El 6 de abril del 2001, ante el Notario Vigésimo Tercero del cantón Quito interino, Dr. Gustavo García, la Cía. INTERIBIS Cía. Limitada, representada legalmente para este acto por su Presidente Ejecutivo señor Rafael Botero Velásquez, suscribe en calidad de constituyente un Fideicomiso Mercantil de Garantía, Administración y Pagos, denominado "Fideicomiso INTERIBIS", en el cual el Administrador Fiduciario y representante legal es la Sociedad Administradora de Fondos y Fideicomiso PRODUFONDOS Sociedad Anónima, representada legalmente dicha fecha por el señor Gilberto Pazmiño Arias. Es de destacar que pese a estar representado el señor Rafael Botero para este acto al original Representante Legal y Gerente de Interibis Cía. Ltda., en la escritura de constitución del Fideicomiso Interibis, no existe la autorización de los socios de la compañía del Presidente Ejecutivo para la suscripción de este contrato. De conformidad con nuestra legislación, la Ley de Mercado de Valores en su artículo 109 define al Contrato de Fideicomiso Mercantil. El numeral 1 del Art. 17 del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios define al fideicomiso de garantía (...). El objeto del fideicomiso de garantía Interibis, conforme la cláusula SEIS del contrato es: "la recepción de los aportes del CONSTITUYENTE para destinarlos al pago de las obligaciones contraídas por éste a favor de los beneficiarios". Esto concuerda plenamente con la intención del fideicomiso plasmada en el numeral tres de la cláusula segunda del contrato, que dice: "Dentro de su operación Interibis planea contraer obligaciones a favor de terceros y, como seguridad y respaldo de dichas operaciones, ha considerado la constitución de un Fideicomiso Mercantil de fuente de pago y garantía, que es el que consta en el presente instrumento". El constituyente, esto es la Cía. Interibis, conforme consta en el contrato de fideicomiso, es una compañía limitada cuya principal actividad era el procesamiento y comercialización de productos agroindustriales comestibles, principalmente pulpa de fruta, con el fin de exportarlos. Los beneficiarios del fideicomiso según el numeral tres de la cláusula tercera del fideicomiso Interibis, son: "Personas naturales o jurídicas a favor de quienes el Fideicomiso, por instrucción del CONSTITUYENTE, haya conferido un certificado de pago cuyo texto se adjunta como habilitante de esta escritura y hasta por los montos establecidos en dicho certificado. Todos los bienes dineros o derechos no comprometidos a favor de un beneficiario específico tendrán como beneficiario al mismo constituyente". Dicho de otra manera, este fideicomiso mercantil de garantía tuvo por razón de ser el servir como garantía y en última instancia segunda fuente de pago de las obligaciones que la Cía. Interibis al amparo de este contrato de fiducia contrajo con terceros a quienes se les otorgaba la calidad de Beneficiarios del Fideicomiso. El patrimonio autónomo de fideicomiso Interibis, de conformidad a lo establecido en el numeral cinco de la cláusula tercera del contrato de su constitución, estaba conformado por los siguientes bienes transferidos o aportados por la constituyente (interibis Cía. Ltda.). 5.1 Un aporte inicial de cien dólares de los Estados Unidos de América que el constituyente debía entregar en un plazo máximo de siete días contados desde la fecha de firma del contrato de

constitución. 5.2. Producto terminado consistente en canecas de pulpa de fruta procesada. Este producto será integrado al fideicomiso previo la verificación física de las respectivas canecas y contabilizado al precio de costo, para lo cual el fideicomiso registrará como valor de aporte el valor en libros del constituyente. 5.3 Derecho de cobro de las facturas emitidas por Interibis a sus compradores y/o distribuidores. Para este efecto, Interibis, el Fideicomiso y el respectivo comprador deberá suscribir un convenio mediante el cual este último se comprometa a pagar las facturas única y exclusivamente al fideicomiso. 5.4 Recursos en efectivo o cheques provenientes del cobro de facturas o de aportes directos del Constituyente. 5.5 Los rendimientos financieros originados por las inversiones temporales de los aportes mencionados en el numeral anterior. 5.6 Otros aportes futuros, los cuales se sujetarán a los términos del presente instrumento. De conformidad con la cláusula quinta del contrato de constitución del Fideicomiso Interibis, el Constituyente expresamente impartió las instrucciones a Produfondos, quien en su calidad de Fiduciario y representante legal, debía cumplir con dichas finalidades específicas instruidas, entre las cuales constan las siguientes (...). En la cláusula vigésimo tercera del Fideicomiso Interibis que trata de la responsabilidad del Fiduciario, en lo pertinente dice: (...), sin embargo, es necesario entender que la obligación de la fiduciaria, si bien no es el asegurar un resultado, si es actuar de manera diligente y profesional a fin de coadyuvar con la obtención de la finalidad establecida en el contrato de constitución del fideicomiso. Debe considerarse adicionalmente que en caso que las deudas del constituyente, garantizadas por el fideicomiso, hubiesen que ser canceladas con los bienes del patrimonio autónomo, constituido en la práctica única y exclusivamente por facturas entregadas por el Constituyente, y estas no hubieran podido realizarse o vender-como en efecto aconteció en la práctica-no pudo cumplir con la finalidad del Fideicomiso, debiendo la fiduciaria de conformidad a lo establecido en los Arts. 103 literal a) y 119 de la Ley de Mercado de Valores- asegurarse para el cumplimiento de los bienes del patrimonio autónomo sea factible a fin de servir como garantía y segunda fuente de pago de las obligaciones que garantizaba. El 30 de noviembre del 2001 el Presidente del FONDO PRIVADO DE JUBILACIÓN PATRONAL DE LOS SERVIDORES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, solicita al Banco Internacional que realice una transferencia de USD 1'400.000,00 a la cuenta del Fideicomiso Interibis No. 179178006001, a través de la cuenta No. 0160030399 del Produbanco que mantiene en el Banco Central. En garantía de esa suma de dinero que se transfirió por pedido de Rafael Botero, Presidente y Representante Legal de la Cía. Interibis en ausencia de su Gerente General quien es original y primer representante legal, efectuado mediante comunicación del 29 de noviembre del 2001, el Administrador Fiduciario del Fideicomiso Interibis, Produfondos, confiere con fecha 30 de noviembre del 2001, es decir la misma de la transferencia de fondos de USD 1'469.041,10 a cancelarse el 29 de mayo del 2002, suma que comprende el capital e interés. Debiendo considerarse que tanto la Ley de Mercado de Valores como los reglamentos aplicables a dicha materia, no prevén la emisión de Certificados de Garantía Fiduciaria y menos aún consideran una supuesta garantía fiduciaria, que de conformidad con el texto de dicho certificado señala: "... el fideicomiso Interibis a través de su representante legal, la Administración de Fondos y Fideicomisos PRODUFONDOS S.A., pagará a ustedes hasta la suma de USD 1'469.041,10, por concepto de abono o pago total de las obligaciones contraídas por INTERIBIS a favor de ustedes". Debiendo entenderse que el denominado "Certificado de Garantía Fiduciaria", en ningún caso puede ser considerado como el instrumento representativo de las obligaciones de pago contraídas por Interibis Cía. Ltda., con los Beneficiarios del Fideicomiso, por tanto su cancelación o

anulación no puede ser considerada como la extinción de la obligación de pago. En clara muestra de la falta de diligencia que en su tarea de administrador fiduciario del Fideicomiso Interibis tuvo Produfondos, no constató quién hizo la transferencia de los USD 1'400.000,00, sino que se conformó con pedir al Constituyente el 30 de noviembre de 2001, le informe el origen de esa suma de dinero. Tuvieron que transcurrir casi 6 meses para que Interibis le envíe una comunicación suscrita por María del Pilar Villacís, quien no era ni Gerente General ni Presidente Ejecutivo de la indicada compañía, quien escribe: "confirmando que con fecha 30 de noviembre del 2001 realizamos una transferencia por USD 1'400.000,00 vía Banco Central para acreditar al Patrimonio del Fideicomiso INTERIBIS". Durante este período de tiempo el administrador fiduciario se conformó con desconocer el origen de esos fondos..., y después le bastó una comunicación de quien no ejercía de manera titular ni subrogante la representación legal de esa empresa... El 3 de diciembre del 2001 mediante comunicación dirigida a Produfondos, el Presidente de la Cía. Interibis, señor Rafael Botero, solicitó a la señora Rina Rivera de Produfondos, el Administrador Fiduciario, retirar de la cuenta corriente del patrimonio autónomo del Fideicomiso Interibis la suma de USD 1'300.000,00 mantenida en Produbanco, para ser transferidos a la cuenta corriente de esa compañía Interibis en el Banco Pichincha No. 716-407505-8. Dicha transferencia fue realizada por Produfondos, pese a que en parte alguna del fideicomiso se le faculta el poder autónomo a cuentas del Constituyente, más aun sabiendo que dicho patrimonio autónomo fue creado para garantizar con sus recursos las obligaciones que adquiriera Interibis, y lo único que podía hacer en razón de ello, era pagar a los terceros portadores y beneficiarios de los certificados de garantía fiduciaria. Esta acción va en contra de lo prescrito en el literal b) del numeral 2 del artículo 105 de la Ley de Mercado de Valores, que manda que durante la vigencia del contrato la fiduciaria no permitirá que el beneficiario se apropie que él o la sociedad administradora de fondos administre de acuerdo a lo estipulado en el contrato. El hecho de que la fiduciaria haya transferido fondos del patrimonio autónomo a la cuenta del constituyente, pese a los certificados emitidos "evidencia una total falta de diligencia y profesionalismo por parte de la fiduciaria, según lo exige el Art.125 de la Ley de Mercado de Valores". En el patrimonio autónomo del Fideicomiso Interibis a esa fecha existían facturas que aparentemente cubrían con suficiencia el 130 % requerido para emitir certificados de garantía fiduciaria, mas dichas facturas nunca cumplieron con lo prescrito en la cláusula cinco del contrato de fideicomiso, específicamente en el cinco punto tres, que señala (...). Es decir, pese a tener una instrucción expresa el Administrador Fiduciario según el contrato del Fideicomiso Interibis, que de conformidad con el artículo 1588 del Código Civil es "ley para las partes", no lo hizo, sino que se conformó con un endoso de las facturas, figura legal de circulación que no consta en nuestra legislación como modo de transferir derechos a otro titular para este tipo de documentos que no son título valor. La fiduciaria Produfondos, nunca constató si en efecto la compañía limitada Interibis realizaba venta de sus productos, sino que se conformó con recibir una cantidad de facturas "endosadas" a favor del Fideicomiso, las cuales en algunos casos pese a vencerse mientras eran parte el patrimonio del Fideicomiso Interibis, nunca efectuaron conforme era su responsabilidad las tareas de cobro, sino que se limitaba a aceptar de la Cía. Ltda. Interibis un canje de facturas, y posteriormente incluso de pagarés, sin constatar si se trataba de documentos emitidos por la venta de los productos de la Cía. Ltda. Interibis, o simple títulos valores, incluso en algunos casos mal llenados imposibilitando de tal manera su eventual ejecución judicial, que sin relación comercial alguna fueron entregados por compañías en las cuales el señor Rafael Botero tenía vinculación. Estos

hechos trajeron como consecuencia que el patrimonio autónomo del Fideicomiso Interibis sea en la realidad muy inferior a lo que contablemente registraba el administrador fiduciario, y que era en base a lo cual se expidieron los “certificados de garantía fiduciaria”. Antes de que llegue la fecha de pago del certificado de garantía fiduciaria No. 013 con cargo al fideicomiso Interibis por un valor total de USD. 1'469.041,10, esto es 19 de abril del 2002, el Presidente Ejecutivo de Interibis solicita al Administrador Fiduciario se emita un cheque por USD 69.041,10 a favor del Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado y que se proceda a la revocación de pago de USD 1'400.000,00 a ser pagados el 25 de noviembre del 2002 con el adicional de UDS 69.041.10 en concepto de intereses con igual vencimiento. Esta solicitud fue firmada también por el Dr. Luis Muñoz, en representación del Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado. Mediante escritura pública otorgada el 27 de septiembre del 2003 ante el Notario Vigésimo Tercero Interino del cantón Quito, Dr. Gustavo García Banderas, Produfondos en su calidad de Fiduciaria del Fideicomiso Interibis de común acuerdo con Interibis Cía. Ltda., procedió a la terminación y liquidación del referido Fideicomiso, procediendo a restituirle los activos del patrimonio autónomo. Mediante resolución No. Q.IMV.03, el doctor Diego Garcés, Intendente de Mercado de Valores con fecha 21 de abril del 2013 resuelve SANCIONAR ADMINISTRATIVAMENTE a la compañía Administradora de Fondos y Fideicomiso PRODUFONDOS S.A., con una multa por haber incurrido en la infracción prevista en el artículo 206 de la Ley de Mercado de Valores, al no haber actuado de manera diligente y profesional con las instrucciones dadas a ella en el fideicomiso Interibis, conforme consta en detalle en el informe No. SC.IMV.DJMV.03.133 de 17 de abril del 2003, que no observó lo previsto en el Art. 105, de ese cuerpo legal, y que por ello permitió que el beneficiario se apropie de los bienes que ella administraba; y, por otras faltas el beneficiario se apropie de los bienes que ella administraba; y, por otras faltas que por negligencia en la administración de este fideicomiso incurrió. En la página 16 del informe No. SC.IMV.DJMV.03.133 de fecha 17 de abril del 2003, de manera correcta se señala que: “se debe recalcar, que en caso que las deudas del constituyente, garantizadas por el fideicomiso, hubiesen tenido que ser canceladas con los bienes del patrimonio autónomo y los valores de las facturas no hubieran podido realizarlas o venderlas, se habría causado un grave perjuicio a los acreedores del constituyente, y no se habría cumplido con la finalidad para lo cual se constituyó este fideicomiso. La situación antes descrita, lleva a concluir que las inobservancias de las fiduciarias, se encasillan en las infracciones muy graves, determinadas en el artículo 208, ibídem, numeral 3, ya que estas inobservancias “proponen en gravísimo peligro”, los intereses de los beneficiarios, especialmente si estas inobservancias se dan en un fideicomiso de garantía”. Mediante resolución No. SBS-2005-0324, de fecha 15 de junio del año dos mil cinco, la Superintendencia de Bancos y de Compañías aprobó los estatutos y registró el Fondo Complementario Provisional Cerrado-FCPC para Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, denominación con la cual se registró al Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, en cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias contenidas en la resolución SBS-2004-0740 expedida por la Superintendencia de Bancos y Seguros, la cual contiene las normas para el registro, constitución, organización, funcionamiento y liquidación de los Fondos Complementarios Previsionales. DEMANDA.- Con los antecedentes expuestos y en base a lo establecido en el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, que señala que la obligación de la fiduciaria si bien no es

asegurar un resultado, si es actuar de manera diligente y profesional a fin de coadyuvar a la obtención de la finalidad establecida en el contrato de constitución, en virtud de lo cual responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, así como en lo prescrito en el numeral 3 literal a) del artículo 208, y a los artículos 205, 103, literal a), 105 numeral 2 literal b), 109 incisos primero y tercero, 119 y más pertinentes de la Ley de Mercado de Valores; artículo 10 y 17 del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios vigente; artículo 13 del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios que fue derogado el 8 de mayo del 2001; 1588, 1589, 1590, 1596 numeral 2, 1599, 1601 y más pertinentes del Código Civil; y, la cláusula tercera numerales 5.3 y 6, cláusula quinta numerales 6, 8 y 10; y, cláusula décima sexta numeral 7 del Contrato de Constitución del Fideicomiso Interibis, demando a la Administradora de Fondos y Fideicomiso Produfondos S.A., en la persona del señor César Augusto Morales, por su calidad de Gerente General y Representante Legal de la misma. La indemnización civil por los perjuicios causados a mi representada, así como al daño emergente y lucro cesante que su negligencia ocasionó; los intereses legales y los de mora a la tasa regulada por la Junta Bancaria desde la fecha de su negligencia hasta la del pago; y, las costas procesales entre las que se servirá incluir los honorarios profesionales de mis abogados defensores. PRIMERA INSTANCIA.- A fs. 11 consta la certificación que emite Produfondos al Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, la misma que dice: "Por medio del presente certificamos a ustedes que por instrucciones del señor Rafael Botero, el fideicomiso INTERIBIS a través de su representante legal, la Administradora de Fondos y Fideicomisos PRODUFONDOS S.A., pagará a ustedes hasta la suma de USD 1'469.041,10, por concepto de abono o pago total de las obligaciones contraídas por INTERIBIS, los pagos se efectuarán en las siguientes fechas y montos: 29 de mayo de 2002 intereses USD 69.041.10; 29 de mayo de 2002- capital- USD 1'400.000,00. 2. A fs. 12 aparece una certificación que dice: "Hemos cancelado la obligación contraída entre INTERIBIS y Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, por lo que adjunto a la presente encontrará el CERTIFICADO DE GARANTÍA FIDUCIARIA 0013 a favor del Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado...". 3. A fs. 14 a 30 registra el Informe No. SCI.IMV.DJMV.03.133, emitido por el Especialista Jurídico al Director del Departamento Jurídico de Mercado de Valores de la Superintendencia de Compañías, quien concluye: "De los hechos antes analizados se concluye que la compañía Administradora de Fondos y Fideicomisos Produfondos S.A. ha incurrido en lo establecido en el Art. 206 y 208 literal a) de la Ley de Mercado de Valores, al inobservar los artículos 103, literal a); 105, numeral 2, literal b); 109, inciso primero y tercero; 119 y 125 de la Ley de Mercado de Valores; artículo 10, último inciso y 17, numeral 1 del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios vigente; artículo 13 inciso segundo del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios que fue derogado el 8 de mayo del 2001, y las cláusulas tercera numerales 5.3 y 6; Quinta numerales 6, 8 y 10 y Décima Sexta, numeral 7 del Contrato de Constitución del Fideicomiso INTERIBIS". Recomienda, sancionar a la compañía Administradora de Fondos Produfondos S.A con una multa de 5000 UVC's equivalente a \$ 13.144,50 de conformidad con lo establecido en el Art. 208, numeral 3, literal a) de la Ley de Mercado de Valores. 4. A fs. 31 a 35 está la Resolución No. Q.IMV.03-1457 de fecha 21 de abril del 2003 dictada por la Superintendencia de Compañías, en la cual se resuelve: "ARTÍCULO PRIMERO.- SANCIONAR ADMINISTRATIVAMENTE a la compañía ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS PRODUFONDOS S.A., con una multa de \$ 13.144,50 equivalente a 5000 UVC's,

de conformidad con el numeral 3 literal a) del Art. 208 de la Ley de Mercado de Valores, por haber incurrido en la infracción prevista en el Art. 206 de la misma ley; al inobserva los artículos 103, literal a); 105, numeral 2, literal b); 109, inciso primero y tercero; 119 y 125 de la Ley de Mercado de Valores; artículo 10, último inciso y 17, numeral 1 del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios vigente; artículo 13 inciso segundo del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios, vigente a la fecha de constitución del “Fideicomiso INTERIBIS y la cláusula tercera números 5.3 y 6; quinta números 6, 8 y 10 y Décima Sexta, número 7 del Contrato de Constitución del “Fideicomiso INTERIBIS”. 5. A fs. 41 a 53 aparece la escritura pública de constitución del Fideicomiso Mercantil de Garantía, Administración y Pagos que otorga INTERIBIS CÍA, LTDA. A favor de PRODUFONDOS SOCIEDAD ANÓNIMA, de fecha 6 de abril del 2001. 6. A fs. 55 a la 61 aparece la escritura de Terminación y Liquidación del Fideicomiso y Restitución denominado INTERIBIS, de fecha 27 de septiembre de 2002. 7. De foja 70 aparece el auto calificando la demanda. 8. A fs. 74 a la 81 consta la contestación a la demanda, por parte de la Compañía Administradora de Fondos y Fideicomiso Produfundos S.A., y propone las siguientes excepciones: a) Incompetencia del juzgado, por cuanto el Art. 31.1 del CPP, prevé que le corresponde al Presidente del Tribunal Penal que dicta la sentencia condenatoria el conocimiento de la acción de daños y perjuicios. El Juez Civil tiene competencia para conocer de los reclamos por indemnizaciones provenientes de la perpetración de un delito solamente si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular según el literal b) del número 1 del citado artículo. b) Que la acción no puede intentarse mientras no se resuelva la acción penal. c) Niega los fundamentos de hecho y de derecho. d) Niega que Produfundos haya actuado con negligencia o haya incumplido alguna de las obligaciones derivadas del contrato de constitución del Fideicomiso Interibis. e) Alega expresamente que todas las obligaciones derivadas del certificado de garantía No. 013 se extinguieron aun antes de la liquidación del contrato de Fideicomiso. f) Niega que los demandantes hayan sufrido perjuicio imputables a Produfundos. g) Niega cualquier perjuicio. h) Alega improcedencia de la demanda y de la acción. i) Alega falta de derecho del actor para proponer la demanda en contra de Produfundos; y, j) Niega que el actor tenga derecho que invoca. 9. En providencia de 27 de enero del 2006, las 11h28 se califica la contestación a la demanda. 10. Con fecha 25 de julio del 2016, a las 08h39, se ha llevado a cabo la Junta de Conciliación. 11. Produfundos, dentro del término de prueba, ha presentado varios escritos que constan a fs. 122, 123, 124, 125, 126, 129, 130, 131, 132, 450 (Anexa contrato de constitución del Fideicomiso, contrato de terminación y liquidación del Fideicomiso Interibis, Carta emitida por Rafael Botero se emita un certificado de garantía a favor del Fondo, Certificado 0013, carta de 19 de abril de 2002 en la que se dispone a la fiduciaria la renovación del certificado No. 013 por 180 días, carta del 14 de mayo de 2002, informando a la fiduciaria que la transferencia por la cantidad de un millón cuatrocientos mil dólares, fue realizada por Interibis, el oficio de 29 de mayo de 2002, mediante el cual la Administradora de Fondos Produfundos, canceló el valor solicitado por el Fondo, cheque No. 000007, girado a orden del Fondo, rendición de cuentas de mayo 2002, carta de 3 de junio, carta de 23 de septiembre, auditoría realizada por Deloitte & Touche a los Estados Financieros, resolución No. Q.IVM.03-2003, expedido por el Consejo Nacional de Valores, informes enviados por la Administradora de Fondo y Fideicomisos Produfundos, dictamen fiscal, acusación particular, auto de llamamiento a juicio, informe sobre la inversión de una millón cuatrocientos mil dólares, auditoría a los Estados Financieros del Fondo de Jubilación). 11. A fs. 233 a 264 consta el dictamen fiscal. 12. A fs. 270 a la 281 aparece

el auto de llamamiento a juicio y de sobreseimiento. 13. La Corte Provincial con fecha 27 de julio del 2004, las 08h00, ha ratificado el auto de llamamiento a juicio con una modificación en el sobreseimiento. 14. Escrito de prueba del actor a fs. 452 a 455, (anexos), 1901. 15. A Fs. 1970 A 1972 aparece el acta de la inspección judicial realizada a las oficinas de Produfondos, para que un perito realice una experticia a los registros contables y sustentos del aporte de un millón cuatrocientos mil dólares, se exhiba el título por lo cual entregó a INTERIBIS, constituyente del Fideicomiso, el documento de entrega y la forma de contabilización de la entrega en la contabilidad del Fideicomiso, y entregue copia del balance del Fideicomiso. 16. A fs. 2109 a la 2117 consta el informe del perito Byron Rodas Cabrera, concluyendo que "PRODUFONDOS tenía la responsabilidad de realizar todos los actos conducentes al cumplimiento del contrato de fideicomiso; puesto que no actúa de manera diligente y profesional a fin de que cumpla el contrato de constitución del FIDEICOMISO INTERIBIS. 17. fs. 2117 la demandada impugna el peritaje. 18. A fs. 2124 el perito da contestación a la impugnación y termina señalando que se ratifica en su informe. 19. De fs. 2148 a la 2166 consta la sentencia, la misma que resuelve desechar las excepciones por falta de prueba, aceptándose parcialmente la demanda en virtud de la responsabilidad solidaria que han tenido todos los partícipes en la no devolución del \$ 1'400.000,00 dólares al Fondo actor, y se le condena a la demandada Administradora de Fondos y Fideicomiso Produfondos S.A., a pagar el lucro cesante y daño emergente, en un porcentaje del 30 % del capital invertido y sobre este porcentaje los intereses que pudieran haber generado, a partir del 29 de mayo del 2002 hasta su total cancelación, de acuerdo al interés legal que fijare el Directorio del Banco Central del Ecuador. 20. La demandada a fs. 2173 interpone recurso de apelación. 21. El actor, a fs. 2174 interpone recurso de apelación. SEGUNDA INSTANCIA.- 1. La demandada a fs. 4 fundamenta su recurso de apelación. 2. El actor, a fs. 17 da contestación al recurso de apelación. 3. A fs. 23 consta el acta de la junta de conciliación. 4. A fs. 42 la demandada comunica que la Cía. Administradora de Fondos y Fideicomiso PRODUFONDOS S.A., ha modificado su denominación por la de ANEFI S.A. Administradora de Fondos y Fideicomisos. 5. Con providencia de 26 de noviembre del 2015, las 09h22 se abre el término de prueba. 6. El actor en escritos de fs. 74, 82, 89 presenta escritos de prueba. La parte demandada en escritos de fs. 190 presenta pedidos de prueba. Concluida la estación probatoria, siendo el estado para hacerlo se considera.

CUARTA. ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL AD QUEM.-

4.1 El artículo 76, numeral 7, literal m) de la Constitución de la República en concordancia con los Art. 323 y 326 del Código de Procedimiento Civil, prevén el recurso de apelación y el derecho de las partes a recurrir; es decir que las partes que conforman el proceso tienen derecho a recurrir ante una resolución judicial en este caso interponer recurso de apelación y en consecuencia que las resoluciones emitidas por un juzgador inferior sean revisadas e incluso modificadas conforme a derecho por un juzgador jerárquicamente superior. Cabanellas define a este recurso: "Exposición de queja o agravio contra una resolución o medida, a fin de conseguir su revocación o cambio// Por antonomasia en lo jurídico, y específicamente en lo judicial, recurso que una parte, cuando se considera agraviada o perjudicada por la resolución de un juez o tribunal, eleva a una autoridad orgánica superior; para que, por el nuevo conocimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique o anule la resolución apelada". La Corte Constitucional, sobre el recurso de apelación ha señalado que: "La facultad de impugnar un fallo mediante un recurso procesal habilita a las partes litigantes para

que, en el marco del principio de la tutela judicial efectiva, puedan solicitar que su proceso y sobre todo la sentencia derivada del proceso sea sometida a conocimiento de juzgadores de mayor jerarquía, quienes en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales están en capacidad de controlar y modificar las decisiones judiciales impartidas por los juzgadores inferiores. Estas impugnaciones, vía recursos, se interponen cuando una parte estima que el juzgador en su sentencia ha infringido normas legales o contenidos doctrinarios; es por ello que el derecho de las partes procesales a recurrir una resolución o fallo, constituye una garantía que configura su derecho constitucional a un proceso justo.”

4.2 Análisis del caso recurrido.- 4.2.1 El Art. 63 del CPC sobre el juicio ordinario dice: “Toda controversia judicial, que según la Ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario”. Emilio Velasco, sobre el tema indica: “En definitiva, se puede definir al juicio ordinario en el sentido que es el trámite al que “ordinariamente estamos sometidos todos los habitantes del Ecuador”. De no existir el Art. 63 del Código de Procedimiento Civil, además de crearse un sistema anómalo para la tramitación de muchas causas, sería imposible la sustanciación de acciones o controversias que por su complejidad necesitan una vía que esté acorde con la naturaleza del asunto. También se puede indicar que el juicio ordinario es una vía en la que se discute y se investiga el derecho incierto; y que las partes tienen igualdad frente al proceso y una amplitud casi ilimitada en la búsqueda de una solución pacífica de sus problemas”. 4.2.2 Es obligación del actor probar los hechos que se han propuesto afirmativamente en la demanda y que han negado el demandado. De su parte, el reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. En suma, cada parte está obligados a probar los hechos que alega, por disposición del Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, pero únicamente la prueba debidamente actuada, esto es la que ha pedido, presentado y practicado, de acuerdo con la ley, hace fe en juicio, según lo prevé el Art. 117 ibídem, pruebas que además deben ser pertinentes (Art. 116 CPC), esto es concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio, usando los medios probatorios previstos en el Art. 121 de este cuerpo legal. 4.2.3 En el caso in examine, la demandada y él actor han interpuesto recursos de apelación, recursos que han sido debidamente fundamentados de conformidad con el Art. 408 del Código de Procedimiento Civil, la primera refiere error esencial, prejudicialidad penal y falta de derecho del actor para proponer la demanda; el segundo fundamenta que no se encuentra conforme con el 30 % de daños y perjuicios establecido en la sentencia, en razón que demandó el 100%, esto es el aporte del fideicomiso de \$ 1'400.000,00, el pago de intereses hasta la solución del pago, los intereses legales y los de mora regulados por la Junta Bancaria, en la que se incluirán los honorarios del abogado defensor. Por lo expuesto, consideramos sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandada: (i) Los Arts. 19 y 129.3 del Código Orgánico de la Función Judicial respectivamente dice: “Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenas y actuadas de conformidad con la ley”; y, “Resolver los asuntos sometidos a su consideración con estricta observancia de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orienten el ejercicio de la Función Judicial”. (ii) El Art. 1572 del Código Civil dispone: “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”. La indemnización de daños y perjuicios, es una acción encaminada a resarcir

patrimonialmente a quien sufrió un daño. Aníbal Guzmán Lara, define al daño: “Es todo quebrantamiento, deterioro, pérdida, destrucción que sufren las personas o las cosas por hecho humano dañoso, culposo, voluntario o involuntario o por el simple transcurso del tiempo, por el uso”. Los daños y perjuicios a criterio del mismo autor, indica: “Esta indemnización es una sanción y compensación de carácter económico que impone la ley y cuya finalidad es reparar el daño o el perjuicio causado, por haberse violado o incumplido la ley o un contrato, causando detrimento a una o varias personas”. En el campo de prestaciones civiles determinadas en el Código Civil se producen daños y perjuicios, por ejemplo por el incumplimiento de obligaciones contractuales, para ello deben observarse varias reglas, como cuando las obligaciones son de dar o hacer, cuando no se ha cumplido la obligación contractual dentro del plazo estipulado, cuando deriva de una acción judicial (contrato bilateral, la acción resolutoria o de cumplimiento del contrato), y cuando la obligación accesoria depende de lo principal. De igual forma la indemnización de daños y perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, que se refiere al valor de la pérdida y al de la ganancia que deja o dejará de percibir. (iii) El fideicomiso, en nuestra legislación constituye una limitación voluntaria al derecho de dominio y consiste fundamentalmente en que el dueño de un bien lo entrega a otro, para que éste a su vez lo haga a favor de un tercero al cumplirse una condición que está determinada expresa y claramente en el título constitutiva del fideicomiso, a fin de que pase a propiedad y disfrute de dicho tercero, con los derechos y obligaciones constantes en el título y que fueren legales; o por falta de acuerdo, a lo previsto en la ley”. El Art. 748 del Código Civil invoca: “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución”. Por otro lado, la administración no implica enajenar ni gravar ni realizar gastos dispendiosos. La administración debe ejercerla el fiduciario como buen padre de familia y, por lo mismo, responde de la culpa leve. (iv) Resolviendo el recurso de la demandada, mencionamos: 1. ERROR ESENCIAL: Error esencial u obstáculo es “aquel que recae sobre la identidad del acto o contrato que se celebra, o sobre la identidad de la cosa que es objeto de dicho acto o contrato”. El Art. 258 del Código de Procedimiento Civil dice: “Si el dictamen pericial adoleciere de error esencial, probado esté sumariamente, deberá la jueza o juez, a petición de parte o de oficio, ordenar que se corrija por otro u otros peritos, sin perjuicio de la responsabilidad en que los anteriores hubieran incurrido por dolo o mala fe”. En la especie, tenemos: a) Dentro de la diligencia de inspección judicial que consta a fs. 1970 a 1972, se insinuó la designación de un perito, recayendo el nombramiento en el Econ. Byron Rodas Cabrera, quien presenta su informe el 12 de agosto del 2010, quien en lo principal advierte que el Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Empleados de la Contraloría General del Estado, se encuentra integrado por el 50% de aportes individuales y el 50% de aportes del Estado Ecuatoriano; que el 30 de noviembre del 2001, el Fondo, mediante transferencia bancaria invierte la suma de \$ 1'400.000,00 en el Fideicomiso Interibis S.A., administrado por Produfondos S.A. con el 10% de interés a 6 meses plazo; que el 3 de diciembre del 2001, 3 días después de la inversión, la empresa INTERIBIS S.A. retira la cantidad de \$ 1'300.000,00 de la cuenta mantenida en el Produbanco; que el 29 de mayo del 2002, a los 6 meses de inversión, PRODUFONDOS, paga el valor de \$ 69.041,10 por concepto de intereses; que hasta la fecha del informe el \$ 1'400.000,00 no ha sido recuperado por el Fondo, causándoles un perjuicio económico; y,

que el 27 de septiembre del 2002, se ha procedido a la liquidación del fideicomiso entre INTERIBIS Y PRODUFONDOS. Que el objeto de la pericia fue realizar una inspección judicial a los registros contables y sustentos del aporte del \$ 1'400.000,00 con la transferencia directa del Fondo a la cuenta del fideicomiso Produfondos. Que Produfondos exhiba el título por el cual entregó a INTERIBIS, el valor de \$ 1'400.000,00 así como el documento que debió haberse suscrito para dicha entrega y la forma de contabilizar, entre otras delegaciones. El perito procede al análisis de la cláusula tercera punto cinco, cláusula cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima primera, décima segunda, décima sexta, décima séptima, décima octava, luego de lo cual concluye: 1. PRODUFONDOS NO ha dado cumplimiento a lo solicitado por la parte actora en sus escritos de prueba, diligencias que han sido ordenadas en sus providencias; 2. PRODUFONDOS NO dio cumplimiento a las cláusulas contractuales relacionadas con las obligaciones asumidas en el contrato fiduciario; 3. No existe evidencia de que PRODUFONDOS ha emitido informes semanales. 4. No existe documentos sobre la verificación periódica de los productos, en el lugar en donde se encontraban; y, 5. No existen documentos que demuestren que PRODUFONDOS estableció la idoneidad del comprador del producto y de la capacidad de pago de los títulos que emitió. Era obligación de PRODUFONDOS asegurarse del cumplimiento de las finalidades para las cuales se constituyó el fideicomiso, que la venta de los bienes fideicomitidos sea factible y responda por las obligaciones por INTERIBIS, es decir, la afectación de unos bienes garantizan el cumplimiento de una obligación. PRODUFONDOS tenía la responsabilidad de realizar todos los actos conducentes al cumplimiento del contrato de fideicomiso, puesto que no actúa de manera diligente y profesional a fin de que se cumpla el contrato de constitución del fideicomiso Interibis. Informe que se corrió traslado a las partes. La demandada, entre sus principales alegaciones al informe fueron que el nombramiento estaba caducado; que Produfondos ha dado cumplimiento a lo solicitado en la inspección judicial y que se ha extralimitado en sus atribuciones, ya que únicamente debía revisar el contenido de la documentación incorporada durante la inspección judicial; que si informe solo debía contener criterios contables o económicos relacionados con los balances, estados de cuenta, rendiciones de cuenta e informes de auditoría incorporados en el proceso, sin embargo ha realizado análisis a las cláusulas del contrato y que no han presentado todas los medios probatorios. Concluye solicitando la impugnación del informe por existir un error esencial. El actor, avala el informe pericial. Por lo manifestado por las partes, se corre traslado al perito, quien en escrito de fecha 27 de septiembre del 2010, explica que el Juzgado le ha concedido prórroga; que en el objeto de la pericia se menciona con claridad lo dispuesto por la Jueza; que no ha realizado un análisis legal del contrato, sino una verificación de la documentación que respalde o sustente cada una de las cláusulas, principalmente con las relacionadas con obligaciones. En providencia de 1 de octubre del 2010, las 11h41, se corre traslado con el escrito presentado por el perito. La demandada indica que al haberse impugnado por error esencial el informe pericial, en fundamento al Art. 258 del Código de Procedimiento Civil, se abra el término de prueba. El juzgado concede el término de prueba. El actor, en su escrito de fecha 9 de noviembre del 2010, solicita que se revoque la providencia referida. La demandada en escrito de 10 de noviembre del 2010, solicita prueba, la misma que es ordenada en providencia de 10 de noviembre del 2010, las 17h57, no sin antes rechazar el pedido de revocatoria. El actor, en escrito de 10 de diciembre del 2010, solicita que al no haber demostrado el error esencial, se dicte autos para sentencia. En providencia de fecha 6 de enero de 2011, las 09h40 el juez ordena autos para resolver y advierte que se tomará en cuenta el

distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados". Al respecto Chiovenda dice: "Competencia es el conjunto de causas sobre las cuales puede el órgano ejercer la fracción de jurisdicción". Una de las porciones de jurisdicción en razón de la materia, se subdivide a su vez: competencia civil, penal, laboral, etc.; en virtud de los cuales los jueces civiles deben conocer los asuntos civiles y mercantiles, y los jueces penales, los casos penales. La indemnización demandada por el actor es un tema eminentemente civil, ya que se enmarca en lo previsto en el Art. 1561, 1563 (culpa leve), 1572 y 1574 (dolo) del Código Civil en concordancia con el Art. 125 de la Ley de Mercado de Valores y lo previsto en las cláusulas quinta y décima primera del contrato fiduciario; es decir por lo invocado el competente es el juez de lo civil; pero por excepción a la regla los jueces penales conocen la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la comisión de un ilícito penal, comprendiendo el ejercicio abusivo del derecho por parte de los procesados. Por lo invocado, el presente juicio que es de orden civil no recae en el campo de la prejudicialidad, es decir, que no fue necesario haberse iniciado una acción penal por algún delito, para reclamar los daños y perjuicios en la vía ordinaria- civil, ya que son temas totalmente independientes. Por lo expuesto se desestima esta pretensión. c) FALTA DE DERECHO DEL ACTOR PARA PROPONER LA DEMANDA.- En lo principal se alega que la Contraloría General del Estado no ha demostrado el motivo de su intervención ni ha demostrado ser la perjudicada; que no ha demostrado la existencia de los fondos; que el Fondo no ha demostrado tener la existencia legal. Sobre este tema consideramos: 1) Del proceso, aparece a fs. 213 a 214, el Registro Oficial No. 52 del 4 de julio de 2005, la "Aprobación de los estatutos del Fondo Complementario Previsional Cerrado-FCPC para Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado", 2) A fs. 216 a 219 consta el Registro Oficial No. 128 del 26 de julio del 2000, en el cual se dicta el Decreto que hace referencia a: "Disponerse que las inversiones, colocación de los recursos y compraventa de activos financieros de todo origen, que realicen directa o indirectamente, las instituciones del Estado, autónomas o no; los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva deberán realizarse obligatoria y exclusivamente a través del mercado financiero y/o del mercado de valores del Ecuador", estableciéndose en el Art. 1. "... que el Estado sea propietario de acciones o participaciones que superan el 51% de su capital suscrito; las asociaciones de servidores públicos, fondos de jubilación, fondos de cesantía y fideicomisos, que realicen y/o administran, directa o indirectamente, asignaciones o transferencias de recursos públicos que representen el 20% o más del total de sus ingresos anuales, deberán realizarse obligatoriamente y exclusivamente a través del mercado financiero y/o del mercado de valores del Ecuador". 3) De fs. 221 y 222 consta el Acuerdo 00258, de fecha 8 de junio de 1983, dictado por la Contraloría General del Estado la "Creación de la jubilación patronal a favor de los ex servidores de la Contraloría General del Estado que obtuvieron la jubilación del IESS y que tuvieron como base el tiempo de servicio acumulado en la Institución equivalente a cuarenta imposiciones". 4) La Superintendencia de Bancos y Seguros ha emitido la Resolución SBS-2005-0324 consistente en "Aprobar los estatutos del Fondo Complementario Previsional Cerrado-FCPC para Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado". 5) De fs. 237 a 241 aparece el Acuerdo No. 00695 que expide el Reglamento para la Jubilación Patronal en la Contraloría General del Estado, de fecha 18 de agosto de 1983. 6) De fs. 242 a 247 consta el Acuerdo No. 01034 de fecha 23 de diciembre de 1983, que refiere a la Constitución del Fondo de Jubilación Patronal de la Contraloría General del Estado". 7) A fs. 248 a la 255 aparece el Acuerdo 0927 dictado por la Contraloría General

del Estado de fecha 12 de septiembre de 1986 que refiere a la expedición del Reglamento de Administración del Fondo Privado de Jubilación Patronal de la Contraloría General del Estado". 8) A fs. 256 a la 263 consta el Acuerdo No. 00545 de fecha 1 de junio de 1988, referente al Reglamento de Administración del Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado. 9) De fs. 264 a la 273 aparece el Acuerdo 00056 del 21 de enero de 1991, dictado por la Contraloría General del Estado, referente al Reglamento Codificado de Administración del Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado. 10) De fs. 274 y 275 consta el Acuerdo No. 0021 de fecha 23 de febrero de 1992, referente a las Reformas al Reglamento de Codificación de Administración del Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado. 11) De fs. 281 a 284 consta el Acuerdo 020 CG del 09 de septiembre del 2003, que refiere a las Reformas al Reglamento Codificado del Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado. 12) De fs. 290 a 291 consta la Resolución No. SBS-2005-0626, de fecha 26 de octubre de 2005, dictada por la Superintendencia de Bancos y Seguros, con la cual Declara la habilitación legal del doctor Luis Alfonso Miño Morales, como miembro del Consejo de Administración y representante legal del Fondo Complementario Previsional Cerrado-FCPC para jubilación patronal de los servidores de la Contraloría General del Estado. Con esta documentación se ha justificado la existencia legal y personería jurídica del Fondo; sin embargo, con la vigencia a la Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social y a la Ley del Banco del IESS, publicada en el R.O. Suplemento No. 379 del 20 de noviembre de 2014, en su Art. 1 dispone que "los fondos pasen a ser administrados por el IESS que se originen y bajo cualquier modalidad hayan recibido aportes estatales. De esta forma se ha demostrado la Personería Jurídica del Fondo como la existencia jurídica; la transformación del Fondo de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, a Fondos Complementarios Previsional Cerrado- para Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, conforme consta del Estatuto aprobado por la Superintendencia de Bancos, mediante Resolución SB-2005-0324 del 15 de junio del 2005, publicada en el R.O. 52 del 4 de julio del 2005; y, la legal representación del Fondo Complementario, tanto del señor Contralor General del Estado y de quien ha ejercido la Presidencia del Consejo de Administración del Fondo; y, más documentación emitida por el SRI. Por otro lado, de conformidad con los Arts. 3 y 7 del Reglamento Codificado de Administración del Fondo Privado de Jubilación Patronal de los Servidores de la Contraloría General del Estado, de fecha 21 de enero de 1991, el Administrador del Fondo estará a cargo de una Comisión integrada por el Contralor General del Estado o su delegado, quien la presidirá; como del financiamiento del Fondo, mediante la suscripción del contrato de fideicomiso, la transferencia que realizó el fondo al Fideicomiso Interibis, por un \$ 1'400.000,00 de la cuenta No. 01600303 que mantiene el Fondo en el Produbanco a la cuenta 2005028554 que mantiene el Fideicomiso Interibis. De esta forma, la pretensión de la demandada, ha quedado sin sustento. Por lo expuesto, se rechaza el recurso de apelación interpuesto. Con relación al recurso de apelación interpuesto por el Fondo, cuyo fundamento es que la Administradora de Fondos y Fideicomisos Produfondos S.A., ha demandado para que lo condenen al pago de la indemnización civil por los perjuicios causados, como el daño emergente y lucro cesante que su negligencia ocasionó; los intereses legales y de mora a la tasa que regula la Junta Bancaria desde la fecha de su negligencia hasta la del pago. Terminan solicitando se reforme la sentencia para que se le condene al pago de la totalidad de la responsabilidad civil. Consideramos: (i) Aníbal Guzmán Lara, en su Diccionario

A quo ha establecido la existencia de un daño que debe ser reparado proporcionalmente entre los miembros del fideicomiso, en consideración que la responsabilidad civil no se deriva de un delito o cuasidelito, esto es de una sentencia penal ejecutoriada. b) Para que proceda la acción de daños y perjuicios es necesario que se haya justificado tres cosas: 1) La determinación de los daños, 2) La cuantificación de los perjuicios; y, 3) La responsabilidad del demandado. Todo lo cual se ha demostrado con la prueba presentada y reproducida, en particular con la que reposa de fs. 1 a 61, esto es con la transferencia que realizó el Fondo de \$ 1'400.000,00 (Banco Internacional- cuenta No. 0600601304) al Produbanco cuenta del Banco Central No. 01600303 a favor de Interibis S.A. (transferencia realizada al patrimonio Fideicomiso Interibis), para que sea manejado y administrado por Produfondos S.A., para luego probarse que Rafael Botero, Presidente de Interibis ha solicitado a Produfondos S.A., transfiera \$ 1'300.000,00, a la cuenta corriente No. 716-407505-8 del Banco Pichincha. Con la escritura pública del Fideicomiso Mercantil de garantía, administración y pago, celebrada el 06 de abril del 2001, mediante la cual queda constituido el Fideicomiso "Interibis", en donde Produfondos asumió la posición y categoría de fiduciario, contrato como dijimos se constituye ley para las partes y someten a las obligaciones que prevé los Arts. 125, 128, 129 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores. Con la Resolución No. Q.IMV.03 del 21 de abril del 2003, emitida por la Superintendencia de Compañías, la misma que sanciona por faltas administrativas a la administración del Fideicomiso. Con la escritura pública de la terminación y liquidación del Fideicomiso, y con el acta de entrega recepción final de los bienes que conformaban el Patrimonio Autónomo, de las cuales consta 209 facturas que suman \$ 802.500, entregadas por el emisor y IBSGRUOP L.L.C. y 12 cheques por \$ 135.047 entregadas por su emisora Interibis, pero que resulta que al 31 de mayo del 2002, según fs. 159 a 16, asoma que el señor Gerente de Produfondos Ec. Gilberto Pazmiño, en cumplimiento a la cláusula décima séptima del contrato de fideicomiso y en calidad de fiduciaria, rinde su cuenta del patrimonio autónomo del Fideicomiso Interibis, de facturas que no corresponden y que cotejados esos valores con el documento que aparece a fs. 61, no concuerdan, es decir no tienen relación, dando como resultado una inconsistencia de valores. De igual forma con el proceso penal que se ha iniciado en contra de los representantes legales del Fondo y de Interibis, tal como refleja de los documentos de fs. 233 a la 290 y con sentencia condenatoria dictada, se ha establecido el pago de daños y perjuicios a los sentenciados, a excepción de Produfondos. Con la certificación emitida por el Banco Central, de la cual aparece que Interibis no ha realizado importaciones ni exportaciones desde enero del 2000 al 31 de enero del 2003 y con los informes de control que constan a fs. 616 a 685; para finalmente destacarse el informe pericial emitido por el Economista Byron Rodas, entre otros medios de prueba que se encuentra debidamente detallados en esta resolución y reproducidos en la etapa de prueba de primera y segunda instancia. c) La sentencia recurrida por otro lado, cumple con los estándares de la motivación y se la ha dictado bajo la regla de la sana crítica, esto es en base a la lógica y la experiencia. d) De lo expuesto se llega a la conclusión de establecer la responsabilidad civil, por inobservar las cláusulas contractuales y la Ley de Mercado de Valores, al haber permitido la disminución del patrimonio autónomo, como la pérdida de las ganancias que hubiera recibido el Fondo si se hubiera administrado adecuadamente. Por lo expuesto, no cabe la pretensión del actor expuesto en su recurso de apelación.

QUINTA.- DECISIÓN.- Por las consideraciones expuestas, en fundamento a los Arts. 323 al 342 del Código de Procedimiento Civil, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO

SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, este Tribunal, resuelve: 1. Rechazar los recursos de apelación interpuestos; 2) Ratificar la sentencia venida en grado en todas sus partes. Sin costas. Por secretaria, se dispone devolver el proceso a la Unidad Judicial, para los fines de ley. NOTIFÍQUESE.-

f).- LEMA LEMA WILSON ENRIQUE, JUEZ DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA; ROMERO ESTEVEZ INES MARITZA, JUEZA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA; JIMENEZ ALVAREZ JOSE MIGUEL, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Andrade Saeteros', is written over a horizontal line. The signature is cursive and somewhat stylized.

ANDRADE SAETEROS LUIS HERNAN
SECRETARIO DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA

