



REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

EDICIÓN ESPECIAL

Año IV - Nº 416

**Quito, martes 26 de
marzo 2013**

Valor: US\$ 1.25 + IVA

**ING. HUGO ENRIQUE DEL POZO
BARREZUETA
DIRECTOR**

Quito: Avenida 12 de Octubre
N 16-90 y Pasaje Nicolás Jiménez

Dirección: Telf. 2901 - 629
Oficinas centrales y ventas:
Telf. 2234 - 540

Distribución (Almacén):
Mañosca Nº 201 y Av. 10 de Agosto
Telf. 2430 - 110

Sucursal Guayaquil:
Malecón Nº 1606 y Av. 10 de Agosto
Telf. 2527 - 107

Suscripción anual: US\$ 400 + IVA
para la ciudad de Quito
US\$ 450 + IVA para el resto del país
Impreso en Editora Nacional

40 páginas

www.registroficial.gob.ec

**Al servicio del país
desde el 1º de julio de 1895**

SUMARIO:

Págs.

FUNCIÓN JUDICIAL Y JUSTICIA INDÍGENA:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

PRIMERA SALA DE LO LABORAL:

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

823-09	Milton Iván Falcones Navarrete en contra del Hotel Arazá	2
913-09	Ezequiel Ramos Cano en contra de la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil.....	3
1085-2009	Cristian Rolando Cushcagua Narváez en contra de Fabián Arturo Guerra Estrada.....	5
25-10	Vicente Tito Suárez en contra de la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres CEOSL	6
253-2010	Karla Elizabeth Gaona Pazmiño en contra de Fausto Lupera Martínez.....	7

SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA:

051-2010	TRANSINVEST S. A. y otras en contra de BMI FINANCIAL GROUP INC.....	9
132-2010	Marco Antonio Cadena Silva en contra de Laura Nereida Zavala Mora	12
250-2010	Salvador Bolívar Sarango Jiménez y otra en contra de Edgar Ordóñez Bermeo y otros.....	19
252-2010	Municipio de Quito en contra de José David Paltán Camacho y otros.....	22
254-2010	Ing. Com. Jorge Stanley Freile Moss en contra de Esther Jeanine Cuadros Buenaventura vda. de Freile y otro.....	25
256-2010	Efraín Floresmilo Sacoto Salazar en contra de Ángeles Niveló Atariguana.....	27

	Págs.
262-2010 Ramón Orlando Loor Acosta y otra en contra del Banco del Pichincha C. A.	29
269-2010 Eduardo Bonilla Vásquez en contra de Francisco Ortiz Naranjo.....	33

N° 823-09

Juicio laboral que sigue Milton Iván Falcones Navarrete en contra del Dr. Galo Vicente González.

Ponencia del Dr. Ramiro Serrano Valarezo.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL**

Quito, 18 Octubre de 2010; las 09h00.

VISTOS: La Sala única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbios, con fecha 10 de marzo del 2009, las 15h30, dicta sentencia en el juicio laboral seguido por Milton Iván Falcones Navarrete en contra del Dr. Galo Vicente González en su calidad de representante legal del Hotel Arazá, sentencia en la que se confirma la de primera instancia que acepta parcialmente la demanda presentada. Inconforme con este fallo el demandado interpone el correspondiente recurso de casación. Para resolver, se considera: **PRIMERO.-** El Núm. 1 del Art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador, el Art. 613 del Código Laboral; el Art. 1 de la Ley de Casación y el sorteo de ley cuya acta consta del proceso, determinan la competencia de esta Sala para conocer y resolver este proceso. En auto de 30 de septiembre del 2009, las 17h30, se analiza el recurso y se lo acepta a trámite; **SEGUNDO.-** El casacionista sostiene que en la sentencia atacada se han infringido los artículos 67, 68, 73, 74, 77, 344, 345 y 346 del Código de Procedimiento Civil; Art. 118 de la Ley Orgánica de la Función Judicial; Art. 576 del Código del Trabajo; Art. 24 numeral 12 de la Constitución vigente a la fecha de inicio y tramitación de la causa: Art. 9 del reglamento de citaciones; Art. 7 literal “b” del Reglamento para el funcionamiento de las oficinas de citaciones. Fundamenta el recurrente su recurso en las causales segunda y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, en la parte central del mismo el casacionista sostiene que en la tramitación del proceso se han producido algunas irregularidades que han determinado la nulidad de la misma, que la demanda no contiene los nombres completos del demandado como lo establece el numeral 2 del Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, que la citación se hizo de manera conjunta a los demandados y no en forma individualizada y que a pesar de esto se ha declarado la validez del proceso ya que según manifiesta el juez de primera instancia “la no comparecencia del ex administrador no influye en la decisión de la causa”. **TERCERO.-** Estudiados, tanto el contenido del recurso de

casación como la sentencia cuestionada y de la confrontación de los mismos con las disposiciones legales pertinentes, esta Sala llega a las siguientes conclusiones: **3.1)** El Art. 67 del Código Adjetivo Civil, en su numeral segundo establece que la demanda deberá contener “los nombres completos del demandado”, sin embargo la falta de este requisito no es una solemnidad sustancial de las contempladas en el Art. 346 del citado código y por lo mismo no acarrea la nulidad del proceso; **3.2)** De igual manera el hecho de haberse citado en una sola acta a dos personas tampoco es motivo de nulidad ni tampoco puede influir en la decisión de la causa; **3.3)** Estas observaciones que realiza el recurrente se refieren a la situación del señor Carlos Proaño y no al compareciente por lo cual no puede sostenerse que el mismo haya quedado en indefensión; **3.4)** No se observa que se haya inaplicado lo establecido en los Arts. 354 y 357 del Código de Procedimiento Civil en el primer caso porque todos los jueces que dictaron la sentencia recurrida se han pronunciado por la validez del proceso y en el segundo caso porque no hay nulidad que declarar. Por lo expuesto, sin necesidad de mas consideraciones, la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto y confirma la sentencia recurrida en todas sus partes. En los términos del Art. 12 de la Ley de Casación, entréguese la caución depositada al actor. Sin Costas. Notifíquese y Devuélvase.

Fdo.) Dres. Ramiro Serrano Valarezo, Rubén Bravo Moreno, Jorge Pallares Rivera - Voto Salvado.-

PONENCIA DEL DOCTOR JORGE PALLARES RIVERA VOTO SALVADO DEL DOCTOR JORGE PALLARES RIVERA EN JUICIO QUE SIGUE MILTON IVÁN FALCONEZ NAVARRETE CONTRA GALO VICENTE GONZÁLEZ Y OTROS

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL**

Quito, 18 Octubre de 2010; las 9h00.

VISTOS.- El demandado Galo Vicente González Granda, por intermedio de su Procurador Judicial Dr. Raúl Vera Cárdenas interpone recurso de casación, en contra de la sentencia que ha expedido la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbios, con fecha 19 de marzo del 2009, las 15h30, que confirma la sentencia subida en grado, en su total contenido en el juicio. Siendo el estado de la causa el de resolver lo que en derecho corresponda, se considera: **PRIMERO.-** La Competencia de esta Sala se fundamenta en los Artículos 184 num. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 613 del Código del Trabajo, 1 de la Ley de Casación; y en el respectivo sorteo de causas cuya razón obra de autos; la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia en auto de 30 de septiembre del 2009, las 17h30 analiza el recurso de

casación y lo admite a trámite. **SEGUNDO.**-El demandado Galo Vicente González Granda, fundamenta su impugnación en los Arts. 67, 69, 73, 74, 77, 344, 345, y 346 del Código de Procedimiento Civil; Art. 118 de la Ley Orgánica de la Función Judicial vigente a la fecha de citación con la demanda; Art. 576 del Código de Trabajo; Art. 24 numeral 12 de la Constitución vigente a la fecha de la iniciación y tramitación de la causa en primera instancia; Art. 9 del Reglamento de Citaciones; Art. 7 literal b) del Reglamento para el Funcionamiento de las oficinas de citaciones; y, causal 2°, y, 4° del Art. 3 de la Ley de Casación. **2.1.-** El punto central de censura de la sentencia se refiere a la “NO APLICANDO, lo que determinan los artículos, 73, 74, 77, del Código de Procedimiento Civil en relación con lo que determina el Art. 9 del Reglamento de Citaciones, Art. 7 literal “b” del reglamento para el Funcionamiento de Oficinas de Citaciones. Faltando a una garantía Constitucional establecida en el art. 24 numeral 12 de la Constitución Política vigente a la fecha de la citación, incumpliendo con una obligación que estaba determinada en el Art. 118 de la Ley Orgánica de la Función Judicial vigente a la fecha de citación. Como consecuencia produjo la INDEFENCIÓN de uno de los demandados.” **2.2.-** De igual forma, el casacionista, ataca a la sentencia, manifiesta que “NO APLICAN LO QUE DETERMINA LOS ARTÍCULOS 354 y 357 del Código de Procedimiento Civil, así como el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial. Es decir hay una **FALTA DE APLICACIÓN DE NORMAS PROCESALES, CUANDO HAYAN VICIADO EL PROCESO DE NULIDAD INSANABLE O PROVOCADO INDEFENCIÓN, SIEMPRE QUE HUBIEREN INFLUIDO EN LA DECISIÓN DE LA CAUSA Y QUE LA RESPECTIVA NULIDAD NO HUBIERE QUEDADO CONVALIDADA LEGALMENTE.”** **TERCERO.-** Con el objeto de cumplir el control de legalidad, la Sala ha revisado el acervo procesal para compararlo con el ordenamiento jurídico vigente, con los ataques realizados por el casacionista, para establecer o no la existencia de los vicios acusados, sobre lo que se manifiesta: **3.1.-** La Sala concluye que no se ha violado preceptos constitucionales del Art. 24, numeral 12 de la Constitución Política del Estado, relacionado “al derecho de la oportuna y debidamente informado”; se ha valorado la prueba de conformidad con el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, tal como: la prueba documental; no se han violado los Arts. 73, 74, 77 del Código de Procedimiento Civil, y Art. 7 literal b) del Reglamento para el Funcionamiento de Oficinas de Citación, que es relacionado a la citación, constancia de la citación y notificación, y, citación por boleta, y, la norma para la práctica de citaciones, las mismas que están debidamente realizadas y constan en fs. 5vta, y 6 del cuaderno de primera instancia; en cuanto a los Art. 354, y 357 del Código de Procedimiento Civil, es deber de los jueces dictar fallos, y, conocemos de las sanciones a que estamos expuestos; en cuanto al Art. 576 del Código de Trabajo, no se ha violado ni vulnerado, por cuanto se han cumplido con todas las formalidades judiciales. Por estas consideraciones, la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, sin tener que realizar otro análisis, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** rechaza el recurso de casación, interpuesto

por el demandado; y, se confirma la sentencia de Tribunal de Alzada.- Sin costas.- Notifíquese, y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ramiro Serrano Valarezo, Jorge Pallares Rivera, Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia del original.- Quito, 03-12-2010, f.) Ilegible.- Secretaría de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia.

N° 913-09

Juicio laboral que sigue Ezequiel Ramos a la Empresa Cantonal de Agua Potable ECAPAG.

Ponencia del Dr. Rubén Bravo Moreno.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO LABORAL

Quito, 18 de octubre de 2010, las 08h00.

VISTOS: En el juicio de trabajo seguido por Ezequiel Ramos Cano, en contra de la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, el representante legal de la Empresa, interpone recurso de casación de la sentencia de mayoría de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil que confirma con modificaciones la sentencia de primera instancia que acepta la demanda. Para resolver se efectúan las siguientes consideraciones: **PRIMERO.** La competencia de esta Sala se fundamenta en los Artículos: 184 n.1. de la Constitución de la República, 613 del Código del Trabajo, 1. de la Ley de Casación y en el sorteo de causas, cuya razón consta en autos. **SEGUNDO.** El casacionista en su recurso expresa que las normas que considera infringidas son las siguientes: Arts. 119 de la Constitución Política de la República; 216 y 596 del Código del Trabajo; 164, 165, 170 y 295 del Código de Procedimiento Civil; y 49 del Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo. Las causales en que se funda el recurso son: la 1ª., por falta de aplicación de las citadas normas de la Constitución y del Código del Trabajo y por aplicación indebida del Art. 49 del Contrato Colectivo; y causal 3ª.-ambas del Art. 3 de la Ley de Casación-, por falta de aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil enunciadas, en relación con el Art. 596 del Código del Trabajo. En concreto el fundamento de su impugnación se reduce a la afirmación de que se ha alterado en la sentencia el principio de la libertad de contratación y que es ilegal el reconocimiento del pago que en forma equivocada se ha dispuesto, tanto por el juez a quo como por el Tribunal de Alzada. Agrega que la liquidación de la pensión jubilar patronal realizada, recoge los términos del Art.216 ibídem, por lo que no hay nada que modificar, y en el hipotético caso de que existiera un error en la estimación de la pensión jubilar, se debía ordenar se descueste de la liquidación efectuada los valores ya cancelados al actor por el mismo

concepto. **TERCERO.** Con el propósito de dilucidar si los cargos formulados tiene asidero en la realidad y la ley, esta Sala procede a examinar la sentencia confrontándola con esos cargos y con las normas aplicables, para lo cual también examina las piezas procesales pertinentes, efectuado lo cual concluye: 3.1. El actor ha demandado el pago de los siguientes rubros: 01. Pensión jubilar patronal; 02. Pensiones jubilares accesorias; ambos rubros más intereses; 3. Subsidio de comisariato, en los montos que precisa en el libelo de demanda (fs.2). La sentencia de primera instancia solo ha dispuesto el pago de este último rubro. 3.2. La sentencia de segunda instancia pese a que en el considerando Segundo, reconoce que el actor es beneficiario de doble jubilación como se prueba con el instrumento de fs. 45 a 47, y que la liquidación practicada está ajustada a la ley, en la parte resolutive, en forma contradictoria, ordena el pago de jubilación patronal y las pensiones adicionales. 3.3. Como bien se anota en el fallo de primera instancia, no se ha comprobado el pago del subsidio de comisariato hecho extensivo a los trabajadores jubilados en el Art. 48 del Contrato Colectivo de Trabajo celebrado el 27 de abril de 1990 (fs.55 a 103); subsidio que se halla debidamente cuantificado, conforme se puede apreciar en el documento de fs. 48, y que ha sido correctamente aplicado en la sentencia. El recurrente menciona que se ha aplicado indebidamente el Art. 49 del Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo, sin embargo dicho instrumento no consta en autos; de lo cual se concluye que no se ha producido la infracción acusada. 3.4. De lo expuesto se concluye que en la sentencia se han infringido los Arts. 164 y 165 del Código de Procedimiento Civil, al no haber considerado la prueba constante en los instrumentos que obran de autos, con los que se justifica el pago de las pensiones jubilares patronales que le correspondían al demandante. Tácitamente, en la parte resolutive de la sentencia, se ha aplicado indebidamente el Art. 216 del Código del Trabajo, al haber dispuesto el pago de pensiones jubilares y adicionales que ya habían sido solucionadas. 3.5. El Art. 119 de la Constitución Política de la República, se refiere a que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la Ley. En el caso, el tribunal de alzada, no ha hecho otra cosa que ejercer precisamente esas atribuciones como Tribunal de Segunda Instancia, conforme a lo que dispone la Constitución y la Ley Orgánica de la Función Judicial vigente a la fecha de expedición del fallo; entonces no ha existido falta de aplicación de tal disposición y el cargo formulado resulta incongruente e infundado. Los razonamientos expuestos son suficientes para que esta Sala, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, aceptando parcialmente el recurso de casación, revoque la sentencia del Tribunal ad quem y confirme la de primera instancia. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ramiro Serrano Valarezo, Rubén Bravo Moreno, Jorge Pallares Rivera.

CERTIFICO. Dra. María C. Heredia.-

VOTO SALVADO DEL DOCTOR JORGE PALLARES RIVERA

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL**

Quito, 18 de octubre de 2010, las 08h00.

VISTOS.- El demandado Ing. José Luis Santos García, en calidad de Gerente y representante legal de la Empresa cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, ECAPAG, interpone recurso de casación, en contra de la sentencia de mayoría que ha expedido la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil con fecha 30 de Octubre del 2008, las 09h00, que confirma la sentencia recurrida, disponiendo que la empresa demandada por medio de sus representantes legales, pague al actor lo liquidado por el Juez a quo, el valor correspondiente por concepto de jubilación patronal y las pensiones adicionales. Dentro del juicio propuesto por el actor Ezequiel Ramos Cano contra Ecapag. Siendo el estado de la causa el de resolver lo que en derecho corresponda, se considera: **PRIMERO.-** La Competencia de esta Sala se fundamenta en los Artículos 184 num. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 613 del Código del Trabajo, 1 de la Ley de Casación; y en el respectivo sorteo de causas cuya razón obra de autos; la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en auto de 23 de septiembre del 2009, las 09h10 analiza el recurso de casación y lo admite a trámite. **SEGUNDO.-** El demandado Ing. José Luis Santos García, fundamenta su impugnación en Art. 119 de la Constitución Política de la República; los Arts. 216, y 596 del Código de Trabajo; Arts. 164, 165, 170 y 295 de la actual codificación del Código de Procedimiento Civil; Art. 49 del Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre la ECAPAG y el Comité de Empresa de los Trabajadores de la misma y, causales 1ª y 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación. **2.1.-** El punto central de censura de la sentencia se refiere a que en la Sala, existe falta de aplicación de normas de derecho, en la que dice: El Art. 119 de la Constitución Política de la República ordena que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la Ley. **2.2.-** De igual forma, el casacionista, ataca a la sentencia con el Art. 216, ordinal 2ª del Código de Trabajo, vigente, en la parte pertinente dice: "... por lo que no hay nada que modificar en ella; y, en el hipotético caso no consentido por cierto de que existiera un error en la estimación de la Pensión Jubilar Patronal, y que fuere legal la liquidación practicada..., ésta (Sala) estaba obligada a ordenar se descuenta de la liquidación efectuada por el Juez A quo... en forma equivocada dispone en su ilegal fallo que mi representada Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG, que además del pago de la Bonificación por Comisariato a que supuestamente tiene derecho el accionante, así como también, pague a éste (el actor) valores por concepto de pensiones jubilares y pensiones accesorias no canceladas, una vez que el Juez A quo recabe de las entidades correspondientes la información necesaria. **2.3.-** En la sentencia, de igual forma ataca a los Arts. 164, 165, 170 y 295 del Código de Procedimiento Civil al referirse al art. 49 del Contrato Colectivo de Trabajo, que obra de fs. 84, 84vta del cuaderno de primera instancia. **TERCERO.-** Con el

objeto de cumplir el control de legalidad, la Sala ha revisado el acervo procesal para compararlo con el ordenamiento jurídico vigente, con los ataques realizados por los casacionistas, para establecer o no la existencia de los vicios acusados, sobre lo que se manifiesta: **3.1.-** La Sala concluye de que en el Art. 49 del Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre la ECAPAG y el Comité de Empresa de los Trabajadores de la misma, de fs. 84, 84vta del cuaderno de primera instancia, **se refiere al subsidio de subsistencia**, que dice: “SUBSISTENCIAS.- *Cuando un trabajador deba desplazarse fuera del perímetro urbano, excepto La Taura, a un lugar distinto a la habitual...*”. Pero el **subsidio de comisariato**, consta en el art. 48 del Contrato Colectivo de fs. 83, 83vta y 84 del mismo cuaderno, que expresa: “**SUBSIDIO DE COMISARIATO:** *La EMPRESA mantendrá su propio Comisariato para aprovechamiento y venta a precio de costo de los víveres de las Secciones Urbanas, así como también los de las Secciones de La Toma, y Lolita, para lo cual la EMPRESA reglamentará el cupo de adquisición a que tenga derecho cada trabajador de acuerdo a su sueldo. El Comisariato de la Sección Urbana funcionará con un fondo de dos mil SMVV que la EMPRESA extiende este beneficio a sus jubilados...*”. De esta forma no se puede justificar documentadamente, por cuanto este es el único contrato colectivo que se ha adjuntado al proceso, y no existe otro para poder determinar lo expuesto por el casacionista ya que no concuerda con lo expuesto en su recurso de casación de fs. 40 en el cuaderno de segunda instancia, que no justifica con sus contenidos, que son distintos, y que manifiesta: “**ARTICULO 49.- SUBSIDIO POR COMISARIATO.-** *El servicio de Comisariato queda suspendido por acuerdo de las partes hasta que sea restablecido en forma directa por la Empresa y/o contratando dichos servicios por terceros. Para compensar esta obligación legal, la Empresa entregará a cada trabajador o empleado amparado por esta contratación colectiva, la cantidad de dieciocho mil sucres mensuales.*”.... Además el contrato colectivo que consta en el cuaderno de primera instancia, son documentos públicos y certificados por la Ab. Monserrate Baquerizo Yela, Secretaria Ocasional del Juzgado Cuarto de Trabajo del Guayas, del juicio verbal sumario # 218-2004, que fueron adjuntados al proceso, de conformidad con el Art. 164, 165 del Código de Procedimiento Civil. Por estas consideraciones, la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, sin tener que realizar otro análisis, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se rechaza el recurso de casación, interpuesto por el recurrente Ing. José Luis Santos García, en calidad de Gerente y representante legal de la Empresa cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, ECAPAG, y confirma el fallo expedido por el Tribunal de Alzada, ordenándose que se vuelva a realizar la liquidación respectiva el juez A quo. Sin costas.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Jorge Pallares Rivera, Ramiro Serrano Valarezo, Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia del original.- Quito, 03-12-2010, f.) Ilegible.- Secretaria e la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia.

N° 1085-2009

Juicio laboral que sigue Cristian Cushcagua contra Fabián Guerra.

Ponencia Dr. Rubén Bravo Moreno.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL**

Quito, 8 de septiembre de 2010, las 08h00

VISTOS: En el juicio de trabajo seguido por Cristian Rolando Cushcagua Narváez en contra de Fabián Arturo Guerra Estrada, la Corte Provincial de Justicia del Carchi dicta sentencia revocando la subida en grado y rechazando la demanda por falta de prueba, por lo que el actor interpone recurso de casación. Para resolver se considera: **PRIMERO.** La Competencia de esta Sala se fundamenta en los Artículos 184 n. 1., de la Constitución de la República del Ecuador, 613 del Código del Trabajo; 1 de la Ley de Casación; y en el respectivo sorteo de causas cuya razón obra de autos. **SEGUNDO.** El recurrente considera que las normas de derecho infringidas son: Art. 326 numerales 2, 3, 6 y Art. 327 de la Constitución de la República; Arts. 4, 7, 9, 36, 41 y 593 del Código del Trabajo. Las causales en las que basa su recurso son: la 1ª. del Art. 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de las citadas normas de la Constitución y del Código del Trabajo; y la 3ª. causal, por falta de aplicación de los preceptos jurídicos para la valoración de la prueba. En concreto, los cargos formulados por el casacionista se reducen a dos: 1. Que en la sentencia se aceptó la excepción del demandado de falta de legítimo contradictor al no ser el demandado el empleador; y, 2. Que no se valoró conforme a las reglas de la sana crítica la prueba aportada. **TERCERO.** Con la finalidad de determinar si en la sentencia se infringieron las normas jurídicas, enunciadas en los cargos formulados, esta Sala procede a revisar la sentencia, en relación con la normativa legal y las tablas procesales pertinentes, arribando a las siguientes conclusiones: 3.1. Sobre el primer cuestionamiento a la sentencia, se advierte lo siguiente: a) El demandado Guerra Estrada tanto en la contestación a la demanda como en su confesión judicial, en síntesis, niega que él haya sido el empleador, que él fue simplemente un chofer que trabajaba para su mujer quien era la dueña de la empresa y la empleadora, que a él le pagaba diariamente la remuneración. Sin embargo no existe ninguna prueba que demuestre que era un simple empleado de su cónyuge; b) Tanto de la declaración de Segundo Pedro Canacuán Canchala, testimonio que debe ser aceptado en razón de que pese a declarar que es cuñado del actor, conocía de los hechos por laborar en el mismo centro de trabajo, y más aún, si se examina la declaración del testigo Jorge Aníbal Paspuezan de la parte demandada, por la que se establece que el demandado Guerra Estrada era el que daba las órdenes de trabajo y era considerado como jefe; c) De lo anterior se colige que el demandado en esta causa era el que representaba a la dueña del negocio o empresa, que es su cónyuge y por consiguiente es obvio que tenía interés directo en los trabajos que se realizaban, por más que haya existido disolución de la sociedad conyugal con su mujer

Nancy Rosa Ortega Villagómez desde octubre del 2006; d) Es claro y suficientemente justificado que el demandado ya por ser el que disponía los trabajos que debían realizarse, ya porque se lo consideraba jefe del negocio y ya también por el innegable interés que evidentemente tenía en el negocio de su cónyuge, es el que debe responder por el cumplimiento de las prestaciones demandadas; e) Pese a lo anotado, los juzgadores de instancia en la sentencia emitida no hicieron la valoración correcta de la prueba, apreciando todo el conjunto probatorio y aplicando las reglas de la sana crítica con la sínderesis adecuada. **CUARTO.** En torno a la solidaridad patronal, es oportuno transcribir el siguiente texto de la obra "Temas Laborales y Judiciales", ps. 97 y 98 (Autor. Rubén Bravo Moreno), a la luz del espíritu de tuición del Derecho Social, en nuestro Código del Trabajo se establece la solidaridad para responder por los derechos que le corresponden al trabajador, en primer término del empleador con sus representantes, sean estos administradores, gerentes, etc., que actúan a su nombre y en su representación; en segundo término del empleador con otros empleadores que tengan interés en la empresa como condueños, socios, etc.; en tercer término la solidaridad de los nuevos dueños, tenedores, cesionarios, arrendatarios, etc., de la empresa, en calidad de nuevos empleadores, con los anteriores empleadores y en cuarto lugar, la solidaridad de los intermediarios con el empleador, para quien contrataron personal para que trabaje a su servicio.- Esta solidaridad patronal se consagra en la legislación laboral para evitar que, en un momento dado, por maniobras desleales o procedimientos pseudo legales de su actual empleador, el trabajador vea conculcados sus derechos y quede sin tener a quien reclamar." 4.1. Deben anotarse los siguientes fallos sobre el mismo tema: J-No. 413-04-Mauricio Efraín León Moreira c/Administradora de Fondos del Pichincha; J-No.442-05-Jorge Jara c/ César Vivero; J-No.951-06-Carmen Pala c/Avícola Puenbo; J-No. 232-Edison Salazar c/Servamain. 4.2. En estos y en otros fallos se considera que el trabajador, dadas sus condiciones que no hace falta mencionarlas, muchas veces no conoce quien es el dueño del negocio o empresa, a lo más conoce quien es su jefe inmediato, por lo que no está obligado a conocer quién en realidad es su empleador, pero este desconocimiento no es óbice para que demande a quien conocía como su empleador o jefe. 4.2. De conformidad con el Art. 36 del Código del Trabajo, y en aplicación del mismo y según lo establecido en el considerando tercero de esta sentencia, se debe concluir que el demandado en este juicio es solidariamente responsable de las obligaciones demandadas. En consecuencia de lo manifestado, la Sala considera que en la sentencia sí se infringieron las normas constitucionales y laborales citadas por el recurrente. Lo anteriormente expuesto es suficiente para que esta Sala, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, case el fallo del Tribunal ad quem y revocándola confirme la sentencia del Juez Temporal Séptimo de lo Civil del Carchi, destacando que la misma, además de ser acertada, constituye aplicación precisa de la doctrina, la jurisprudencia y la ley. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ramiro Serrano Valarezo, Jorge Pallares Rivera, Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia del original.- Quito, 03-12-2010, f.) Ilegible.- Secretaría de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia.

N° 25-10

Juicio laboral que sigue Vicente Tito Suárez contra CEOSL.

Ponencia del Dr. Ruben Bravo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO LABORAL

Quito, 6 Octubre de 2010; las 15h30.

VISTOS: La Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dicta sentencia aceptando en parte la apelación del demandado José Eduardo Valdez y desestimando los recursos del otro demandado Jaime Oswaldo Arciniaga y del actor Vicente Tito Suárez, en el juicio de trabajo seguido por éste en contra de los mencionados, representantes legales de la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres, CEOSL. Insatisfecho con tal resolución el actor interpone recurso de casación. Para resolver se considera: **PRIMERO.** La Competencia de esta Sala se fundamenta en los Artículos 184 n. 1., de la Constitución de la República del Ecuador, 613 del Código del Trabajo; 1 de la Ley de Casación; y en el respectivo sorteo de causas cuya razón obra de autos. **SEGUNDO.** El casacionista manifiesta que las normas de derecho infringidas en la sentencia son las de los Artículos: 8, 187, 216 y 593 del Código del Trabajo; 115 y 326 del Código de Procedimiento Civil. Las causales en las que funda su recurso son: la 1ª. del Art. 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del Art. 8 del Código del Trabajo y por falta de aplicación de las normas supramencionadas del Código del Trabajo; la causal 3ª., por falta de aplicación de los preceptos jurídicos para la valoración de la prueba y la causal 4ª., por resolución en la sentencia de lo que no fuera materia del litigio. Resumiendo los fundamentos del recurso, éstos radican en: a) que en la sentencia no se ha tomado en consideración el tiempo de trabajo que se halla comprobado con el juramento deferido, en razón de lo cual se le ha negado el derecho a la jubilación; b) que no se ha aplicado el principio in dubio pro operario; c) que no se ha tomado en cuenta que fue dirigente sindical, por lo que se le ha negado el pago conforme al Art. 187 del Código del Trabajo; d) que no se ha considerado que la parte demandada apeló de la sentencia del primer nivel, solamente por la parte que concede el visto bueno y no por el tiempo de servicios, sin embargo en la sentencia se resuelve sobre el tiempo de servicios. **TERCERO.** Para cumplir con la finalidad del recurso de casación, la Sala procede a confrontar los cargos formulados, con la sentencia y en relación con la normativa pertinente y con los recaudos procesales, llegando a las siguientes conclusiones: **3.1.** La sentencia cuestionada en lo resuelto

sobre el tiempo de servicios, no infringe el Art. 328 del Código de Procedimiento Civil, puesto que sobre dicho punto el propio actor apeló y por consiguiente los juzgadores de instancia estaban obligados a resolverlo, como así lo han hecho. Por tanto la impugnación carece de sustento. 3.2. En lo que corresponde al tiempo de trabajo, la sentencia no ha considerado que el Art. 593 del Código del Trabajo, determina que el juez debe aceptar el juramento deferido del trabajador a falta de otra prueba suficiente y capáz, y resulta que en el caso no existe esa prueba de la parte demandada, pero si consta el juramento deferido del actor y la confesión ficta del demandado, José Eduardo Valdez Cuñas, prueba ésta que no ha sido valorada debidamente por la Sala de Instancia. 3.2. a) Conviene en este punto, transcribir los criterios de distinguidos tratadistas: el ilustre tratadista **Piero Calamandrei** en su obra "Estudios Sobre el Proceso Civil". Edit. Bibliográfica Argentina 1961 (p.381): *"Por lo que se refiere a la interpretación de las pruebas, la ley no dicta al juez normas especiales: el juez procederá en el modo que estimará más idóneo, llevando a cabo una serie de silogismos cuya premisa mayor estará formada por una de las llamadas máximas de experiencia, extraídas de su patrimonio intelectual y de la conciencia pública.- Al contrario, por lo que se refiere a la valorización de las pruebas, la ley puede seguir, como se sabe, dos sistemas opuestos; el de la libre convicción o de la persuasión racional, según el cual el juez no tiene ningún vínculo legal al establecer la credibilidad de las resultancias probatorias, y el de la prueba legal, según el cual la ley establece a que ciertas resultancias probatorias externas se les dé plena fe o se les niegue toda fe, sin admitir que el juez indague sobre su interna veracidad."*()sic. 3.2. b) Nuestro ordenamiento jurídico establece un sistema ecléctico entre la prueba tasada y la de la libre convicción, disponiendo que las pruebas sean apreciadas con aplicación de las reglas de la sana crítica, las cuales no se hallan establecidas en la normativa legal, pero obviamente consisten en la aplicación del razonamiento lógico relacionado con la experiencia y la sindéresis. 3.2. c) Por su parte en la obra DERECHO PROCESAL LABORAL el maestro José María Obando Garrido (Terc. Edic.2003 Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez Cía. Ltda.), enseña *que la prueba se puede obtener: A Por evidencia del hecho. El hecho se ve tan claro, que no cabe duda de su realidad, no pudiendo negarse su verdad, exactitud y existencia, puesto que produce, por su luz propia, certeza y convicción. La evidencia de la prueba no exige argumentación lógica ni psicológica para su comprensión y valoración. Cita a (CARLOS MARTINEZ SILVA. Tratado de Pruebas Judiciales. Colección Jurídica Bedout. Revisada y actualizada por el Dr. LUIS MARTÍNEZ DELGADO. 1978. Pág. 15-21) quien afirma que, Ejemplo de ello puede ser la carta de despido que demuestra, de igual modo, el retiro del trabajador y la existencia de la relación laboral o del contrato de trabajo. B. Por observación o percepción directa de los hechos o instrumentos. Ejemplo son los documentos, la inspección judicial, la prueba pericial, la confesión. Estas pruebas tienen la particularidad de facilitar un examen inmediato de su conformidad con los hechos que demuestran o desvirtúan, como en la prueba positiva o negativa. La prueba se obtiene mediante percepción directa del Juez del Trabajo, porque no necesita de otra demostración, ya que es tal cual aparece en circunstancias de modo, tiempo y lugar, y*

cuya contradicción no es manifiesta, puesto que tiene mérito de acreditarse por sí misma. C. Por inferencia, comparación o conocimiento indirecto que necesita de una operación mental o crítica. Ejemplo lo constituyen los indicios y las presunciones. La prueba indirecta o compleja no ofrece credibilidad en sí misma, si no que por ser dudosa o incierta necesita de estudio o análisis de su contenido y relaciones con otras pruebas que la complementan y aclaran, para establecer sus contactos, asociaciones y puntos de referencia, que hacen lograr la concordancia y una síntesis reconstructiva de los hechos p. 89. La prueba indirecta irá siempre agregada a otras que le dan sentido por su relación o conexidad, pero exigirá interpretación y raciocinio para que pueda extraersele consecuencias y conclusiones. (Cita en este punto a FRANCOIS GORPHE. De la Apreciación de la Prueba. Ediciones jurídicas Mundo Editores. Buenos Aires 1982. Pág. 162.). 3.2. d) La sentencia aplica bien las reglas de la sana crítica al examinar la prueba sobre el despido intempestivo, no así al analizar la prueba sobre el tiempo de trabajo del actor, por lo que ha infringido el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, no así el Art. 326, hoy 322 ib., cuya última parte fue declarada inconstitucional, ver RO: 127 de 16 de julio de 2007. En virtud de lo expuesto, esta Primera Sala de lo Laboral, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, aceptando el recurso de casación del actor, casa la sentencia recurrida y revocándola, confirma el fallo del primer nivel en todas sus partes. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ramiro Serrano Valarezo, Jorge Pallares Rivera, Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia del original.- Quito, 03-12-2010, f.) Ilegible.- Secretaría de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia.

N° 253-2010

Juicio que sigue Karla Elizabeth Gaona Pazmiño contra Fausto Lupera Martínez.

Ponencia Dr. Jorge Pallares Rivera.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL**

Quito, 11 de octubre de 2010, las 10h50.

VISTOS: La actora Karla Elizabeth Gaona Pazmiño, y, el demandado Fausto Lupera Martínez, interponen los recursos de casación, en contra de la sentencia que ha expedido la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de

Pichincha, con fecha 23 de diciembre del 2009, las 09h00, que acepta parcialmente el recurso de apelación, siendo aceptado únicamente el recurso de casación de parte de la actora, por cumplir con los requisitos de Ley, y, siendo el estado de la causa el de resolver lo que en derecho corresponda, se considera: **PRIMERO.-** La Competencia de esta Sala se fundamenta en los Artículos 184 num. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 613 del Código del Trabajo, 1 de la Ley de Casación; y en el respectivo sorteo de causas cuya razón obra de autos; la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en auto de 5 de agosto del 2010, las 10h10 analiza el recurso de casación y lo admite a trámite. **SEGUNDO.-** La actora Karla Elizabeth Gaona Pazmiño, fundamenta su impugnación en los Arts. 326, y, 324 de la Constitución de la República del Ecuador; Arts 5, 7, 11 literal a) 593 del Código del Trabajo; Art. 115 del Código de Procedimiento Civil; y, causal 1°, y, 3° del Art. 3 de la Ley de Casación. **2.1.-** El punto central de censura de la sentencia se refiere a la “falta de aplicación del Art. 5 del Código del Trabajo, por falta de aplicación del literal a) del Art. 11 del Código del Trabajo y por falta de aplicación del Art. 593 del Código del Trabajo”. **2.2.-** De igual forma, el casacionista, ataca a la sentencia, por “falta de aplicación de los Art. 115 y 121 del Código de Procedimiento Civil que han producido la falta de aplicación del Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador.” **TERCERO.-** Con el objeto de cumplir el control de legalidad, la Sala ha revisado el acervo procesal para compararlo con el ordenamiento jurídico vigente, con los ataques realizados por la casacionista, para establecer o no la existencia de los vicios acusados, sobre lo que se manifiesta: **3.1.-** La Sala concluye que no se ha violado preceptos constitucionales del Art. 326, numerales 2, 3 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: “*El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: ...2.- Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras*”; tampoco se ha violado el Art. 11, literal a) del Código del Trabajo, por cuanto existe, y esta vigente en nuestra legislación el contrato verbal de trabajo, que se justifica, a fs. 21 del cuaderno de primera instancia, (donde reconoce expresamente el Asambleísta Fausto Lupera, la calidad con la que laboraba para su persona, la Srta. Karla Gaona que es la de asistente), en donde textualmente dice: “**REPÚBLICA DEL ECUADOR, ASAMBLEA NACIONAL, QUITO, 11 de diciembre del 2008, Oficio No. 29-FLM-AN, Señor Doctor, Francisco Vergara, SECRETARIO GENERAL DE LA COMISIÓN LEGISLATIVA Y FISCALIZACIÓN, En su Despacho.-** De mi consideración: Tengo el agrado de dirigirme a Usted, a efecto de solicitar se autorice a la Srta. Karla Gaona (asistente), la entrega de los videos digitales de mis intervenciones de las sesiones realizadas en las fechas, 9 y 10 de diciembre del año en curso, en la Comisión de Legislación y Fiscalización, a fin de facilitar el óptimo desempeño de nuestras funciones. Por la atención que se sirva dar a la presente, anticipo mis agradecimientos. Atentamente, **Dr. Fausto Lupera Martínez, Comisionado de Legislación y Fiscalización. Hay una firma, sello que dice: Comisión Legislativa y de Fiscalización, Fausto Lupera.**”, de esta forma se ha justificado el vínculo laboral, entre el Dr. Fausto Lupera Martínez y Karla Elizabeth

Gaona Pazmiño; en cuanto al Art. 593 del Código del Trabajo, que se refiere al Juramento Deferido, que expresa: “**Criterio judicial y juramento deferido.-** En general, en esta clase de juicios, el juez y los tribunales apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo deferir al juramento del trabajador cuantas veces éste necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particulares.”, la misma que obra de fs. 31vta y 32 del cuaderno de primera instancia, que establece: el tiempo de servicio y la remuneración o sueldo percibida por la actora, que dice textualmente: “*Los tres primeros meses me canceló quinientos dólares por mes y mi último sueldo fue de quinientos dólares...*”. La actora señala que recibió desde un inicio de sus labores, como remuneración quinientos dólares por mes, y en forma clara, y precisa manifiesta “*mi último sueldo fue de quinientos dólares*”, con ello demuestra y justifica que su remuneración fue de quinientos dólares. Hay que ilustrar e incorporar las citas jurisprudenciales, tomando las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, con **FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN 13 - A, B y C. De conformidad al artículo 590 del Código del Trabajo siempre que en la especie no aparezca otra prueba sobre tiempo de servicios y remuneración, el juramento deferido será suficiente prueba.** XIII-A, Número de trámite: 137-97, publicado en el R.O. N° 207. Diciembre 3 de 1997. Pág. 5, siendo **ACTOR: América Guamán, DEMANDADO: Tomasa Quevedo; XIII - B,** Número de trámite: 218-97, publicado en el R.O. N° 275. Marzo 13 de 1998. Pág. 11, siendo **ACTOR: Diógenes Martillo, y, DEMANDADO: Luis Romero; XIII - C,** Número de trámite: 102-98, publicado en el R.O. N° 26. Septiembre 15 de 1998. Pág. 26, siendo **ACTOR: Carlos Espinoza, y, DEMANDADO: Eduardo Uscocovich.** Publicado en la obra: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Fallos de Triple Reiteración; Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura; Quito-Ecuador; 2004, Págs. 119 – 129; en cuanto a los testigos presentados por el demandado, al rendir sus testimonios: Humberto Peñaherrera Briz, de fs.28vta, 29, y, 29vta, y, Xavier Maldonado de fs. 29Vta, y, 30, estos indican que son asesores del Parlamentario Andino Fausto Lupera Martínez, quienes aseveran que laboró Karla Gaona, para el Parlamentario Andino Fausto Lupera Martínez, de la revisión del proceso se demuestra que no existe contrato alguno de pasantía. **3.2.-** Se ha valorado la prueba de conformidad con el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, que dice: “**Valoración de la prueba.-** La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.”, y, de conformidad con el Art. 121, ibidem, dice: “**Medios de prueba.-** Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos....”. De esta manera se demuestra el vínculo laboral, tiempo de servicio y remuneración, con las pruebas: testimonial de fs.28vta, 29, 29vta, y, 30; documental (fs. 21); y, el Juramento Deferido de fs. 31vta y 32. Por estas consideraciones, la

Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, sin tener que realizar otro análisis, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto por la actora, y confirma el fallo del Tribunal de Alzada. Devuélvase la caución a la parte demandada de conformidad con el Art. 12 de la Ley de Casación.- Sin costas.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ramiro Serrano Valarezo, Jorge Pallares Rivera, Rubén Bravo Moreno. Lo enmendado demandada vale.

Es fiel copia del original.- Quito, 03-12-2010, f.) Ilegible.- Secretaria de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia.

No. 051-2010

JUICIO Nro. 57-2007-k.r.

ACTORAS: TRANSINVEST S.A. SEGURANZA CIA. LTDA. Y METROMEDICAL CIA. LTDA.

DEMANDADO: BMI FINANCIAL GROUP INC.

Juez Ponente: Dr. Carlos Ramírez Romero.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, a 18 de enero de 2010; las 0815.

VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Registro Oficial Suplemento número 544 de 9 de marzo del 2009, y el numeral 4, literales a) y b), del apartado IV, DECISIÓN, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionado el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre de 2008, publicada en el R. O. No. 511 de 21 de enero de 2009, y los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, Alfredo Serrano Ponce, por sus propios derechos y en calidad de representante legal de la compañía TRANSINVEST S. A., Alfredo Serrano Álvarez en representación de la compañía SEGURANZA CÍA. LTDA. y Napoleón Suasnavas en representación de la

compañía METROMEDICAL CÍA. LTDA., interponen recurso de hecho ante la negativa al recurso de casación que propusieran contra la sentencia dictada por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Quito, dentro del juicio ordinario de nulidad de laudo arbitral interpuesto por TRANSINVEST S. A., SEGURANZA CÍA. LTDA. y METROMEDICAL CÍA. LTDA. contra BMI FINANCIAL GROUP INC. A fojas 13 a 16 del expediente de casación, consta la providencia por la cual se acepta el recurso de hecho y consecuentemente se acepta a trámite el recurso de casación interpuesto; luego de haberse agotado el trámite propio del respectivo procedimiento señalado por la Codificación de la Ley Casación vigente, para resolver sobre aquel se considera: **PRIMERO.-** Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449 de 20 de octubre de 2008, las resoluciones señaladas en la parte expositiva del presente fallo y la distribución en razón de la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 17 de diciembre de 2008 publicada en el R. O. No. 498 de 31 de diciembre del mismo año. **SEGUNDO.-** El objeto controvertido en casación es determinado por el recurrente a través de su representante legal, quien ha concretado las normas de derecho infringidas, los cargos o vicios y las causales que se dice afectan el fallo impugnado; los cuales, de conformidad con el principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la actual Constitución de la República del Ecuador (artículo 194 de la Constitución de 1998) y desarrollado en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, constituyen los límites infranqueables, dentro del cuales este Tribunal de Casación puede ejercer sus facultades jurisdiccionales, sin que esté permitido, además dada la naturaleza extraordinaria y restrictiva del recurso de casación, interpretar extensivamente, modificar o determinar qué quiso decir el recurrente en los argumentos expuestos en su escrito de interposición y fundamentación del recurso, y mucho menos actuar oficiosamente respecto de vicios detectados en el fallo y no alegados oportunamente por él, sin que esto se pueda considerar como un mero “formalismo”; al contrario, obrar en la forma señalada, constituye no solo requisito esencial para el análisis del recurso, sino garantía de uniformidad, objetividad e imparcialidad del juzgador y por consiguiente de transparencia del proceder jurisdiccional. **TERCERO.-** Los recurrentes al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Codificación de la Ley de Casación, consideran que se han infringido los artículos 3 y 31 numeral d) de la Ley de Arbitraje y Mediación, y 24 numeral 17 de la Constitución anterior, los primeros por aplicación indebida y el segundo por falta de aplicación. Para fundamentar los cargos, los recurrentes señalan: 1) Que la acción de nulidad de laudo arbitral, se ha dictado en equidad o en derecho, es un proceso judicial que debe ser resuelto en derecho, por lo que aun cuando el laudo arbitral fue dictado en equidad, no podía la Sala de instancia basarse en el mismo criterio de equidad para determinar si el laudo arbitral incurría en alguna de las causales de nulidad, lo que sostienen que ha ocurrido cuando *“la Sala concluye que esa equidad se debe considerar para resolver la acción de nulidad planteada (acción que, por su naturaleza, es una que se funda única y exclusivamente en razones legales expresamente señaladas)*

por lo que afirma que <esa es la base para que se deba estar a lo resuelto en el laudo (como si a la Sala le correspondiera confirmar o revocar lo decidido por el Tribunal arbitral, en forma similar a lo que corre en el caso de apelación de sentencias); es decir, es la consecuencia contractual de que las partes hayan decidido someterse en caso de controversia a la resolución en equidad de los árbitros>, con lo que, sostiene, por tanto, que las disposiciones contenidas en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que determina que se podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral cuando, entre otros casos, <el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado>, no son aplicables a los laudos dictados en equidad”. 2) Que la sentencia se encuentra sosteniendo que contra laudos dictados en equidad no existe acción de nulidad, lo que viola el derecho establecido en el artículo 23 de la Constitución Política de la República, que no puede “negarse por el simple hecho de que se acordó que el proceso arbitral sea tramitado y resuelto en equidad ni fundamentarse la negativa de la acción propuesta en que en laudos en equidad el tribunal arbitral puede resolver sobre asuntos no planteados en la demanda o, como en este caso, sobre pretensiones no propuestas, en la reconvencción y conceder, en consecuencia, como lo hizo el laudo impugnado, “más allá de lo reclamado”...”. 3) Que la sentencia reconoce implícitamente, que el laudo arbitral concedió más allá de lo reclamado en la reconvencción, al establecer que la cantidad que se ordenaba devolver a la compañía demandada debía ser cancelada “solidariamente” por las personas naturales y jurídicas actoras; al ordenar la devolución del precio derivado del supuesto contrato de compraventa, compraventa que no existió, según lo declaró el Tribunal Arbitral; y, al resolver sobre la incompetencia del Tribunal para decidir sobre su incompetencia sobre determinados asuntos, pues en la audiencia de sustanciación ya se había declarado competente para resolver sobre la totalidad del litigio, esto es, sobre las pretensiones de la parte actora y las pretensiones de la demandada, en su reconvencción. Es necesario considerar, además, que la causal primera del artículo tres de la Codificación de la Ley de Casación, se presenta por la infracción de normas jurídicas de derecho material, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, que afecten la parte dispositiva de la sentencia de manera directa, es decir, se da frente a los errores de derecho en iudicando por violación directa; lo que significa, que aparece de manifiesto en el mismo fallo y sobre la base de los hechos reconocidos por la misma sentencia o resolución impugnada, por eso quien invoca la causal primera, acepta los hechos establecidos en la sentencia, no así el derecho declarado sobre ellos, lo que equivale a decir que impugna la vinculación efectuada por el Tribunal entre los hechos, la lógica y el derecho, es decir el silogismo jurídico, como forma de expresión de la última y más compleja de las formas del pensamiento jurídico, el razonamiento jurídico, cuyos yerros pueden producirse en cualquiera de sus tres elementos fundamentales: la premisa mayor, premisa menor o consecuencia; sea que se atribuya validez y existencia a una norma jurídica que no existe o no tiene vigencia o que se atribuya un contenido o significado diferente a la norma jurídica aplicada, en tratándose de la premisa mayor, lo que significa en definitiva el desconocimiento de la voluntad actual y abstracta del ordenamiento jurídico; sea que se produzca un error en la calificación o definición jurídica, que debe ser atribuida

para subsumirse en la hipótesis de la norma objetiva, como cuando se da mayor significación o una significación que no corresponde a determinadas circunstancias que tienen que ver con la situación fáctica, sobre la cual vamos a elaborar una determinada consecuencia jurídica, en tratándose de la premisa menor y conclusión, respectivamente. **CUARTO.-** El fallo impugnado por su parte sostiene: 1) Que el artículo 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador reconoce al arbitraje como un mecanismo para la resolución de conflictos, lo que concuerda con el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación; 2) Que el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación, consagra el derecho de los contratantes de escoger el tipo de arbitraje y a falta de este convenio se estipula que el arbitraje sea en equidad, como ocurre en el presente caso; 3) Que si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender, y atendiendo a los principios de la sana crítica y que en este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados; 4) Que según los autores José María Chillón Medina y José Fernando Merino Merchán en la obra Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, Segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1991, “Aunque arbitraje de Derecho y de equidad son variantes opcionales de un tipo unitario, (...) el laudo en equidad no se encuentra, necesariamente, encorsetado por los rígidos principios formales y por normas de Derecho, sino por las libres reglas de la sana crítica personal del árbitro, según su leal saber y entender”; 5) Que así mismo, los autores, Antonio María Larca Navarrete y Joaquín Silguero Estagnan, en la obra Derecho de Arbitraje Español, Dykinson, 1994, dicen que en el arbitraje en equidad: “...se crea y recrea ese mismo derecho por lo que el resultado final es <íntimo y subjetivo>. No así en el arbitraje de derecho, en el que el árbitro se halla vinculado a la obligación de individualizar la norma positiva y aplicarla al caso concreto (...) En el arbitraje de equidad, (...) su actividad no debe tropezar con los límites que marcan las normas de ius cogens y, si procede en su decisión más allá de ese tipo de indicaciones, el único límite que posee es el respeto a las reglas básicas del orden público...”; 6) Que en el laudo se aprecia que los árbitros han aplicado su criterio de equidad tanto a favor de las actoras como de la demandada, al reconocer la validez de un convenio suscrito sólo por Alfredo Serrano Ponce, en el que comparece como socio y del cual nacen obligaciones de las empresas Transinvest S. A., Seguranza Cia. Ltda. y Metromedical Cía. Ltda., reconociendo a favor de tales empresas derechos y obligaciones en el laudo; al disponer que la empresa BMI FINANCIAL GROUP pague obligaciones contraídas por BMI del Ecuador Compañía de Seguros de Vida S. A., al conceder a las actoras un plazo para devolver la suma que debía restituir a favor de la demandada; al establecer solidaridad entre las obligadas, y al haber dejado de resolver ciertas cuestiones lo que indica que no significa que se haya resuelto <más allá de lo reclamado>, sino todo lo contrario. **QUINTO.-** Por otro lado, las normas que considera como infringidas el recurrente textualmente señalan: **De la Ley de Arbitraje y Mediación, “Art. 3.- Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.- Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados. Si**

el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados”; y, “**Art. 31.-** Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: (...) d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado...”; y, de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, “**Art. 24.-** Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: (...) 17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. **SEXTO.-** Una vez establecidos los hechos objeto de juzgamiento en casación, lo que se obtiene de la confrontación de los fundamentos del recurso y la decisión impugnada, corresponde subsumir las cuestiones controvertidas en las normas legales estimadas como infringidas por el recurrente, a fin de determinar si las pretensiones del recurso de casación deben o no ser aceptadas. En tal sentido, se tiene que el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación, señala que el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, puede ser de dos clases, en equidad o en derecho, siendo el primero fundado en el leal saber y entender de los árbitros que pueden no ser abogados, y atendiendo a los principios de la sana crítica; y, el segundo fundado en la ley, los principios universales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina, debiendo los árbitros en este caso, ser necesariamente abogados. En el fallo impugnado, se establece que el laudo arbitral ha sido expedido en equidad y que por tal circunstancia no es oportuno “<... aludir a “alteraciones de la litis” o a “modificaciones del objeto de arbitraje”, ni tampoco a “un concepto de congruencia procesal rígido y formalista”, que justifica que los árbitros, en su función decisora, puedan considerar comprendidas en las cuestiones a decidir aquellas pautas que se hallen íntimamente vinculadas a la misma y que sean consecuencia lógica y obligada de las que se ha planteado, ya que el arbitraje de equidad no se somete a formas legales in procedendo, ni a Derecho en cuanto al fondo, o sea, in iudicando... >”, lo que concuerda con los hechos establecidos en el fallo, subsumiéndolos adecuadamente y no significa de modo alguno que el fallo emitido por el Tribunal de instancia, se haya dictado en equidad; sino, que al haberse aplicado en el laudo arbitral criterios de equidad, las decisiones adoptadas por los árbitros no pueden entenderse como resolución “más allá de lo reclamado”, en el mismo sentido y con los mismos alcances que el principio de congruencia determina para una resolución de árbitros en derecho; vale decir al resolver un proceso arbitral en equidad los decisores de las cuestiones sometidas a arbitraje están facultados a resolver todos aquellos puntos que no siendo expresamente alegados por las partes resultan una consecuencia lógica y obligada de las cuestiones insertadas en el respectivo procedimiento, sin que aquello signifique resolver cuestiones no sometidas al arbitraje o conceder más allá de lo reclamado lo que en definitiva concuerda con el principio de congruencia, que rige al proceso y que debe ser rigurosamente observado en una resolución de árbitros en derecho; el único límite necesario

de las resoluciones arbitrales en equidad, resulta pues el orden público. Por otro lado, en el mismo fallo se establece con claridad el objeto del litigio, cual es, resolver acerca de la nulidad del laudo arbitral; para ello, el Tribunal de instancia ha debido considerar la naturaleza de los fundamentos del laudo arbitral en equidad, a fin de establecer si aquel se ha referido a cuestiones no sometidas al arbitraje o ha concedido más allá de lo reclamado, lo que no significa que se haya resuelto este juicio de nulidad de laudo arbitral, en equidad, al contrario, manifiestamente se aprecia en la parte expositiva de la sentencia que el objeto controvertido se fundamenta en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación (fojas 105 a 105 vta.) y en su considerando séptimo, que de igual forma que en los considerando anteriores el Tribunal de Arbitraje no ha resuelto más allá de lo reclamado (foja 110), agotando así las cuestiones sometidas a resolución judicial, sin que se aprecie en parte alguna del fallo, el reconocimiento tácito o expreso de que contra laudos dictados en equidad no existe acción de nulidad, por lo que no se ha violado el artículo 23 de la Constitución Política de la República de 1998; y, sin que aparezca justificado en derecho y en los fundamentos del recurso de casación como es que el haber decidido los árbitros en equidad el pago de ciertos rubros solidariamente, la devolución de otros y la incompetencia para decidir sobre determinados asuntos, han afectado el orden público que es el límite necesario de los fallos de árbitros en equidad, más aún considerando que al resolver en equidad se debe prescindir de las formas para tomar en consideración la naturaleza preferente de las relaciones jurídico materiales; todo lo cual, conduce necesariamente a la conclusión de que no se aplicado indebidamente el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación ni se ha dejado de aplicar los artículos 31 numeral d) de la Ley de Arbitraje y Mediación, y 24 numeral 17 de la Constitución Política de la República del Ecuador (1998). Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, no casa** la sentencia dictada por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Quito, dentro del juicio ordinario que por nulidad de laudo arbitral propusieron TRANSINVEST S. A., SEGURANZA CÍA. LTDA. y METROMEDICAL CÍA. LTDA. contra BMI FINANCIAL GROUP INC. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero; Juez Nacional.

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto; Juez Nacional.

Certifico:

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

En Quito, a dieciocho de enero de dos mil diez, a las quince horas, notifiqué con la vista en relación y resolución que

antecede a: ALFREDO SERRANO PONCE, por sus propios derechos y en su calidad de Representante Legal de la Cía. TRANSINVEST S.A.; ALFREDO SERRANO ALVAREZ, en representación de la copia SEGURANZA CIA. LTDA Y METROMEDICAL CIA. LTDA, por boleta en el casillero judicial No. 572 y BMI FINANCIAL GROUP INC, por boletas en los casilleros judiciales Nos.1175.

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito a, 16 de marzo de 2010; las 15H00.

VISTOS: La petición presentada el 20 de enero del 2010, por Alfredo Serrano Ponce, en representación de TRANSINVEST S.A., SEGURANZA CÍA LTDA Y METROMEDICAL CÍA. LTDA., mediante la cual solicita se amplíe la sentencia dictada por esta Sala el 18 de enero del 2010, las 08H15, en el sentido de que si el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece causas idénticas de nulidad tanto para los laudos dictados en derecho como para los dictados en equidad y si la acción de nulidad de cualquier laudo arbitral debe ser resuelta sobre la base de idénticos principios y normas jurídicas en los laudos de derecho y en los de equidad.- Para resolver lo pertinente, se considera lo siguiente: **PRIMERO.-** El art. 282 del Código de Procedimiento Civil establece que la aclaración “*tendrá lugar si la sentencia fuere oscura*” y la “*ampliación... cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas...*”. **SEGUNDO.-** El tema materia de la solicitud no constituye en realidad una ampliación de la sentencia y esta Sala no está facultada para pronunciarse al respecto, sino exclusivamente sobre los aspectos sometidos a su decisión vía el recurso extraordinario de casación; además, la sentencia de este Tribunal resolvió en forma clara todos los puntos del recurso de casación interpuesto por las recurrentes, sin incurrir en omisión alguna.- En tal virtud, se niega la petición de ampliación antes indicada.- Notifíquese y devuélvase.-

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional.

Certifico

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

En Quito, a diecisiete de marzo de dos mil diez, a partir de las quince horas, notifiqué con el auto que antecede a: ALFREDO SERRANO PONCE, por sus propios derechos y en su calidad de Representante Legal de la Cía. TRANSINVEST S.A. SEGURANZA CIA. LTDA;

ALFREDO SERRANO ALVAREZ, en representación de la compañía SEGURANZA CIA. LTDA y METROMEDICAL CIA. LTDA, por boleta en el casillero judicial No. 572; y BMI FINANCIAL GROUP INC, por boleta en el casillero judicial No.1175.

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

CERTIFICO:

Que las nueve copias que anteceden son tomadas de su original, constante en el juicio No.57-2007-Ex.2da.k.r (Resolución No.51-2010), que por nulidad de laudo arbitral sigue: TRANSINVEST S.A. SEGURANZA CIA. LTDA. y METROMEDICAL CIA. LTDA. contra BMI. FINANCIAL GROUP INC.- Quito, 9 de diciembre de 2010.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Sala de lo Civil Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia.

No. 132-2010

JUICIO Nro. 103-2009 ER.

ACTOR: Marco Antonio Cadena Silva.

DEMANDADA: Laura Nereida Zavala Mora, por sus propios derechos y los que representa de su hijo menor Marco Jacinto Cadena Zavala; Lorena Nereida Cadena Zavala, Sergio Hilario Cruz Haro, Gustavo Feliciano Cruz Haro

JUEZ PONENTE: Dr. Carlos Ramírez Romero.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, a 18 de febrero de 2010, las 16H15.

VISTOS: (103-2009-ER) Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISIÓN, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la

Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No.511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, en el juicio ordinario de nulidad de contrato que sigue Marco Antonio Cadena Silva contra Laura Nereida Zavala Mora, por sus propios derechos y los que representa de su hijo menor Marco Jacinto Cadena Zavala, Nereida Lorena Cadena Zavala, Sergio Hilario Cruz Haro, Gustavo Feliciano Cruz Haro, Luis Antonio Cruz Haro, las demandadas Laura Nereida Zavala Mora y Nereida Lorena Cadena Zavala, interponen recurso de casación impugnando la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, de fecha 10 de julio de 2008, las 11h00 (sentencia de mayoría), que confirmó la sentencia del Juez Vigésimo Tercero de lo Civil de Guayas, que aceptó la demanda. Por encontrarse el recurso en estado de resolver, al efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto se ha admitido a trámite por esta Sala el recurso de hecho y por ende el de casación, mediante auto de 30 de marzo de 2009, las 09h00. **SEGUNDA.-** El recurrente ha fundamentado su recurso de casación en las causales primera, por errónea interpretación de las normas de derecho en la sentencia recurrida incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia; segunda, por falta de aplicación de normas procesales en la sentencia recurrida que han viciado el proceso de nulidad insanable y provocado indefensión; tercera, por errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho; y, cuarta, por cuanto en la sentencia se resolvió sobre lo que no era materia del litigio. Además indica que se han infringido las disposiciones de los Art. 23, numerales 26 y 27 de la Constitución de 1998; los Arts. 702, 968, 1461, 1467, 1749 y 1757 del Código Civil; y los Arts. 70, 111, 115, 117, 142, 346 numeral 4to. y 999 del Código de Procedimiento Civil. De esta manera, el casacionista ha determinado los puntos a los que se contrae su recurso y sobre los que corresponderá resolver a este Tribunal de Casación, conforme el principio dispositivo previsto en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** Corresponde en primer lugar analizar lo relativo a la causal segunda, por errores “in procedendo”, pues de ser procedente daría lugar a la declaratoria de nulidad parcial o total del proceso, sin que entonces amerite referirse a las demás causales invocadas por el recurrente **3.1.** Esta causal, está dirigida a corregir la violación de normas adjetivas que pudiesen haber ocasionado la nulidad. Dos son los principios que regulan la causal segunda de casación, el principio de especificidad, es decir, que las solemnidades sustanciales al proceso, cuya omisión ocasiona la nulidad, deben estar específica y puntualmente determinadas en la ley; y el de trascendencia, por el cual tal omisión de haber influido o podido influir en la decisión de la causa. Este principio de trascendencia está consagrado en forma general para todos los procesos e instancias en los Arts. 349 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, cuando dispone que la nulidad, sea por

omisión de solemnidades sustanciales o por violación de trámite que anula el proceso. **3.2.** Al acusar esta causal, en primer término las recurrentes expresan que el actor, mediante escrito de 30 de noviembre de 2009, señala que su real y verdadera pretensión es la nulidad del contrato de compraventa, lo cual constituye una reforma a la demanda y debía darse el trámite correspondiente y al no hacerlo incurrió en la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto no se aplicó lo señalado en el Art. 70 del Código de Procedimiento Civil, viciando de nulidad insanable el proceso, influyendo en la decisión de la causa **3.3.** Al respecto esta Sala estima necesario hacerlas siguientes consideraciones: **3.3.1.** El actor, en su demanda, al concretar la cosa, cantidad o hecho que exige, expresa que: “Con los antecedentes expuestos, acudo ante su señoría para demandar como en efecto demandó a los señores SERGIO HILARIO CRUZ HARO, GUSTAVO FELICIANO CRUZ HARO, LUIS ANTONIO CRUZ HARO, NEREIDA LORENA CADENA ZAVALA Y LAURA NEREIDA ZAVALA MORA DE CADENA, por los derechos que representa del menor MARCO JACINTO CADENA ZAVALA, para que en sentencia se declare la NULIDAD DE LA ESCRITURA PUBLICA otorgada por los señores Sergio Hilario Cruz Haro, Gustavo Feliciano Cruz Haro y Luis Antonio Cruz Haro a favor de los hermanos Nereida Lorena Cadena Zavala y Marco Jacinto Cadena Zavala, ante el Doctor Marco N Díaz Casquete Notario Vigésimo primero del cantón Guayaquil, el 12 de junio del 2001 e inscrita en el Registro de la Propiedad de Guayaquil el 17 de junio del 2001...”. **3.3.2.** El Juez de primera instancia, mediante auto de 1 de diciembre de 2004, las 10h24, declaró la nulidad de la causa a partir de fojas 30, por cuanto no se contó, ni se citó al Notario Vigésimo Primero del cantón Guayaquil, pese a formar parte del litisconsorcio pasivo, solemnidad sustancial que ha de influir en la decisión de la causa. **3.3.3.** El mismo Juez, en providencia de 25 de noviembre de 2005, las 10h37, ordenó que el actor aclare su demanda conforme lo previsto en el Art. 67, numeral 4to. del Código de Procedimiento Civil, disposición que es cumplida conforme obra del escrito de fojas 88 del cuaderno de primera instancia, en el que el actor dice que su pretensión fundamental es la de la nulidad del contrato de compraventa. **3.3.4.** Una es la acción de nulidad de escritura pública que originalmente propuso el actor, en la cual se solicita la declaratoria de nulidad del instrumento, escritura pública que contiene el contrato, por carecer de alguno de los requisitos sustanciales para su validez, conforme las reglas del Art. 44 y siguientes de la Ley Notarial; otro caso muy distinto es la nulidad del contrato contenido en la escritura, en este caso del contrato de compraventa, por vicios en el consentimiento o por falta de alguno de los requisitos fundamentales para su validez, capacidad, objeto lícito, causa lícita, conforme la disposiciones de los Arts. 1461 al 1585 del Código Civil. **3.3.5.** En el presente caso, primero el actor demandó la nulidad de la escritura pública y luego cambió su acción y demandó la nulidad del contrato de compraventa. El Art. 70 del Código de Procedimiento Civil, es claro al señalar que no se podrá cambiar la acción sobre la que versa la demanda luego de que hubiere sido contestada y propuesto excepciones. En esta causa, por efecto de la declaratoria de nulidad, el juicio volvió al estado de calificar la demanda, siendo en ese momento que el actor cambia o muda su acción, antes de que sea calificada, citadas las partes y contestada la demanda, por tanto, esta modificación es

válida y no se trata de una reforma, como indican las recurrentes. 3.4. Con cargo a la misma causal segunda, las casacionistas señalan que no se ha demandado a uno de los vendedores, pues de acuerdo a los documentos que el actor acompaña a su demanda, quienes suscriben la escritura de compraventa objeto de la acción de nulidad son: SERGIO HILARIO CRUZ HARO, GUSTAVO FELICIANO CRUZ HARO, LUIS ANTONIO CRUZ HARO y RAQUEL E. ENRIQUEZ FERNANDEZ, persona esta última a quien no se le cita para que concurra al proceso, por lo que la litisconsorcio pasiva no está constituida totalmente e influye en la decisión de la causa produciendo la nulidad de lo actuado, conforme lo determina el numeral 4to. del Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, siendo esta persona parte interesada, suscribió la escritura de compraventa y debió ser citada en el proceso. Sobre el particular, esta Corte estima que en el contrato de compraventa cuya nulidad se demanda, contenido en la escritura pública otorgada por Sergio Hilario, Gustavo Feliciano y Luis Antonio Cruz Haro como vendedores, a favor de Nereida Lorena y Marco Jacinto Cadena Zavala, ante el Notario Vigésimo Primero del cantón Guayaquil el 12 de junio de 2001, que obra de fojas 16 a 21 del cuaderno de primera instancia, entre los compareciente figura como vendedora Raquel E. Enríquez Fernández, “por los derechos que en los gananciales le corresponde, ecuatoriana, mayor, divorciada”; pues según la escritura del primer contrato de compraventa suscrito en 15 de enero de 1992, ante el Notario Vigésimo Tercero del cantón Guayaquil, esta persona aparece como cónyuge de Sergio Hilario Cruz Haro. quien a su vez, en la escritura motivo de la acción de nulidad, aparece como de estado civil divorciado; en tal virtud, Raquel Enríquez Fernández supuestamente compareció al otorgamiento de esa escritura pública por sus propios y personales derechos en calidad de vendedora, sin embargo, el actor omitió demandarla. Es evidente que si Raquel Enríquez Fernández fue una de las vendedoras del contrato cuya nulidad se persigue, también debió ser demandada, pues la sentencia de fondo obligadamente tendrá repercusiones respecto de sus derechos y obligaciones, ya en su favor o en su contra. El derecho a controvertir, que consiste en la potestad del demandado de plantear dentro del juicio sus oposiciones para que se deseche la pretensión del accionante, constituye una garantía que corresponde a toda persona y es una forma más de ejercer el derecho constitucional a la defensa. El Art. 76, numeral 7. literal h) de la actual Constitución, consagra este derecho, al decir: “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: h) Presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”. En concordancia con dicha norma, el Art. 168, inciso final, de la misma Constitución dispone que: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a efecto mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo.” En el presente caso, para que la sentencia pueda surtir plenamente todos sus efectos y respecto de todas las personas involucradas, es necesario que se demande a quienes estuvieron involucrados en la celebración del contrato de compraventa cuya nulidad se persigue, a efecto de contar con la litisconsorcio completa, en la pluralidad de demandados, pues reiteramos, la sentencia de merito habrá

necesariamente de surtir efectos para todos, de lo contrario carece de eficacia. El omitir demandar y citar a una de las persona que participaron en la celebración del contrato, en este caso la señora RAQUEL E. ENRIQUEZ FERNANDEZ, no acarrea la nulidad del proceso, sino la imposibilidad de que el Juez dicte sentencia de fondo. Sobre el tema, la doctrina nos dice: “El *principio de contradictorio* significa que en los procesos contenciosos es indispensable la citación al demandado para que pueda adelantarse; se le conoce también con el nombre de *principio de la audiencia bilateral*, y forma parte de los derechos elementales del hombre. Da origen al derecho de contradicción que ya estudiamos (véase cap. XII). Pero no significa que el demandado tenga siempre legitimación en la causa, sino que por el hecho de ser demandado debe otorgársele la oportunidad para su defensa (véase num. 122-126). En lo penal significa que debe oírse al sindicado o imputado y dársele la oportunidad a la defensa. 1) *Determina no sólo quiénes pueden obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quiénes deben estar presentes, para que sea posible esta decisión de fondo.* Se habla de *necesarios contradictorios*, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurran 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 al demanda. Es decir, no existe debida legitimación en la causa en dos casos a) cuando el demandante o demandado no tenían en absoluto legitimación en la causa por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas y b) cuando aquellos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso. En el segundo aspecto se diferencia la legitimación en la causa del interés sustancial para obtener sentencia de fondo (llamado por Rocco “interés para obrar”), que estudiamos en el capítulo anterior. Hasta ahora hemos estudiado el primer caso, y vimos que la consecuencia es impedir la sentencia de fondo. Pero 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 en la causa estará incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litisconsorcio necesario que estudiaremos más adelante (véase num. 198). Como ejemplo pueden mencionarse las demandas de nulidad o rescisión o resolución de un contrato, que deben comprender a quienes figuran como partes del mismo contrato y a sus causa habientes a título singular o universal (compradores o cesionarios del primer comprador), ya que la decisión a de producir efectos contra todos. 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 le cite al proceso en el auto admisorio de la demanda, para que la sentencia los vincule, con lo cual se produce el correspondiente litisconsorcio”.... Continúa diciendo: “Hay relaciones jurídicas

sustanciales sobre las cuales no es posible pronunciarse por partes, fraccionándolas o calificándolas sólo respecto de algunos sujetos, porque indispensablemente comprende y obliga a todos. En esos casos la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados en esa relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir en la sentencia sobre el fondo de ella; si los sujetos son más de dos; en el sentido jurídico y no físico (por ejemplo, el representante o apoderado y representado, forman un solo sujeto, estaremos en presencia de un litisconsorcio necesario (C. de P. C. Art. 51)... Para nosotros, la debida formación del necesario contradictor es un problema de legitimación en la causa, cuando no está debidamente integrado, habría una legitimación en la causa incompleta que impedirá la sentencia de fondo; para evitar este pecado contra la economía procesal, es decir la pérdida de tiempo, dinero y trabajo de tramitar un proceso inútil, el juez debe citar oficiosamente a las personas que faltan para integrarlo, durante la primera instancia. Lo anterior no significa que la falta de integración adecuada del litis consorcio necesario, nunca es causal de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria” (Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Tomo 1, Décima Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1985, pp. 268 y 269). **3.5.** Se acusa también la falta de aplicación del Art. 999 del Código de Procedimiento Civil, que determina la nulidad insanable de la causa, por cuanto se ha demandado a un menor de edad, Marco Jacinto Cadena Zavala y si se admite la demanda, el bien pasaría a formar parte de la sociedad conyugal de la que es parte la madre del menor, Laura Nereida Zavala Mora, existiendo impedimento para que ella la represente al existir conflicto de intereses. Al respecto debemos señalar que Laura Nereida Zavala Mora, suscribió el contrato de compraventa motivo del recurso de nulidad en representación de su hijo menor Marco Jacinto Cadena Zavala, y en esa calidad compareció a juicio y ejerció la representación y defensa de los intereses del menor; en tanto que el contrato de 15 de enero de 1992, no es materia de este proceso pues en esta causa no corresponde pronunciarse sobre su validez o eficacia, ni si esté forma o no parte de la sociedad conyugal habida entre el actor y Laura Nereida Zavala Mora, por tanto no se ha configurado la infracción de esa disposición legal. Por lo expresado, al haber las recurrentes planteado indebidamente el recurso por la causal segunda, se desecha esta acusación. **CUARTO.-** Corresponde ahora analizar lo referente a la causal cuarta de casación. **4.1.** Esta causal corresponde a: “Resolución, en la sentencia o auto, de de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis”. Esta causal recoge los vicios que en doctrina se conocen como de extra petita, cuando el juez concede algo que no fue materia de la litis; citra o mínima petita, cuando se ha dejado de resolver alguno de los asuntos que formaron parte del litigio; y, ultra petita cuando el juez otorga más de lo que le fue solicitado; vicios que proceden de la inconsonancia o incongruencia que resulta de comparar la parte resolutive del fallo con los asuntos materia de la litis, establecidos por lo que se solicita en la demanda y las excepciones propuestas. **4.2.** Con sustento en esta causal las recurrentes acusan que existe extra petita cuando en la sentencia impugnada se pronuncian expresando que los vendedores señalan que la única escritura de compraventa que celebraron y por la que dieron en venta el inmueble es la escritura pública de 15 de mayo de 1997, al cual no señaló el demandante, ya que el se

refiere al documento de 15 de enero de 1992, con lo cual se resolvió un asunto que no era motivo del litigio, existiendo la causal cuarta de casación. Como lo ha señalado la ex Corte Suprema de Justicia y esta Sala, para determinar si se ha producido o no el vicio de inconsonancia o incongruencia de la sentencia, se debe efectuar una confrontación entre aquello que fue materia de la litis, constituido por la demanda (cosa, cantidad o hecho que se exige), la contestación de la demanda y las excepciones propuestas por los demandados y lo resuelto en sentencia. En el presente caso, el actor demanda se declare la NULIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA contenido en la escritura pública otorgada por los señores Sergio Hilario Cruz Haro, Gustavo Feliciano Cruz Haro y Luis Antonio Cruz Haro a favor de los hermanos Nereida Lorena Cadena Zavala y Marco Jacinto Cadena Zavala, ante el doctor Marco N. Díaz Casquete Notario Vigésimo primero del cantón Guayaquil, el 12 de junio de 2001 e inscrita en el Registro de la Propiedad de Guayaquil el 17 de junio de 2001; en virtud de que se encuentra vigente y no ha sido rescindido un contrato de compraventa anterior sobre el mismo bien inmueble celebrado en escritura pública otorgada por Sergio Hilario, Gustavo Feliciano y Luis Antonio Cruz Haro a favor de los cónyuges Marco Antonio Cadena Silva y Laura Nereida Zavala Mora ante el Notario Vigésimo Tercero del cantón Guayaquil el 15 de enero de 1992. Al contestar la demanda, Laura Nereida Zavala Mora, por los derechos que representa del menor Marco Jacinto Cadena Zavala y Nereida Lorena Cadena Zavala, proponen las siguientes excepciones: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2.- Que la escritura pública cuya nulidad se demanda es totalmente válida; 3.- Falta de legitimatio in causa de la parte demandada. Excepciones que son ratificadas en escrito de fojas 90 del cuaderno de primera instancia. Por su parte los demandados Sergio Hilario, Gustavo Feliciano y Luis Antonio Cruz Haro, presentan su escrito de contestación a la demanda que obra de fojas 102 del cuaderno de primera instancia, sin proponer excepciones. La sentencia de mayoría de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, de fecha 10 de julio de 2008, las 11h00, en su parte resolutive ratifica el fallo del Juez de primera instancia, y en consecuencia, acepta la demanda. En el considerando Séptimo de la sentencia del Tribunal ad quem se dice que: “... de la documentación analizada e incluso de las firmas constantes en el contrato de compraventa cuya nulidad se demanda, se advierte que jamás existieron dos contratos de compraventa, sólo uno, el celebrado a favor del actor y su cónyuge el 15 de mayo de 1997”. Efectivamente, dicha segunda escritura obra del proceso a fojas 136 a 142 del cuaderno de primera instancia y es a la que se refieren los demandados Sergio Hilario, Gustavo Feliciano y Luis Antonio Cruz Haro en su escrito de contestación a la demanda y reconocen como la única que han celebrado, por tanto aquella también formó parte de la litis y como tal fue considerada por dicho Tribunal, por lo que entonces no se aprecia que se haya resuelto en base a un antecedente que no fue parte del proceso. **4.3.** Con cargo en esta misma causal también se acusa que la sentencia se pronuncia sobre la falsedad del instrumento y la simulación, cuestiones que no fueron tratadas por el actor ni los demandados, ni se ha obrado prueba de aquello, siendo figuras ajenas a este proceso, por lo que igualmente se incurrió en la causal cuarta de

casación. El cargo no es preciso, pues no expresa si existió citra petita, ultra petita o extra petita; además, como se indicó anteriormente, el fallo del Tribunal ad quem resolvió que jamás existieron dos contratos de compraventa, sólo uno, el celebrado a favor del actor y su cónyuge el 15 de mayo de 1997 y se fundamenta también en los casos de nulidad absoluta previstos en los Arts. 1698 y 1726 del Código Civil, en los cuales el juez puede declararla aun de oficio. Por lo expresado, no se justifica la causal cuarta invocada por las recurrentes. **QUINTO.-** Las recurrentes también alegan la existencia de la causal tercera de casación, que procede por: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”*.

5.1. Para la procedencia de esta causal, que en doctrina se la conoce como de violación indirecta de la norma, es necesario que se hallen reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma (s) de valoración de la prueba que a criterio del recurrente ha sido violentada; b) la forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) la indicación del medio de prueba en que se produjo la infracción; d) la infracción de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material. **5.2.** Al acusar esta causal, las recurrentes no lo hacen de manera individual, sino bajo o más bien unido al sustento de otras causales, concretamente la segunda y la primera, situación improcedente en casación pues cada una de las causales son autónomas e independientes, por tanto deben ser analizadas y fundamentadas individualmente; además, en el primer caso, cuando acusan que el Tribunal de Instancia resolvió sobre un documento que no fue materia de la litis (escritura pública de 15 de mayo de 1997), este tema ya fue analizado y descartado por este Tribunal de Casación en el numeral 4.2. de este fallo, a lo que se debe añadir que si bien señala como infracción la errónea interpretación del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, no explica cuál es la interpretación equivocada que dio el Tribunal ad quem y cuál entonces, la correcta interpretación que se debió dar de esa norma, y finalmente, no explica cómo este error condujo a la equivocada aplicación de las normas de derechos que indica en su recurso de casación, pues solamente las menciona, pero no razona tal acusación; en el segundo caso, ocurre lo mismo, solamente menciona la causal y la norma infringida (Art. 115 Código de Procedimiento Civil), empero sustenta la violación de una norma de derecho y por ende, no justifica el cargo. **SEXTO.-** Finalmente, se deben analizar los cargos con respecto a la causal primera de casación. **6.1.** El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir, no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se produce por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe

fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas, se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya trasgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley. **5.2.** Los fundamentos esgrimidos por la casacionista están desarrollados en el literal “C.- RESPECTO AL PUNTO PRINCIPAL” de su recurso de casación. En él señalan que la real pretensión del actor es la de alcanzar la nulidad del contrato de compraventa de 12 de junio de 2001, por ello la prueba debía fundamentarse en ese sentido, añadiendo que existe una gran diferencia entre el contrato, el título y la tradición, pero la Sala interpretan erróneamente las normas de derecho en la sentencia recurrida, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios que han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia. En primer lugar es necesario determinar que el vicio que las recurrentes constantemente atribuyen es el de “errónea interpretación de normas de derecho”. En las causales primera, segunda y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, tenemos tres posibles fuentes de infracción de la norma, la falta de aplicación, la indebida aplicación y la errónea interpretación, que son también autónomas, independientes e inclusive excluyentes entre sí; esta última forma de violación se produce cuando el juez aplica una disposición legal determinada que sí corresponde al caso que se juzga, pero da a la misma un alcance distinto o diferente al de su tenor literal y lógico, este es un error de hermenéutica jurídica, por tanto, al acusar este vicio de errónea interpretación, el recurrente debe necesariamente explicar cuál ha sido la falsa interpretación que hizo el juzgador y cuál es la correcta y cómo este error ha sido determinante al resolver la causal. El juez debe determinar si una norma legal se aplica a un caso que está juzgando (subsunción de los hechos en el hipotético de la norma) y al hacerlo debe necesariamente interpretar la norma, pudiendo incurrir en error al hacerlo, lo que configura este vicio en el recurso de casación no se hace este análisis, es decir no se explica el vicio señalando la errada interpretación de los Arts. 702, 1740 y 1757 del Código Civil que hizo el Tribunal ad quem y cuál entonces era la correcta. Por otra parte, al acusar la causal primera las recurrentes dicen que se aplican erróneamente las citadas normas y los conceptos jurisprudenciales y doctrinales, al “dar el título de dueño a quien no alcanzó la tradición del bien inmueble”; citan el fallo jurisprudencial publicado en la Gaceta Judicial Serie VI, No. 10 p. 96, relativo a la distinción que debe existir entre el título y el modo para la enajenación de bienes inmuebles, esto es, entre contrato, donación, testamento, como título traslativo de dominio y el modo, que consiste en la tradición, que en el caso de bienes inmuebles se perfecciona con la inscripción en el registro de la propiedad. Sobre el mismo tema cita la Resolución de la ex Corte Suprema de Justicia publicada en el R. O. No. 399 de 17 de noviembre de 2006, así como el criterio doctrinario del autos Fernando Vélez, en la obra Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano; René Bustamante Muñoz, obra Código Civil, Vol. III, Libro Cuarto de las Obligaciones en General y de los Contratos; y, de Jorge Ortega Torres, en la obra Código Civil Anotado. Al respecto anotan que el contrato y el dominio son cosas del todo diversas, por esto, si bien es

verdad que el contrato de compraventa se perfecciona desde que las partes han convertido en la cosa y en el precio, no adquiere el comprador el dominio sino por la tradición de la cosa, que en el caso de bienes inmuebles ocurre con la inscripción en el registro de la propiedad, y añaden, que mientras no se haya realizado tal inscripción, el comprador no es propietario ni el vendedor ha dejado de serlo; sin embargo -dicen- la Sala en su fallo de mayoría no ha anotado esta circunstancia. Lo expresado por las recurrentes es correcto, empero el Tribunal ad quem no ha dicho lo contrario, sino que en aplicación de las normas contenidas en los Arts. 1698 y 1726 del Código Civil, el contrato celebrado en la escritura pública otorgada por Sergio Hilario Cruz Haro, Gustavo Feliciano Cruz Haro y Luis Antonio Cruz Haro a favor de los hermanos Nereida Lorena Cadena Zavala y Marco Jacinto Cadena Zavala, ante el Doctor Marco N. Díaz Casquete, Notario Vigésimo Primero del cantón Guayaquil, el 12 de junio de 2001 e inscrita en el Registro de la Propiedad de Guayaquil el 17 de junio de 2001, por falta de consentimiento de quienes aparecen como vendedores y que sólo reconocen haber celebrado la escritura de 15 de mayo de 1997; además de que, conforme al informe pericial, la firma que aparece como si fuera de uno de los vendedores, Raquel Enríquez Fernández, no corresponde a su autoría, por tanto esa persona no consintió en la venta, situación que acarea la nulidad absoluta del contrato, la que puede y debe ser declarada por el juez aun de oficio. En verdad en esta causa aparecen tres contratos, el primero celebrado el 15 de enero de 1992, el segundo suscrito el 15 de mayo de 1997 y el tercero celebrado el 12 de junio de 2001; los dos primeros no se inscribieron en el Registro de la Propiedad del cantón Guayaquil y el tercero sí fue inscrito; en tales circunstancias sería este tercer contrato el que surtiría plenos efectos, por haberse perfeccionado la transferencia de dominio; sin embargo, como ese contrato adolece de nulidad absoluta, se lo tendrá como no existente y no surtirá ningún efecto. Por lo expuesto, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto y **no casa** la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, de fecha 10 de julio de 2008, las 11h00. Sin costas, multas u honorarios que fijar. Notifíquese. Devuélvase.-

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional

f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional

CERTIFICO:

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator

En Quito, diecinueve de febrero de dos mil diez, a partir de las ocho horas con treinta minutos, notifiqué con la vista en relación y resolución que anteceden a: LAURA ZAVALA MORA por boleta en el casillero judicial No. 836; y a

MARCO CADENA SILVA por boleta en el casillero judicial No. 1344.- Certifico.

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 04 de marzo de 2010, las 16H30.-

VISTOS: Nereida Lorena Cadena Zavala y Marco Jacinto Cadena Zavala, en escrito presentado el 23 de febrero de 2010, comparecen a esta Sala y solicitan que se deje sin efecto la sentencia dictada en la presente causa, en base a los argumentos esgrimidos en dicha petición. Al respecto corresponde hacer las siguientes consideraciones: **PRIMERO.-** El recurso de casación según nuestra Ley, la jurisprudencia y la doctrina, es un remedio procesal que tiene como finalidad el control de la legalidad de la sentencia del Tribunal de instancia, siendo por tanto una confrontación entre la Ley y la resolución impugnada; así se ha manifestado en los diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia. Por tanto, el Tribunal de Casación al proceder de esa manera no incurre en faltas al debido proceso, como lo afirman los comparecientes al decir que las partes han quedado en estado de indefensión. **SEGUNDO.-** En el recurso de casación presentado por Nereida Lorena Cadena Zavala y de la de cujus Laura Zavala Mora por sus propios derechos y los que representa del menor (a esa fecha) Marco Jacinto Cadena Zavala, ante el Tribunal Provincial señalan como domicilio judicial, el casillero judicial No. 836 de este Distrito Judicial (casillero en el cual se notificó la sentencia); y, al haber comparecido tanto Nereida Lorena Cadena Zavala como Marco Jacinto Cadena Zavala, con el escrito diferido se han configurado los efectos establecidos en el Art. 84 del Código Procedimiento Civil. Por tanto, con su comparecencia han convalidado la resolución dictada, pudiendo dichos herederos ejercer los recursos horizontales que contempla la Ley; en consecuencia no procede tal petición. Se dispone notificar a los herederos presuntos y desconocidos, de la causante, en virtud del certificado de defunción conferido por la Corporación Registro Civil de Guayaquil, del cual se establece el fallecimiento de la actora Laura Nereida Zapata Mora, se les notificará por la prensa, en uno de los periódicos de mayor circulación de la ciudad de Guayaquil, a quienes se les notificará mediante una sola publicación del extracto de la presente providencia, de conformidad con el art. 83 del Código Procedimiento Civil, con quienes se contará en el caso de que comparezcan a juicio a ejercer sus derechos. Notifíquese.-

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional.

CERTIFICO:

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

LO TESTADO EN CUATRO LINEAS NO CORRE.

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

En Quito, cinco de marzo de dos mil diez, a partir de las quince horas; notifiqué con el auto que antecede a: NEREIDA CADENA ZAVALA Y MARCO CADENA ZAVALA por boletas en los casilleros judiciales Nos. 836 y 748; y a MARCO ANTONIO CADENA SILVA por boleta en el casillero judicial No. 1344.- Certifico.-

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 16 de marzo de 2010, las 10H45.-

VISTOS: Agréguese a los autos el escrito presentado. En lo principal, se corrige el lapsus calami en que ha incurrido la Sala, en el auto dictado el 04 de marzo de 2010, las 16H30; y notificado con fecha 5 de marzo del mismo año; cuando en el considerando SEGUNDO se dice “Se dispone notificar a los herederos presuntos y desconocidos, de la causante, en virtud del certificado de defunción conferido por la Corporación Registro Civil de Guayaquil, del cual se establece el fallecimiento de la actora Laura Nereida Zapata Mora, se les notificará por la prensa, en uno de los periódicos de mayor circulación de la ciudad de Guayaquil,....” **cuando lo que se quiso decir es** “Se dispone notificar a los herederos presuntos y desconocidos, de la causante, en virtud del certificado de defunción conferido por la Corporación Registro Civil de Guayaquil, del cual se establece el fallecimiento de la actora Laura Nereida Zavala Mora, se les notificará por la prensa, en uno de los periódicos de mayor circulación de la ciudad de Guayaquil,....” Notifíquese.-

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.

Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional.

CERTIFICO:

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

En Quito, dieciséis de marzo de dos mil diez, a partir de las diez horas con cincuenta y cinco minutos; notifiqué con la providencia que antecede a: NEREIDA CADENA ZAVALA Y OTRO por boletas en los casilleros judiciales Nos. 836 y 748; y, a la MARCO CADENA SILVA por boleta en el casillero judicial No. 1344.- Certifico.-

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 05 de abril de 2010, las 10H45.

VISTOS: Agréguese a los autos el escrito presentado. En lo principal, acogiendo la petición de Nereida Lorena Cadena

Zavala y Marco Jacinto Cadena Zavala, se rectifica la providencia dictada con fecha 16 de marzo de 2010, por cuanto efectivamente la fallecida Dra. Laura Nereida Zavala Mora, no tuvo la condición de actora en la presente causa, sino de demandada.-Notifíquese.-

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez, Juez Nacional.

CERTIFICO:

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

En Quito, siete de abril de dos mil diez, a partir de las ocho horas con quince minutos; notifiqué con la providencia que antecede a: NEREIDA CADENA ZAVALA y OTRO por boletas en los casilleros judiciales Nos. 836 y 748; y a MARCO CADENA SILVA por boleta en el casillero judicial No. 1344.- Certifico.-

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

Juicio No. 103-2009 ER

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 14 de junio de 2010, las 09H00.

Agréguese a los autos los escritos presentados. En lo principal, la petición de NEREIDA LORENA CADENA ZAVALA Y MARCO JACINTO CADENA ZAVALA, se la niega por improcedente; por cuanto, la Ley de Casación en el Art. 15, dispone que no se aceptará incidente alguno en la sustanciación de la casación; y, hallándose la causa resuelta y ejecutoriada, se dispone la inmediata devolución al inferior. Notifíquese.-

f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez de Sustanciación.

CERTIFICO:

Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

En Quito, quince de junio de dos mil diez, a partir de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos; notifiqué con la providencia que antecede a: NEREIDA CADENA ZAVALA Y OTRO, por boletas en los casilleros judiciales Nos. 836 y 748; y a MARCO CADENA SILVA por boleta en el casillero judicial No. 1344. - Certifico.-

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

CERTIFICO:

Que las trece (13) copias que anteceden, son tomadas de sus originales constantes en el juicio No. 103-2009 ER (Resolución No. 132-2010) que sigue Marco Antonio Cadena Silva contra Laura Nereida Zavala Mora, por sus propios derechos y los que representa de su hijo menor

Marco Jacinto Cadena Zavala; Lorena Nereida Cadena Zavala, Sergio Hilario Cruz Haro, Gustavo Feliciano Cruz Haro.

Quito, 09 de diciembre de 2010.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia; Corte Nacional de Justicia.

No. 250-2010

JUICIO Nro. 580-2009-k.r.

ACTORES: Salvador Bolívar Sarango Jiménez y Aurora Georgina Armijos Zúñiga.

DEMANDADOS: Edgar Ordóñez Bermeo y otros.

Ponente: Dr. Manuel Sánchez Zuraty.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, a 29 de abril de 2010; las 09h40.

VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo del 2009; en el numeral 4, literales a) y b), del apartado IV, DECISIÓN, de la Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre del 2008, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia tomada en sesión de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de Enero del 2009; y, los artículos 184 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación.- En lo principal, los actores Salvador Bolívar Sarango Jiménez y Aurora Georgina Armijos Zúñiga, en el juicio ordinario por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que siguen contra Edgar Ordóñez Bermeo y otros, deducen recurso de casación contra la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Zamora Chinchipe, el 3 de abril de 2009, las 11h30 (fojas 29 y 30 del cuaderno de segunda instancia), que confirma la sentencia subida en grado en lo referente a que declara sin lugar la demanda y se le revoca en cuanto acepta la reconvencción, a la que se la rechaza por falta e insuficiencia de prueba. El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, las normas señaladas en la parte expositiva

del presente fallo y la distribución en razón de la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 22 de diciembre de 2008, publicada en Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009. El recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite mediante auto de 10 de noviembre de 2009, las 16h25. **SEGUNDO.-** En virtud del principio dispositivo contemplado en el Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, son los recurrentes quienes fijan los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación. **TERCERO.-** El peticionario considera infringidas las siguientes normas de derecho: Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, Artículos 115, 275, 276 del Código de Procedimiento Civil. Las causales en las que fundamentan el recurso son la tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. **CUARTO.-** La causal quinta opera cuando la sentencia no contuviere los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles. Por lógica jurídica esta causal debe analizarse en forma precedente a la causal primera, y además merece esa prelación porque contiene una impugnación de inconstitucionalidad. Sobre esta causal, pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutive, debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre éste, la demanda y la contestación, ya que en esta última hipótesis estaríamos frente a los vicios contemplados en la causal cuarta. El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El artículo 274 del Código de Procedimiento Civil dispone: "En las sentencias y en los autos se decidirá con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la Ley y en los méritos del proceso, y, a falta de Ley, en los principios de justicia universal". El artículo 275 ibídem dice: "Los decretos, autos y sentencias expresarán con claridad lo que se manda o resuelve; y en ningún caso se hará uso de frases oscuras o indeterminadas como ocurra a quien corresponda, venga en forma, como se pide, etc." Finalmente, el artículo 276 del mismo cuerpo legal dispone: "En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda o tercera instancia, por la mera referencia a un fallo anterior".- **4.1.-** Los recurrentes expresan que es necesario considerar la vulneración de los artículos 275 y 276, en concordancia con el literal i) del Art. 76 de la Constitución de la República; al respecto, las normas están mal citadas en el libelo del recurso porque el número de los artículos no están referidos a ningún cuerpo legal que los contenga, asumiendo esta Sala, por el contexto, que se trata de los artículos 275 y 276 del Código de Procedimiento Civil; de igual manera, el Art. 76 de la Constitución no tiene un numeral i), por lo que, debido a que hace referencia a la falta de motivación, entendemos que se trata del Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución. Explica que, en conclusión, las excepciones están en total contradicción con lo expuesto en el numeral l) del escrito de fundamentación, y es más, no han sido probadas en juicio, de manera tal que al juzgador le corresponde única y exclusivamente resolver

sobre las excepciones planteadas. **4.2.-** La Sala considera que ésta forma de proponer el recurso confronta la demanda y las excepciones con la sentencia, pero, como explicamos en la parte inicial de este considerando, la causal quinta se refiere a las contradicciones intrínsecas de la sentencia, a su falta de armonía interna, entre los considerandos y la parte resolutive o dentro de la parte resolutive. Si los recurrentes quisieron demostrar vicios entre la demanda, las excepciones y la sentencia, debieron fundamentarse en la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. Por otra parte, la Sala observa que la sentencia tiene una estructura lógica, partes expositiva, considerativa y resolutive, y enuncia normas jurídicas en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, por lo que está debidamente motivada. Razones por las cuales no se aceptan los cargos. **QUINTO.-** La causal tercera se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Esta causal permite casar el fallo cuando el mismo incurre en inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; el recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado sistema de casación puro. En el caso de la causal tercera, la configuración de la llamada “proposición jurídica completa”, en el supuesto de la violación indirecta, requiere que se señale: a) la norma relativa a la valoración de la prueba que ha sido inaplicada, indebidamente aplicada o erróneamente interpretada; y, b) la norma de derecho sustantivo que, como consecuencia del vicio en la aplicación de la norma de valoración de la prueba, ha sido equivocadamente aplicada o inaplicada. Para integrar la proposición jurídica completa conforme lo requiere esta causal, se deben: a) citar las normas relativas a la valoración de la prueba que el tribunal de instancia ha infringido (aplicado indebidamente, omitido aplicar o interpretado erróneamente), en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada; y, de ser del caso, citar los principios violados de la sana crítica en los casos en los cuales se aplica la misma; y, b) citar las normas sustantivas infringidas (aplicación indebida o falta de aplicación) como consecuencia del yerro en las normas y principios reguladores de la prueba, requisito indispensable para la integración de la proposición jurídica completa y para la procedencia del cargo al amparo de la causal tercera, porque no basta que en la sentencia haya vicio de derecho en la valoración probatoria sino que es indispensable este otro requisito copulativo o concurrente. **5.1.-** Los peticionarios dicen que la sentencia en referencia viola la disposición del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil cuando en el considerando “sexto”, ligeramente sostiene que “... las declaraciones de los testigos Marizta Vivanco Fernández y Tania Herrera Quezada, Estela y Rosa Herminia Gaona no merecen credibilidad porque las preguntas son sugestivas...”, sin reflexionar que la prueba actuada es receptada dentro de lo que dispone la normativa legal vigente y no han sido

impugnadas en su oportunidad; que lo más grave no se realiza un desglose del recaudo probatorio de la parte actora, “cuando precisamente los testimonios recibidos se limitan a contestar es verdad, es verdad, lo cual jamás debió ser aceptado; no obstante, deliberadamente cuando se refiere a la prueba testimonial de la parte actora, si se realiza este desglose, dando a entender un alto grado de parcialidad del juzgador a favor de los demandados. Precisamente debemos entender que la sana crítica excluye un razonamiento arbitrario y unidireccional, pues, las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano, pues en ellas interfieren (sic) las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado puede analizar la prueba (...) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas”. Luego de precisar su punto de vista sobre las reglas de la sana crítica, manifiesta que “hemos detallado con absoluta precisión el error de derecho en que incurrió el juez al aplicar indebidamente o interpretar erróneamente el precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba; habida cuenta que es evidente el error que ha incurrido el juzgador al valorar la prueba ya que luego de darla por existente materialmente en el proceso, para a ponderarla o sopesarla a su arbitrio y es precisamente cuando interpreta desacertadamente las normas legales regulativas de su valoración”. Indica que el Tribunal de última instancia deliberadamente no analiza y peor toma en cuenta los documentos constantes a fs. 30 a la 33, y el documento de fs. 89 y 90 de autos, “donde consta y mucho la inspección judicial donde consta los actos positivos de posesión y que fue analizada por el Juez de primera instancia, dando únicamente cabida a la inspección segunda instancia (sic) que la realizó sin la presencia de uno de los magistrados, lo que no merece credibilidad alguna”. **5.2.-** La Sala considera que para que prospere la impugnación por la causal tercera, el recurrente debe señalar con precisión cuál es el vicio que adolece el fallo casado; no se cumple con este requisito cuando se argumenta que un mismo precepto de valoración ha sido a la vez aplicado indebidamente e interpretado erróneamente, porque la aplicación indebida significa que no debió aplicarse y consecuentemente no cabe interpretación en el fallo de una norma impertinente al caso. Por otra parte, para que se acepte el vicio de vulneración de las reglas de la sana crítica el peticionario debe demostrar que no se han observado las reglas de la lógica, los principios científicos generalmente aceptados o que los juzgadores han demostrado total falta de experiencia en su labor, nada de lo cual consta en el libelo del recurso; lo que en verdad aspiran los peticionarios es una nueva valoración de la prueba de testigos y de inspección judicial, lo cual está vedado para esta Sala porque esa es una atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, en tanto que el recurso de casación tiene por objeto el control de la legalidad de la sentencia. Respecto de la omisión de valorar la prueba pericial de primera instancia, en el considerando “sexto” el Tribunal ad quem sí se refiere al informe pericial presentado a fojas 114 de primera instancia; y, los documentos constantes de fojas 30 a 33 de primera instancia (copia de la credencial del Abogado y escrito de. Dr. Mauro Sanmartín, procurador judicial de los demandados Edgar Ordoñez y Juana Armijos) y de fojas 89 y 90 (Providencia judicial de 29 de mayo de 2008, a las 14h05, en la que se agregan al proceso deprecatorio y poder, la razón de notificación, y un oficio enviado al Juez Sexto de lo Civil

de Zamora Chinchipe), no constituyen medios de prueba para ser valorados. Finalmente, los recurrentes no han hecho la proposición jurídica completa porque a más de mencionar al Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, no explican cómo pudo ocurrir que el vicio de valoración condujera a la equivocada aplicación o no aplicación de normas de derecho material en la sentencia, que ni siquiera son mencionadas. Motivos por los cuales no se aceptan los cargos por la causal tercera. Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, no casa el fallo dictado por la Corte Provincial de Justicia de Zamora Chinchipe, el 3 de abril de 2009, las 11h30. Entréguese el monto total de la caución a la parte perjudicada por la demora.- Sin costas.- Léase y notifíquese.-

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty; Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero; Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto; Juez Nacional.

Certifico:

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

En Quito, a veinte y nueve de abril de dos mil diez, a partir de las quince horas, notifiqué con la vista en relación y resolución que antecede a: SALVADOR SARANGO JIMENEZ y GEORGINA JIMENEZ ZUÑIGA, por boletas en los casilleros judiciales Nos. 280 de su anterior defensor y 5244 de su actual defensor; y a EDGAR ORDOÑEZ BERMEO y Otros, por boleta en el casillero judicial No.1653. Lo enmendado VALE.

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

Juez Ponente: Dr. Manuel Sánchez Zuraty

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito.- a 15 de julio de 2010; las 11H15.

VISTOS: A fojas 15 y 15 vuelta de este cuaderno de casación, comparece la parte actora, Salvador Sarango Jiménez y Georgina Armijos Zúñiga, y solicita aclaración y ampliación de la sentencia de casación dictada por esta Sala el 29 de abril de 2010, a las 09h40. Se ha corrido traslado a las partes con la referida petición, en cumplimiento del inciso segundo del artículo 282 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil y para resolver, se considera: **PRIMERO:** Acorde con el artículo 281 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, "El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días". El inciso primero del artículo 282 ibídem, complementa el precepto anterior señalando que "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se

hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La negativa será debidamente fundamentada." En la sentencia dictada por este Tribunal de Casación, se ha hecho el control de legalidad al que está facultado por la Ley de la materia, ciñéndose estrictamente a la naturaleza extraordinaria, limitada y de puro derecho del recurso de casación.- La aclaración y la ampliación son considerados como recursos horizontales cuyas motivaciones difieren entre sí. Así la aclaración cabe cuando la sentencia es oscura y la ampliación cuando no se resuelven los puntos controvertidos. **SEGUNDO:** De las normas transcritas, se aprecia con claridad que dictada una sentencia, es inmutable por el mismo juez que la dictó, pero puede aclarar los pasajes oscuros de su texto o ampliar sus efectos a hechos y pretensiones que formen parte del objeto de la litis y que no hayan sido cubiertas por las conclusiones expuestas o resolver sobre frutos, interés o costas no tomadas en cuenta en su parte resolutive; lo que significa que el peticionario deberá señalar los pasajes oscuros a aclararse, estableciendo de qué forma se puede concluir que el texto es confuso en el primer caso; o, señalar cuáles son los hechos controvertidos no resueltos, en el segundo. En la especie, la Sala resuelve este proceso en estricto derecho, y estima que todo lo solicitado por la parte actora como aclaración o ampliación ha sido tomado en cuenta en el fallo en mención y por lo tanto se encuentra resuelto. Con estas consideraciones, no habiendo nada que ampliar o aclarar, se niega por improcedente, la petición que antecede.- Notifíquese.

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional.

Certifico:

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

En Quito, a dieciséis de julio de dos mil diez, a partir de las quince horas, notifiqué con el auto que antecede a: SALVADOR SARANGO JIMENEZ y Otra, por boleta en el casillero judicial No. 5244; EDGAR ORDOÑEZ BERMEO y Otros, por boleta en el casillero judicial 1653.

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

CERTIFICO:

Que las siete copias que anteceden son tomadas de su original, constante en el juicio No. 580-2009-k.r (Resolución No. 250-2010), que por prescripción adquisitiva de dominio sigue: SALVADOR BOLIVAR SARANGO JIMENEZ y AURORA GERGINA ARMIJOS ZUÑIGA contra EDGAR ORDOÑEZ BERMEO y OTROS.- Quito, 9 de diciembre de 2010.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator Sala de lo Civil Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia.

No. 252-2010

JUICIO Nro. 889-2009 E.R.

ACTOR: Municipio de Quito.

DEMANDADOS: José David Paltán Camacho, María Paltán Ortiz, José David Paltán Ortiz, Amalia Inés Paltán Ortiz, Frederick David Elías Paltán y Lori Dense Elías Paltán.

JUEZ PONENTE: Dr. Carlos Ramírez Romero.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, a 03 de mayo de 2010, las 15H00.

VISTOS (889-2009-): Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No.511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y I de la Ley de Casación. - En lo principal, el Dr. Fabián Andrade Narváez, en su calidad de Procurador Metropolitano de Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, interpone recurso de casación respecto de la sentencia emitida el 14 de julio del 2009, a las 15h58, por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Quito, dentro del juicio especial de expropiación que sigue ese Municipio en contra de José David Paltán Camacho, María Paltán Ortiz, José David Paltán Ortiz, Amalia Inés Paltán Ortiz, Frederick David Elías Paltán y Lori Denise Elías Paltán, que aceptó el recurso de apelación presentado por la parte demandada y reformó el fallo del juez de primer nivel, declarando la expropiación parcial del inmueble de propiedad de los demandados ubicado en la parroquia Nayón del cantón Quito, a favor del Municipio Metropolitano de Quito, declarando como área afectada 2.534,68 m2 con los linderos que constan en el informe pericial de fs. 122 y estableció en U.S. \$ 108.991,24 más el 5% por afectación el valor que ese Municipio debe pagar en concepto de justo precio a los demandados por el bien expropiado, con deducción del valor consignado por la Municipalidad.- Por encontrarse el recurso en estado de resolver, al efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto se ha admitido a trámite por esta Sala el recurso de

hecho y por ende el de casación, mediante auto de 7 de enero del 2010, a las 10h15. - **SEGUNDA:** En el recurso de casación que obra de fojas 30 a 32 vta. del cuaderno de segunda instancia, el recurrente estima infringidas las siguientes disposiciones legales: Por falta de aplicación los Arts. 262, 273, 782, 783 y 789 del Código de Procedimiento Civil; de los Arts. 237, numeral 3, letra a) y 242 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal; y, el Art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.- Fundamenta su recurso en las causales primera y segunda del Art. 3 de la Ley de Casación.- De esta manera, el casacionista ha determinado los puntos a los que se contrae su recurso y sobre los que corresponderá resolver a este Tribunal de Casación, conforme el principio dispositivo previsto en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **TERCERA:** Acorde al orden lógico en que aconsejan la doctrina y la jurisprudencia en que se deben analizar y resolver las causales de casación, en el presente caso, corresponde en primer lugar referirse a la causal segunda, por errores "in procedendo", ya que se de ser procedente la acusación aquello conllevaría a que se declare la nulidad total o parcial del proceso, no siendo entonces necesario el análisis de las demás causales.- **3.1.-** La causal segunda contemplada en el Art. 3 de la Ley de la materia es la llamada por la doctrina "error in procedendo" que se produce cuando la sentencia ha sido expedida dentro de un proceso viciado de nulidad absoluta o insanable o provocado indefensión. La transgresión consiste, según señala la norma, en "la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente".- Esta causal, está dirigida a corregir la violación de normas adjetivas que pudiesen haber ocasionado la nulidad.- Dos son los principios que regulan la causal segunda de casación, el principio de especificidad, es decir, que las solemnidades sustanciales al proceso, cuya omisión ocasiona la nulidad, deben estar específica y puntualmente determinadas en la ley; y el de trascendencia, por el cual tal omisión de haber influido o podido influir en la decisión de la causa.- Este principio de trascendencia está consagrado en forma general para todos los procesos e instancias en los Arts. 349 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, cuando dispone que la nulidad, sea por omisión de solemnidades sustanciales o por violación de trámite anula el proceso. **3.2.-** Al acusar esta causal, se expresa en primer lugar que no se ha aplicado el Art. 262 del Código de Procedimiento Civil, pues el Tribunal ad quem no hizo uso de la facultad contenida en ese artículo, no nombró uno o más peritos a efecto de que practiquen un nuevo informe pericial, tendiente a que se presente un informe que cumpla con las disposiciones legales que rigen esta clase de peritajes, ya que los realizados fueron parcializados, ambiguos y poco claros y por ello la sentencia no está ajustada a derecho y a las normas legales que rigen la materia.- La disposición legal del Art. 262 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a la potestad del juez de designar nuevo perito cuando estimare que el peritaje es obscuro, así como a que el juez no está obligado a someterse al peritaje contra su convicción, siendo esta una potestad autónoma del juzgador de instancia; además esta norma se relaciona con la prueba pericial y su valoración, cuya infracción corresponde acusarla a través de la causal tercera de casación.- Además,

en lo fundamental, esta disposición no está relacionada con alguna de las solemnidades sustanciales para la validez del proceso de aquellas contempladas en el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, cuya omisión acarree la nulidad de la causa o la violación del trámite inherente a la naturaleza de la causa que hubiere influido en la decisión de la misma, conforme el Art. 1014 de ese Código.- **3.3.-** Que se ha dejado de aplicar el Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, provocando la indefensión de la Municipalidad e influyó en la decisión de la causa, ya que el Tribunal Superior no cumplió con la obligación contenida en esa norma de resolver únicamente los puntos en que se trabó la litis, fijando el precio del bien expropiado sobre la superficie expropiada, ya que en ningún momento los afectados reclamaron en la sede administrativa la corrección de área afectada a pagarse.- La disposición del Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, contiene la obligación del juez de pronunciarse exclusivamente sobre aquellos aspectos que han sido materia del litigio, dado el principio dispositivo que rige en el ámbito civil, un juez no puede, en sentencia, dar más allá de lo reclamado, ni dejar de pronunciarse sobre todos los puntos de la litis o decidir sobre aspectos que no fueron sometidos a su decisión.- La violación de esta norma está expresamente contemplada en la causal cuarta de casación que corresponde a: *“Resolución, en la sentencia o auto, de de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis.”*. Por tanto, la parte recurrente debió formular su acusación con fundamento en esa causal y no en la segunda, como equivocadamente sucede en este caso. **3.4.-** Acusa también la falta de aplicación del Art. 783 del Código de Procedimiento Civil, pues indica que esa norma dispone que la resolución de declaratoria de utilidad pública no podrá ser materia de discusión judicial, sin embargo la sentencia cuestionada modificó la resolución de declaratoria de utilidad pública al considerar que el área a pagarse fue de 2.534,68 m², cuando a la resolución resolvió que el área a pagarse es de 481,00 m²; entonces, dice el recurrente, que la Sala no tenía facultad y le está prohibido modificar la resolución y tenía que someterse a los datos técnicos de la misma reproducidos en la demanda y al haber omitido aplicar esta norma se causó un grave perjuicio al ordenar que el actor pague por una superficie mayor a la que debía pagar. La norma antes indicada dispone: *“La declaración de utilidad pública, para fines de expropiación, sólo puede ser hecha por el Estado y las demás instituciones del sector público, de acuerdo a las funciones que les son propias y siempre que tal declaración sea aprobada, cuando fuere del caso, por el ministerio respectivo.- La declaración de utilidad pública o social hecha por las entidades ya indicadas, para proceder a la expropiación de inmuebles, no podrá ser materia de discusión judicial, pero si en la vía administrativa.”* Al respecto esta Sala estima necesario diferenciar entre lo que es materia del juicio de expropiación y lo que constituye el acto administrativo que contiene la resolución de declaratoria de utilidad pública o interés social. Sobre lo primero, este Tribunal ha manifestado su criterio en el sentido que en el juicio de expropiación no solamente se discute la cantidad de dinero que debe pagarse por concepto del precio expropiado, sino también lo relativo al área o extensión a expropiarse, sus linderos, la situación de terceros arrendatarios o poseedores, los gravámenes que puedan pesar sobre el bien expropiado, la readquisición etc.; por todo ello, estima que los juicios de expropiación son de conocimiento y admiten el recurso de

casación, así lo ha expresado en este proceso en el auto de 7 de enero del 2010, a las 10h15, en el que admitió a trámite el recurso propuesto por el Municipio Metropolitano de Quito. Entonces, lo relacionado con el área a expropiarse, su cabida real y linderos si son materia del juicio de expropiación, tanto así que el Art. 787 del Código de Procedimiento Civil, dispone que: *“La demanda expresará el área de terreno cuya expropiación se pretende, así como la relación de esta área con todo el fundo, con indicación de las construcciones y plantaciones...”*. Otro caso es cuando se cuestiona la validez del acto administrativo que contiene la declaratoria de utilidad pública o interés social, como por ejemplo cuando se alega la nulidad del acto, en tal caso, compete su discusión en la vía administrativa, como dice la ley. Adicionalmente, se debe indicar que el Art. 783 del Código de Procedimiento Civil, no se refiere a la nulidad de las causas por omisión de alguna de las solemnidades sustanciales que deben reunir los juicios o a la violación de trámite inherente a la naturaleza de la causa, que hubiere quizá influido en la decisión de la misma, que conforme se indicó anteriormente, corresponden a los principios de trascendencia y especificidad que regulan la causal segunda de casación. **3.5.-** Con cargo en la causal segunda, finalmente se acusa la falta de aplicación del Art. 789 del Código de Procedimiento Civil, porque en la sentencia impugnada no se han resuelto las observaciones presentadas dentro del proceso por la Municipalidad, específicamente sobre el precio por metro cuadro y sobre la norma legal que obliga a entregar gratuitamente el cinco por ciento de la superficie total del terreno afectado, cuando se trata del ensanchamiento de vías. Este artículo dispone que en esa clase de juicios no se admitirá incidente alguno y todas las observaciones de los interesados se atenderán en sentencia, pero la acusación de recurrente no especifica cuáles son las observaciones que los juzgadores de instancia han omitido resolver. Además se como indicó anteriormente la referida disposición legal, no atañe a solemnidades sustanciales necesarias para la validez de los procesos judiciales ni constituyen violación de trámite inherente a la naturaleza de la causa que anule el juicio, por lo que en la acusación formulada, no están comprendidos los requisitos de trascendencia y especificidad necesarios para que opere la causal segunda de casación.- Sobre el tema de la nulidad, el tratadista Eduardo Couture, ha dicho: *“ No hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio. La antigua máxima Pas de nullité sans grief recuerda que la nulidad no tiene por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate, cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes. Sería incurrir en excesivas solemnidades y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aún aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica, ajena a sus actuales necesidades”* (, autor citado, Obra: Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, págs. 285 y 286). Por lo expresado, se desecha la acusación por la causal segunda de casación. **CUARTA:** A continuación corresponde analizar lo relativo a la causal primera de casación. **4.1.-** La causal primera de casación contemplada en el artículo 3 de la Ley de la materia es la llamada en la doctrina *“in iudicando”* por violación directa de la norma de derecho, cuando se imputa al fallo una

infracción por no haber subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido debidamente demostrados en el proceso, dentro de la hipótesis normativa contenida en una disposición legal sustantiva (indebida aplicación), ya sea porque se ha aplicado al caso una norma jurídica que no corresponde (falta de aplicación); porque no se aplicó al caso la norma jurídica que sí corresponde o porque se ha hecho una errónea interpretación de la norma de derecho o material desatendiendo su tenor lógico y literal (errónea interpretación). **4.2.-** Con fundamento en la causal primera la parte recurrente dice que existe falta de aplicación del Art. 242 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, lo que ha provocado un inmenso perjuicio patrimonial al Municipio, por cuanto la fecha en que se avalúa el bien es la fecha del informe pericial y no al tiempo de inicio del expediente de expropiación.- Revisada la sentencia, tenemos que el Tribunal ad quem sí aplicó expresamente tal norma legal (por lo que no existe el vicio de falta de aplicación) cuando en la sentencia dice: *“En el presente caso, el último informe pericial presentado por el ingeniero José Álvarez Palma se encuentra debidamente fundamentada e inclusive establece el valor del metro cuadrado a la fecha de expropiación del inmueble, esto es en el mes de mayo del 2005, al tiempo de iniciarse el expediente de ocupación, conforme lo manifiesta el Art. 242 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal...”*; como efectivamente lo hace dicho Tribunal cuando en la sentencia fija el precio unitario de cuarenta y tres dólares el metro cuadrado, con lo que queda evidenciado que sí se aplicó el precio al tiempo de la expropiación y no como afirma el recurrente a la fecha de elaboración del peritaje. **4.3.-** También se acusa la falta de aplicación del Art. 237, numeral 3, letra a) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, al ordenar el pago del 5% que tiene que cederse gratuitamente para una obra, que en este caso equivale a 2.052,70 m², ya que solo debía pagarse por un área de 481,98 m² de acuerdo a la resolución de expropiación; indicando que totalmente procedente la aplicación de esa norma ya que se trata de una afectación por ampliación de una vía ya existente la Av. Simón Bolívar para dar acceso al intercambiador que conecta con esa avenida, con la prolongación de la misma.- La disposición legal en mención dispone: *“Cuando se trate de ensanchamiento de vías y de espacios abiertos, libres o arborizados, o para la construcción de acequias, acueductos, alcantarillados, a ceder gratuitamente hasta el cinco por ciento de la superficie del terreno de su propiedad siempre que no existan construcciones...”*. Sobre el particular el Tribunal ad quem en el considerando Quinto de su fallo manifiesta que de los informes periciales presentados por dos de los peritos se establece que la obra materia de la expropiación es la apertura de la vía, mas no el ensanchamiento ni de alargamiento de, la misma, por lo que no es aplicable el criterio del Municipio de que el propietario está obligado a ceder un 5% del área total de 41.058,08m² que equivaldría a 2.052,07 m², pues se trata de la prolongación norte de la Av. Simón Bolívar.- Como en el caso anterior no procede acusar falta de aplicación de la disposición del Art. 237, numeral 3, letra a) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, si en realidad el Tribunal ad quem si la aplicó. El Tribunal de instancia, determinó que no procede la cesión gratuita de parte del terreno de propiedad de los expropiados, por cuanto la obra no corresponde a ninguno de los supuestos previstos en la disposición legal pertinente (ensanchamiento de vías, de espacios abiertos, para

acequias, etc.), conclusión a la que llega luego de valorar los informes periciales, facultad autónoma del juzgador de instancia, así lo ha dicho la ex Corte Suprema de Justicia al determinar que: *“La doctrina de Casación Civil atribuye a la soberanía del tribunal de instancia la apreciación de la fuerza probatoria de los distintos medios que no estén sujetos a tarifa legal. - Esta soberanía significa que el mérito valorativo que de tales medios desprenda el Tribunal de Instancia o su desestimación al considerarlas insuficientes para adquirir su convicción, pertenecen al criterio soberano del juzgador de instancia y no puede ser modificado por la Corte de Casación menos que se desconozca la evidencia manifiesta que de ellos aparezca”*. (Manuel Tama, El Recurso de Casación en la jurisprudencia nacional, Tomo 1, EDILEX S.A., Guayaquil, 2003, pág. 213); por tanto no corresponde a esta Sala el volver a valorar la prueba, menos aún si la acusación versa sobre la causal primera, pues aquella es de infracción directa de la norma, prescindiendo de los hechos. Por lo manifestado se desecha también el cargo por la causal primera de casación. **SEXTA:** Esta Sala estima necesario señalar que en cuanto al valor que debe pagarse como indemnización por expropiación de inmuebles, en primer lugar la Norma Suprema es categórica al expresar que se hará *“una justa valoración”*, esto es en equidad, un valor que no signifique una excesiva erogación para la entidad expropiante y un beneficio desmesurado para el expropiado, pero que tampoco pueda significar un pago irrisorio en perjuicio del expropiado. Existen varias disposiciones que orientan al juzgador en su tarea de fijar una justa valoración; así el Art. 786, numeral 3, del Código de Procedimiento Civil, establece que la demandante, debe acompañar a su demanda de expropiación, entre otros documentos un avalúo del fundo a expropiarse, al tiempo de iniciarse el expediente de expropiación, sin tener en cuenta la plusvalía que resulte como consecuencia directa del proyecto que motive la expropiación y sus futuras ampliaciones; en igual sentido, el Art. 242 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece que el avalúo se efectuara con arreglo al valor que los bienes tenga al tiempo de iniciarse el expediente de expropiación y que no se tendrá en cuenta la plusvalía que resultare como consecuencia directa del proyecto que motive la expropiación y sus futuras ampliaciones (estas disposiciones son muy similares); el Art. 788 del Código de Procedimiento Civil ordena, entre otros aspectos, a que el juez, en su primera providencia proceda al nombramiento de peritos, fijando un término dentro del cual deberá presentar su informe; finalmente, el Art. 791, inciso segundo de ese Código, dispone que para fijar el precio, el juez no está obligado al avalúo establecido por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, ni por las municipalidades.- Es necesario aclarar que a más de la ayuda que proporcionan al juez los documentos que se acompañan a la demanda y los estudios periciales, éste tiene que acudir a la sana crítica, a su buen saber y entender para determinar el valor por concepto de indemnización, considerando factores como el área a expropiarse, la calidad del suelo, las construcciones existentes, la ubicación del inmueble, el precio que éste tiene en el mercado, etc. - Por lo expuesto, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA**, no casa la sentencia emitida el 14 de julio del 2009, a las

15h58, por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Quito.- Sin costas, multas u honorarios que fijar.- Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional.

CERTIFICO:

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

En Quito, CUATRO de mayo de dos mil diez, a partir de las dieciséis horas con treinta y cinco minutos, notifiqué con la vista en relación y resolución que anteceden a: PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO por boleta en el casillero judicial No. 1200; al MUNICIPIO DE QUITO por boleta en el casillero judicial No. 1822; y, a JOSE PALTAN CAMACHO por boleta en el casillero judicial No. 3069.- Certifico.- Lo enmendado/ CUATRO/VALE.

CERTIFICO:

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

Las cuatro (4) copias fotostáticas que anteceden son iguales a sus originales, constantes en el juicio No. 889-2009 ER (Resolución No. 252-2010); que sigue Municipio de Quito contra José David Paltan Camacho, Mariah Paltan Ortiz, José David Paltan Ortiz, Amalia Inés Paltan Ortiz, Frederick David Elías Paltan y Lori Denise Elias Paltan.-

Quito, 09 de diciembre de 2010.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Sala Civil, Mercantil y Familia, Corte Nacional de Justicia.

No. 254-2010

JUICIO Nro. 142-2009 E.R.

ACTOR: Jorge Stanley Freile Moss

DEMANDADOS: Esther Jeannine Cuadros
Buenaventura Vda. De Freile y
Gustavo Francisco González Haro

JUEZ PONENTE: DR. CARLOS RAMIREZ ROMERO.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 03 de mayo de 2010, las 16h15,

VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional

de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-S1-CC. dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No.511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, el actor Ing. Com Jorge Stanley Freile Moss interpone recurso de casación impugnando el auto dictado por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el 4 de Junio del 2008, a las 16H50, que declara la nulidad de todo lo actuado en el juicio verbal sumario de nulidad de resoluciones de junta general de accionistas, que sigue contra Esther Jeanine Cuadros Buenaventura Vda. de Freile y Gustavo Francisco González Haro. Por ser el estado del recurso el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 19 de marzo de 2009, las 08H00, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitida a trámite. **SEGUNDA.-** El casacionista funda el recurso en la causal primera y estima que en el auto impugnado se infringen las normas de los Arts. 247 y 249 de la Ley de Compañías. **TERCERA.-** El Tribunal Ad quem, en el auto impugnado, expresa: “a) Según se desprende del libelo inicial, el Ing. Como Jorge Stanley Freile Moss, por sus propios derechos y por los que representa como Gerente General de la compañía Deportes & Textiles S.A. DEPORTEXSA, demanda nulidad de las resoluciones y/o acuerdos de la Junta General de Accionistas de dicha compañía, celebrada el 1 de septiembre del 2006, esto es, como que si nunca hubiese acontecido el acto que se discute, cuyas causales de acuerdo a la Ley de Compañías se encuentran regladas en el Art. 247: no determinándose en la aludida norma legal explícitamente la vía o trámite especial a seguirse, debiendo por tanto aplicarse lo que señala el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, que dice: “Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario”. De allí que deviene en errónea por parte del actor su petición de que a la demanda de “nulidad de resoluciones” se le dé el trámite verbal sumario establecido en el art. 249 de la Ley de Compañías, cuando la citada norma legal lo contempla únicamente en los casos de “Apelación de las decisiones de mayoría”. Al respecto, la Sala advierte: **3.1.** Los artículos 247 y 249 de la Ley de Compañías regulan relaciones jurídicas, en principio, diferentes, aunque, en ciertos casos, pueden tener las mismas causas. El Art. 249 ibidem regula la acción concedida a los accionistas de minoría para impugnar las decisiones de mayoría tomadas en junta general de accionistas; y, en su último inciso, establece que

estas acciones se sustanciarán en juicio verbal sumario. En este caso, las causales para la impugnación de resoluciones de mayoría son: la infracción de cláusulas del contrato social, que comprende los estatutos de la compañía; la infracción de preceptos legales, perjuicios a los accionistas minoritarios; o por otro cualquier concepto de “violación”. Entre la infracción a cláusulas del contrato y de preceptos legales, a que se refiere Art. 249, puede estar la de normas cuya violación produce la nulidad de resoluciones de junta general de accionistas que regula el Art. 247 ibidem; pero, en cambio, no todas las causas de impugnación contempladas en el 249 se basan en la violación de normas que producen nulidad de las resoluciones. El Art. 247 de la Ley de Compañías establece las causas de nulidad de las resoluciones de junta general de accionistas, y como expresa el Tribunal Ad quem, en esta norma no se determina la vía o trámite especial para la acción de nulidad, por lo que debe aplicarse las normas generales.

3.2.- Por lo expuesto en el numeral anterior, la cuestión que se debe analizar y decidir es la relacionada con el trámite en que debe ejercerse la acción de nulidad de las resoluciones de junta general de accionistas de una compañía anónima. Al respecto, la Sala advierte que de conformidad con lo previsto en el Art. 1 de la Ley de Compañías, la constitución de compañías implica la asociación de personas que unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades; es decir que, las compañías se constituyen para “emprender en operaciones mercantiles”; y, según lo dispuesto por el Art. 828 del Código de Procedimiento Civil, están sujetos al trámite del juicio verbal sumario “los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial”, Además, las relaciones jurídicas que generan las compañías están inmersas en el Derecho Societario, que integra el Derecho Mercantil. En el caso subjuice se debe tener presente también que la demanda pretende “la nulidad de las resoluciones y/o acuerdos a la Junta General de Accionistas Deportes & Textiles S.A. DEPORTEXSA, celebrada el 1 de septiembre del 2006, por ser contrarias a la Ley”, con fundamento en las siguientes disposiciones de la Ley de Compañías: Art. 215, que establece el derecho de los accionistas, que representen por lo menos la cuarta parte del capital social, de impugnar los acuerdos de las juntas generales, entre otras causas, cuando “no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o el estatuto social” y dispone que “se ejercitará este derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 249”. Art. 216 que establece las siguientes reglas para el trámite de la acción de impugnación: a) “La acción de impugnación de los acuerdos o resoluciones a que se refiere el artículo anterior deberá ejercitarse en el plazo de treinta días a partir de la fecha del acuerdo o resolución”. b) “No queda sometida a estos plazos de **caducidad la acción de nulidad de los acuerdos contrarios a la ley**” (lo resaltado es de la Sala); c) “Las acciones se presentarán ante la Corte Superior del domicilio principal de la compañía” (Reformado por el Código Orgánico de la Función Judicial. R.O. No. 544 de 9 de marzo de 2009; d) La demanda en estas acciones se tramitará “**verbal y sumariamente**”; e) “Las acciones serán deducidas por una minoría que represente por lo menos la cuarta parte del capital social”. Ar. 233, que establece que las juntas generales de accionistas, ordinarias o extraordinarias, se reunirán en el domicilio principal de la compañía, salvo el caso de junta universal; en caso contrario serán nulos. Art. 236, que establece reglas sobre la

convocatoria a junta general de accionistas en la compañía anónima, entre otras, que debe hacerse en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la compañía “y por los demás medios previstos en los estatutos”. Art. 247, numeral 2, que dispone que las resoluciones de la junta general serán nulas... “2 Cuando se las tomare con infracción de lo dispuesto en los artículos 233, 236 y 238”. Por lo expuesto, no existe la violación de trámite que aduce el Tribunal Ad quem, por lo que se acepta el recurso. Por las consideraciones que anteceden, con sustento en lo dispuesto por el Art. 75 de la Constitución de la República sobre tutela efectiva de los derechos de las personas, y lo previsto por el Art. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia casa el auto pronunciado por la Segunda Sala de lo Civil Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el 4 de junio de 2008, las 16H50; y, en consecuencia, se ordena devolver el proceso para que el Tribunal de Instancia lo sustancie debidamente.- Notifíquese.-

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional.

CERTIFICO:

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

En Quito, cuatro de mayo de dos mil diez, a partir de las dieciséis horas con treinta minutos, notifiqué con la vista en relación y resolución que anteceden a: DEPORTEXSA por boleta en el casillero judicial No. 1607; y a ESTHER CUADROS BUENAVENTURA por boleta en el casillero judicial 3867 de su anterior su anterior defensor y en casillero No. 5691 de su actual defensor.- Certifico.- Lo enmendado /cuatro/ VALE.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, a 21 de Junio de 2010, las 16H15.

VISTOS (142-2009-ER): El Ing. Jorge Freile Moss, por sus propios derechos y como representante legal de la compañía DEPORTES Y TEXTILES DEPORTEXSA S.A. en escrito de siete de mayo del dos mil diez, a las quince horas cincuenta minutos, respecto del auto expedido por esta Sala el 3 de mayo del 2010, a las 16h15, solicita que esta Sala, al haber casado el auto de nulidad dictado por el Tribunal ad quem, proceda a dictar sentencia de merito sobre el fondo de la litis; o en subsidio de aquello, se lo amplíe, indicando que la remisión del proceso no es para que se lo sustancie nuevamente, sino para que se dicte sentencia, toda vez que ese era el estado de la causa al momento de expedirse el auto impugnado en casación.- Al respecto, el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, dispone: La jueza o juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla...”, y el

Art. 282 ibidem determina que la “aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido resolver sobre frutos, intereses o costas..”. Sobre el primer punto, cabe señalar que cuando se casa un auto que declaró la nulidad del proceso, éste queda insubsistente; por tanto, el juicio vuelve a su estado anterior, para que sea el juzgador de instancia quien dicte sentencia de mérito y resuelva sobre lo principal, sin que a este Tribunal de Casación le corresponda tal tarea, pues, de hacerla, alteraría su auto, lo que está expresamente prohibido por la ley. El punto materia de la ampliación ha sido resuelto con lo indicado anteriormente.- Notifíquese.-

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional.

CERTIFICO:

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

En Quito, veinte y dos de junio de dos mil diez, a partir de las diez horas; notifico con el auto que antecede que antecede a: DEPORTEXSA S.A. por boleta en el casillero judicial No. 1607; y a ESTHER CUADROS BUENAVENTURA por boleta en el casillero judicial No. 5691.- Certifico.-

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

CERTIFICO:

Las cuatro (4) copias fotostáticas que anteceden son iguales a sus originales, constantes en el juicio No. 142-2009 ER (Resolución No. 254-2010); que sigue Jorge Stanley Freile Moss contra Esther Jeannine Cuadros Buenaventura Vda. De Freile y Gustavo Francisco González Haro.

Quito, 09 de diciembre de 2010.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Sala Civil, Mercantil y Familia, Corte Nacional de Justicia.

No. 256-2010

JUICIO Nro. 045-2005 Ex 2da. k.r.

ACTOR: Efraín Floresmilto Sacoto Salazar.

DEMANDADA: Angeles Nivelto Atariguana.

Ponente: Dr. Manuel Sánchez Zuraty.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, a 4 de mayo de 2010; las 09H00.

VISTOS. Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo del 2009; en el numeral 4, literales a) y b), del apartado IV, DECISIÓN, de la Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre del 2008, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia tomada en sesión de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de Enero del 2009; y, los artículos 184 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de casación.- En lo principal, el actor Efraín Floresmilto Sacoto Salazar, en el juicio ordinario por demarcación de linderos planteado contra Ángeles Nivelto Atariguana, deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, el 7 de septiembre de 2004, a las 08h40 (fojas 21 a 23 del cuaderno de segunda instancia) que acepta el recurso de apelación y declara con lugar la demanda y, su negativa de aclaración y ampliación de 22 de septiembre de 2004, las 10h50 (foja 28 del cuaderno de segunda instancia). El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, las normas señaladas en la parte expositiva del presente fallo y la distribución en razón de la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 22 de diciembre de 2008, publicada en Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009. El recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite mediante auto de 31 de enero de 2006, las 15h10. **SEGUNDO.-** En virtud del principio dispositivo contemplado en el Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, son los recurrentes quienes fijan los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación. **TERCERO.-** El peticionario considera infringidas las siguientes normas de derecho: Artículos 273, 277, 278, 279, 280, 285 y 286 del Código de Procedimiento Civil. La causal en la que funda el recurso es la cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. **CUARTO.-** La causal cuarta opera cuando existe resolución, en la sentencia, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis. Esta causal recoge los vicios de ultra petita y de extra petita, así como los de citra petita o mínima petita. Constituye ultra petita cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio cuando se decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de extra petita. La justicia civil se rige por el principio dispositivo, en consecuencia el que los Jueces y Tribunales al resolver, deben atenerse a los puntos que se les ha sometido oportuna y debidamente a la decisión o sea en los términos en que quedó trabada la litis. Esto es, que solo en la demanda y en la contestación a la demanda, se fijan definitivamente los términos del debate y el alcance de la sentencia. En materia civil, siempre que se trate de

conocer si hay identidad entre una sentencia y una demanda, el factor determinante es la pretensión aducida en ésta y resuelta en aquella, pues que en la demanda se encierra la pretensión del demandante. El principio de la congruencia, delimita el contenido de la sentencia en tanto cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia.- **4.1.-** En el libelo del recurso el peticionario dice que “el 7 de diciembre de 1993, he concurrido ante el Juez Noveno de lo Civil del Azuay, con sede en la ciudad de Gualaceo, indicando: He indicado que el inmueble de mi propiedad colinda por uno de los costados con terrenos de la señora Ángeles Niveló Atariguana, la misma que desconociendo los linderos reales se ha penetrado hasta mis terrenos; causándome perjuicio; sin que esta ciudadana quiera llegar a ningún acuerdo con el objeto de dar por terminados los problemas, ni ha permitido poner los mojones o construir el cerramiento respectivo en la parte que lindera con ésta (...) el Señor Juez Noveno de lo Civil, señala día y hora para que se lleve a cabo la diligencia de Apeo y deslinde, misma que se lleva a cabo el día 15 de septiembre del 2000 a las 15h05, cuya acta corre de fajas 33, 33 vta, 34 y 34 vta, de autos, en la que claramente se observa que en la parte superior de mi propiedad, desde donde aún existe un chaguarquero, hasta dar con la carretera que va a Zhiquil, existen vestigios de los trece postes que servían de lindero entre mi propiedad y la de los demandados y que fueron destruidos por estos últimos en el año de 1993.- El particular es corroborado con el informe pericial presentado que corre a fajas 44 y 45 de autos, en cuyo plano se observa claramente la ubicación del chaguarquero y los trece vestigios de los postes que separan mi propiedad de la de los demandados; así mismo en el numeral 5 de dicho informe pericial, el perito textualmente indica: 'También se puede apreciar claramente por toda la extensión de la colindancia con los herederos de Tomasa Saquicela la existencia de lo que fue 13 postes de hormigón armado que han sido en su totalidad destruidos, estos 13 puntos se pueden ver en el plano adjunto y designados con las letras A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L y M'.- Con la documentación presentada dentro del término de prueba adjunta al escrito que obra de fajas 55, se corrobora lo manifestado por el señor perito y lo observado durante la diligencia de apeo y deslinde.- Luego durante la inspección efectuada a petición de los demandados, en fecha 29 de marzo del 2001 a las 09h05, cuya acta obra de fajas 77, 77 vta, 78 y 78 vta, nuevamente el Juez Noveno de lo Civil anota al momento de hacer las observaciones por parte del juzgado: 'En la parte superior y a la distancia de unos ciento cincuenta metros aproximadamente también existen vestigios de un camino peatonal que se dice conduce a Zhiquil'.- Finalmente el perito al presentar su ampliación al informe anterior, mediante documento que obra de fajas 93 hasta 99 de los autos inclusive, informa al juzgado documentadamente sobre las características de mi propiedad, así consta de los planos que obran de fajas 96 y

98 de los autos; finalmente concluye: 'Me ratifico completamente en el informe anteriormente presentado'-. Concluye explicando que “No obstante haber dejado en claro desde la demanda y con las pruebas documentales actuadas que obran de fajas 53, 53 vta, 54 y 54 vta, y testimoniales que obran de fajas 34 vta, 35, 35 vta y 36 de los autos, así como los informes periciales a los que se ha referido, el lindero que debe ser demarcado o reestablecido es el situado en la parte lateral superior de su propiedad, pero que la Sala ad quem dicta la sentencia el 7 de septiembre del 2004 a las 08h40, indicando que el lindero que separa nuestras propiedades es el camino que consta en el informe pericial de fs. 93 a fs. 99, disponiendo en consecuencia el restablecimiento de dicho lindero, es decir la Sala resuelve la fijación de un lindero que no es materia de litigio.”; que la Sala ad quem, en su sentencia, no ha tomado en cuenta el libelo inicial y los artículos 273, 277, 278, 279, 280 del Código de Procedimiento Civil, y que posteriormente cuando se solicitó la ampliación y aclaración de la sentencia, la Sala no aclaró ni amplió la misma, por lo que ha incumplido lo establecido en los artículos 285 y 286 del Código de Procedimiento Civil, por todo lo cual considera que la Sala ad quem no ha resuelto de conformidad a los artículos 273 y 277 del Código de Procedimiento Civil, es decir no ha resuelto el punto sobre el cual se trabó la litis y que es la fijación del lindero a un costado de su propiedad en la parte que colinda con los demandados. - **4.2.-** La causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación exige el cotejamiento entre las pretensiones de la demanda y el fallo recurrido. El actor en su demanda dice lo siguiente: “El indicado inmueble colinda por uno de los costados con terrenos de la señora Ángeles Niveló Atariguana, la misma que desconociendo los linderos reales se ha penetrado hasta mis terrenos, causándome perjuicio; sin que esta ciudadana quiera llegar a ningún acuerdo con el objeto de dar por terminado los problemas, quien no deja poner los mojones o realizar el cerramiento respectivo en la parte que lindera con ésta. Pues se han perdido los linderos pre-existentes debido al tiempo y años que han transcurrido, y a la introducción de la señora Ángeles Niveló Atariguana, en tierras de mi propiedad. Por lo expuesto y de conformidad a lo que establecen los artículos 677 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, acudo ante usted y demando a la ciudadana Ángeles Niveló Atariguana, la demarcación de linderos, demanda que lo propongo como jefe de la sociedad conyugal formada con mi esposa la señora Josefina García”. - Por su parte, el Tribunal ad quem, en la parte pertinente del fallo impugnado expresa: “QUINTO. En la especie se aprecia diáfano que el lindero que separa el bien del actor con el de los demandados, habría desaparecido o se habría obscurecido, y por esa razón es que concurre avisando que ‘se han perdido los linderos preexistentes debido al tiempo’ por lo que demanda a su conlindante Ángeles Niveló Atariguana ‘la demarcación’ que, entendido en el contexto de la demanda corresponde al restablecimiento. Y, de las constancias del proceso se encuentra que, el lindero que está a punto de desaparecer es el camino que separa las propiedades del demandado y de los accionados. Por lo dicho, esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca, ADMINISTRANDO JUSTICIA..., acepta el recurso de apelación y declara con lugar la demanda de apeo y deslinde, determinando que, el lindero que separa las propiedades de los litigantes es el camino conforme que consta en el informe pericial de fs. 93 a fs.

99, disponiendo en consecuencia el restablecimiento de dicho lindero".- **4.3.-** Del cotejamiento entre las pretensiones de la demanda y la parte resolutive de la sentencia, se establece que el Tribunal ad quem juzga dentro de la litis, porque se está refiriendo especial y señaladamente al lindero entre accionantes y accionados; el hecho que en el análisis de la prueba se haya encontrado un camino casi desaparecido, que no lo menciona el actor en su demanda, no significa que ese fallo sea extra petita, porque esta constatación pertenece a la fijación pericial de los hechos en base a la valoración de la prueba que han hecho los juzgadores. Es necesario recordar que para que opere la causal cuarta debe existir el vicio extra petita, entre las pretensiones de la demanda y la parte resolutive de la sentencia, pero la causal no tiene como objeto analizar la prueba pericial para fijar nuevamente hechos, que como en el presente caso ha establecido la existencia de un camino antiguo. Motivos por los cuales no se acepta el cargo. Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa el fallo dictado por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, el 7 de septiembre de 2004, a las 08h40; y, su negativa de aclaración y ampliación de 22 de septiembre de 2004, las 10h50.- Entréguese el monto total de la caución a la parte perjudicada por la demora.- Sin costas.- Léase y notifíquese.-

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional.

Certifico:

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

En Quito, a cinco de mayo de dos mil diez, a partir de las quince horas, notifiqué con la vista en relación y resolución que antecede a: EFRAIN SACOTO SALAZAR, por boleta en el casillero judicial No.36; a ROSENDO CORDOVA NIVELLO, por boleta en el casillero judicial No. 71.

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

CERTIFICO:

Que las cinco copias que anteceden son tomadas de su original, constante en el juicio No.045-2005-Ex.2da.k.r (Resolución No.256-2010), que por demarcación de linderos sigue: EFRAIN FLORESMILO SACOTO SALAZAR contra ANGELES NIVELLO ATARIGUANA.- Quito, 9 de diciembre de 2010.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia.

No. 262-2010

JUICIO Nro. 021-2008- k.r.

ACTORES: Ramón Orlando Loor Acosta y Elsa Argentina Bravo Macías

DEMANDADA: Banco del Pichincha C. A.

Ponente: Dr. Carlos Ramírez Romero.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, a 4 de mayo de 2010, las 14H45.

VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No.511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, en el juicio ordinario que por cancelación de hipoteca y daños y perjuicios seguido por los cónyuges Ramón Orlando Loor Acosta y Elsa Argentina Bravo Macías contra el BANCO DEL PICHINCHA C.A., Sucursal Portoviejo, la parte demandada interpone recurso de casación impugnando la sentencia de mayoría expedida por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, con fecha 31 de octubre del 2007, a las 11h35, que desecha el recurso de apelación interpuesto, confirma la sentencia del juez de primera instancia y condena al demandado Banco del Pichincha C. A. al pago de daños y perjuicios.- Por encontrarse el recurso en estado de resolver, al efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto el mismo ha sido admitido a trámite por la Corte de Casación, mediante auto de 2 de abril del 2008, a las 15h40. **SEGUNDA.-** En el recurso de casación, que obra de fojas 8 a 13 del cuaderno de segundo nivel, interpuesto por el Dr. César Palma Alcívar, en su calidad de Procurador Judicial del demandado, Banco del Pichincha C.A., se estiman infringidas las disposiciones de los Arts. 113, inciso primero, 114, 117, 320, 323, 325, 328, 334, 273, 276, 296 numeral uno, 835, 346, numerales tercero y cuarto, 344, 349 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; el Art. 2336 del Código Civil; y, los Arts. 192 y 24 numeral 17 de la Constitución Política de la República (de 1998).- Fundamenta el recurso en la causal segunda del Art. 3 de la

Ley de Casación, por falta de aplicación de normas procesales. **TERCERA.-** En la fundamentación del recurso de casación, el recurrente arguye: **3.1.-** Que los actores en esta causa demandaron la cancelación de la hipoteca abierta que otorgaron a favor del Banco del Pichincha C.A.; se oficie a la Superintendencia de Bancos a efecto de que sus nombres sean excluidos en la Central de Riegos; y, se les indemnice por los daños y perjuicios causados, demanda que la propusieron solicitando se cite a Marlon Vargas Gómez, Gerente de la Sucursal Portoviejo del citado Banco. Indica que, de su parte, al recibir la demanda y auto recaído en ella, interpuso varias excepciones, entre ellas falta de derecho de los actores, ilegitimidad de personería del demandado, negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, diversidad de acciones e inexistencia de dolo que genere el pago de daños y perjuicios. Añade que de acuerdo con las normas contenidas en los Arts. 113, inciso primero, 114 y 117 del Código de Procedimiento Civil, los actores no han justificado que no son deudores del Banco del Pichincha, pues se trata de una hipoteca abierta para afianzar obligaciones presentes o futuras y tampoco han justificado los daños que les hubiere irrogado el hecho de no haberse levantado la hipoteca. Que de su parte, con la certificación del Registro Mercantil del cantón Portoviejo, han probado que Marlon Vargas no era representante legal del Banco del Pichincha C. A., justificando su excepción de ilegitimidad de personería del demandado. **3.2.-** Señala que en atención a la excepción de ilegitimidad de personería del demandado, no se han aplicado las normas de los Arts. 346, numerales tercero y cuarto, 344, 349 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha provocado la nulidad del proceso, porque en el proceso se ha contado con una persona distinta a quien es el Gerente General del Banco del Pichincha C.A., hecho que no ha sido subsanado. **3.3.-** Que el Art. 320 del citado Código, establece los recursos permitidos por la ley y entre ellos el de apelación; que los actores no apelaron de la sentencia de primera instancia, en consecuencia no es aplicable para ellos por haberse ejecutoriado la sentencia y allanado a la misma. Que, por su parte, como el demandado interpuso recurso de apelación de conformidad con el Art. 328 del Código de Procedimiento Civil, en la parte que declaraba o liberaba la garantía hipotecaria; por lo que en la sentencia de primera instancia fueron atendidos todos los puntos solicitados por los actores y en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, esta fue rechazada por falta de prueba; de tal manera que no es legal que se condene al Banco del Pichincha C.A. al pago de daños y perjuicios si los actores no apelaron de la sentencia y el juez de primera instancia resolvió todos los puntos de la litis. **3.4.-** A continuación añade el recurrente que el Art. 2336 del Código Civil establece cuáles son las causas por las que se extingue una hipoteca, entre ellas la extinción de la obligación principal, por la llegada del día hasta la cual fue constituida y por la cancelación del acreedor, pero ninguna de éstas han sido demostradas por los actores, razón por la cual no es procedente que se ratifique lo ordenado por el juez de primer nivel. **3.5.-** Que según los Arts. 273, 276, 296 numeral uno y 835 del Código de Procedimiento Civil, relativos a la sentencia, aquella debe decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis, los cuales fueron evacuados y atendidos por el juez de primera instancia, por lo que según el Art. 296 de ese Código, la sentencia se ejecutorió para los actores por no haber recurrido de ella, por lo que no cabía que los juzgadores de segunda instancia

se pronuncien sobre un hecho que les había sido negado en primera, referente a la indemnización de daños y perjuicios. Finaliza señalando que en consecuencia, se han violado también las normas de los Arts. 192 y 24 numeral 17 de la anterior Constitución, pues expresa el recurrente que como consecuencia de las normas infringidas se le ha causado indefensión y se ha violado el debido proceso, por cuanto, conforme dichas normas constitucionales, el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia que hará efectivas las garantías al debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad, etc., y el derecho de toda persona a acceder a los órganos judiciales y obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en ningún caso quede en indefensión. **CUARTA.-** Cuando se aduce violación de normas constitucionales en el recurso de casación, corresponde en primer término ya que tales preceptos contienen normas jerárquicamente superiores que prevalecen sobre las demás normas secundarias del ordenamiento jurídico de menor jerarquía, conforme lo dispone el Art. 424 de la actual Constitución de la República, cuando señala que aquella es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficacia jurídica; tanto más que cuando se acusa la violación de normas constitucionales implica un cargo de gran importancia y trascendencia social, pues de ser fundamentado, la sentencia impugnada carecería de valor y eficacia jurídica. **QUINTA.-** Como queda expresado, se acusa la violación de los preceptos constitucionales que determinan que el proceso judicial no es un fin en sí mismo, sino un medio que sustancialmente busca la realización de la justicia, haciendo efectiva las garantías al debido proceso (Art. 192 de la anterior Constitución), así como el derecho de las personas no solo a acceder a los órganos jurisdiccionales, sino a obtener de aquellos una tutela efectiva, imparcial y expedita, es decir, que las resoluciones judiciales deberán ceñirse con exactitud a los hechos y a la normatividad jurídica; principios que constituyen garantías básicas del sistema procesal y un pilar de las decisiones de las juezas y jueces que imparten justicia (Art. 24, numeral 17 de la anterior Constitución). En la especie, los actores no solo demandaron, se proceda a la cancelación de la hipoteca abierta constituida en garantía al Banco demandado, sino el pago de daños y perjuicios que se les ha ocasionado con la negativa a otorgar la minuta de cancelación para inscribirla en el Registro de la Propiedad; en tanto que el Banco del Pichincha C.A., sucursal Portoviejo, al contestar la demanda y proponer excepciones, expresó que no ha existido una actitud dolosa que genere el pago de daños y perjuicios. El juez de primera instancia, admitió la demanda en cuanto a lo primero, esto es, la orden de que se cancele la hipoteca, pero negó el pedido de indemnización de daños y perjuicios por falta de prueba. En segunda instancia, el Tribunal de Apelación, en su fallo de mayoría, ratificó el fallo de primera instancia reformándolo en cuanto condena al Banco del Pichincha C.A., a la indemnización por daños y perjuicios irrogados a los actores, por haber mantenido injustificada e ilegalmente la hipoteca sobre el bien de la demanda. La garantía hipotecaria motivo de ésta acción es una hipoteca abierta que no asegura determinada obligación, sino todas aquellas deudas, presentes o futuras que el otorgante contraiga a favor del acreedor y, si bien el

Código Civil, no define expresamente el concepto de hipoteca abierta, en su Art. 2315 sí establece que la hipoteca podrá otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda y correrá desde que se la inscriba; en consecuencia, podrá asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario, sin determinar en forma específica los créditos asegurados, ni los plazos o condiciones, pues depende de la principal; lo contrario ocurre con la hipoteca cerrada o el contrato de mutuo hipotecario, que, una vez extinguida la obligación principal, también desaparece la garantía accesorio, que es la hipoteca, pues se aplica el aforismo “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. Entonces, ante la falta de cancelación de la hipoteca abierta, no caben daños y perjuicios por el mero hecho de mantener vigente esta clase de garantías, sino cuando se demuestra que pese al pedido del deudor, el acreedor se negó a hacerlo y con ello se produjeron daños concretos, precisos y determinados, como el hecho de haber perdido un negocio por no poder celebrar un contrato de compraventa sobre inmueble hipotecado en razón de este gravamen. Es indudable que la sentencia recurrida incurre en este error de apreciación, califica y admite el pago de daños y perjuicios solo por la circunstancia de no haberse cancelado la hipoteca abierta, sin que los actores hayan demostrado la existencia de un daño en concreto, de un lucro cesante y un daño emergente determinados que sea consecuencia directa de la omisión del demandado, como cuando se ha perdido un negocio para la venta del bien hipotecado por existir esa garantía; además, lo que es más grave aún, al dictar la sentencia en tal sentido, aquella no está motivada, pues las resoluciones judiciales para estar motivadas deben sustentarse en los hechos y en las normas jurídicas aplicables a los antecedentes que se juzgan según lo determina el Art. 76, numeral 7, literal l) de la actual Constitución, al enunciar los principios que rigen para garantizar el derecho a la defensa de las personas, expresando claramente que la falta de motivación acarrea la nulidad del fallo judicial.

SEXTA.- Es necesario indicar que si bien el recurrente invoca la causal segunda de casación que establece: “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.”; al sustentar el recurso ha expresado que la sentencia que impugna reconoce el pago de daños y perjuicios pese a que la parte actora no ha demostrado este reclamo y que además no se determinan los mecanismos para establecer y liquidar esos daños.- Al respecto, el Art. 140 del vigente Código Orgánico de la Función Judicial dispone que “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”, por lo que en base a esta norma la Sala de Casación estima que ha existido violación de la disposición contenida en el Art. 276 del Código de Procedimiento Civil, la cual invoca el recurrente, dejando en claro que no se va más allá del petitorio ni se está fundando la decisión en hechos diversos de los que han alegado las partes, porque el hecho cierto alegado es que de autos no obra prueba alguna que demuestre la existencia de daños y perjuicios para los actores. De otra parte, es necesario señalar que, conforme lo

dispone el Art. 426 de la Constitución, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. En el presente caso, como ya se indicó anteriormente, existe violación a la garantía constitucional al debido proceso que se halla prevista en el Art. 76, numeral 7, literal l) de la actual Constitución (Art. 24, numeral 13 de la anterior), relativa al requisito de fundamentación de las resoluciones de los poderes públicos, por lo que se casa la sentencia antes referida y consecuentemente, se debe dictar sentencia de mérito, conforme lo dispone inciso primero del Art. 16 de la Ley de Casación que dice: “ Si la Corte Suprema de Justicia encuentra procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiere, y por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto.”, esta Sala procede a dictar sentencia de mérito, para cuyo efecto considera: **SEPTIMA.- 7.1.-** Este Tribunal es competente para resolver la presente causa, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en los Arts. 1 y 16 de la Ley de Casación. **7.2.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que haya influido o pudiere influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez del proceso. **7.3.-** Ramón Orlando Loor Acosta y Elsa Argentina Bravo Macías, comparecen a juicio y demandan al Banco del Pichincha C.A., Sucursal Portoviejo, señalando que en el mes de noviembre de 1997 fueron beneficiarios de un crédito por parte de ese Banco, para garantía del cual otorgaron hipoteca abierta a favor del acreedor respecto de un inmueble de su propiedad, según escritura pública celebrada el 12 de noviembre de 1997 ante el Notario Cuarto del cantón Portoviejo, inscrita en el Registro de la Propiedad de ese cantón el 17 de iguales mes y año. Que fueron demandados por el Banco del Pichincha C.A. en juicio ejecutivo para el cobro de una deuda contraída con esa Institución, por lo que, dentro de ese juicio procedieron al pago de capital e intereses, por lo que la Jueza Tercera de lo Civil de Manabí declaró concluido ese juicio y dispuso su archivo. Que en varias ocasiones se han acercado al Banco en mención para solicitar la cancelación de la hipoteca que pesa sobre el bien inmueble de su propiedad, petición que no ha sido atendida lo que les ha ocasionado un grave perjuicio económico al no poder realizar operaciones de crédito ni transacciones comerciales, por lo que concurren a demandar al Banco del Pichincha C.A., sucursal Portoviejo para que en sentencia se ordene la cancelación de la referida hipoteca; se oficie a la Central de Riesgos para que sus nombres sean retirados del listado que consta en la Superintendencia de Bancos, el pago de daños y perjuicios, costas procesales y honorarios de su defensor. Admitida a trámite la demanda por el Juez Primero de lo Civil de Manabí, se procedió a citar a la parte demandada quien comparece a juicio y propone la siguientes excepciones: 1.- Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.- 2. Ilegitimidad de personería del demandado.- 3. Falta de derecho del actor.- 4 Diversidad de pretensiones de los actores.- 5. Que no existe actitud dolosa del Banco del Pichincha C. A. que motive el pago de daños y perjuicios. 6. Finalmente, que no se han cumplido las normas de los Arts. 71 y 72 del Código de Procedimiento Civil (codificación vigente a esa época); además reconviene a los actores al

pago de US\$ 2.500,00 por obligarlos a litigar.- El juez de primera instancia en sentencia de 18 de mayo del 2006, a las 09h31, aceptó la demanda en cuanto a los dos primeros aspectos y negó el pago de daños y perjuicios por falta de prueba, así como la reconversión planteada. En virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la causa pasó a conocimiento de la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, la misma que en fallo de mayoría desechó ese recurso y ratificó la sentencia recurrida, disponiendo además que se pague a los actores los daños y perjuicios ocasionados por la negativa del Banco a cancelar la hipoteca. **7.4.-** De conformidad con lo que dispone el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en juicio y que ha negado el reo y al demandado, probar su negativa, si contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.- Los actores han solicitado y actuado las siguientes diligencias probatorias: a) Las declaraciones testimoniales que obran de fojas 44 y 44 vta. del cuaderno de primera instancia; b) Copia certificada del juicio ejecutivo No. 45-2001, tramitado ante el Juzgado Tercero de lo Civil de Manabí, seguido por El Banco del Pichincha C. A. contra Ramón Olando Loor Acosta y Elsa Argentina Bravo Macías, que obran de fojas 52 a 123 del cuaderno de primer nivel; y, c) Oficio No. IRP de 29 de noviembre del 2005 suscrito por el Intendente Regional de Portoviejo de la Superintendencia de Bancos, mediante el cual remite el Reporte Único de la Central de Riesgos. La parte demandada presenta el oficio No. 028-RMP de 26 de julio del 2005, suscrito por la Registradora Mercantil del cantón Portoviejo en el que certifica que con fecha 20 de agosto de 1999 se encuentra inscrito el nombramiento del Gerente de la Sucursal Portoviejo del Banco del Pichincha C. A. a nombre del Mónica Vera Cedeño el mismo que fue reemplazado el 23 de abril del 2004, por Marlos Luis Vargas Gómez (sic); y que también consta inscrito el nombramiento de Edmundo Sandoval Córdova como Gerente Regional Costa Centro de ese Banco, con representación legal, judicial y extrajudicial de ese Banco en Manabí, documento que obra de fojas 139 del cuaderno de primer nivel. **7.5.-** Respecto de la excepción de ilegitimidad de personería del representante del Banco del Pichincha C.A., es necesario indicar que si bien en el libelo inicial de la demanda, los actores solicitaron se cite con aquella a Marlon Vargas Gómez, en calidad de Gerente de la Sucursal Portoviejo del Banco del Pichincha C.A., la razón del citador que obra de fojas 11 del cuaderno de primer nivel, no hace ninguna observación al respecto, por el contrario, señala que procedió a citar al “BANCO DEL PICHINCHA C.A. SUCURSAL PORTOVIEJO”. Además, lo más importante, a la presente causa es que comparece Antonio Acosta Espinosa, en su calidad de Gerente General y representante legal de la entidad demandada, por intermedio de su Procurador Judicial, Dr. César Enrique Palma Alcívar, conforme lo justifica con la copia certificada de la procuración judicial otorgada el 27 de junio del 2001 ante el Notario Trigésimo Cuarto del cantón Quito (fs. 12 a 17 del cuaderno de primer nivel); quien ha contestado la demanda y propuesto excepciones, actuado prueba, apeló de la sentencia de primera instancia, etc., lo que demuestra que el demandado, Banco del Pichincha C. A., ha ejercido a plenitud su derecho a la defensa, siendo el procurador un legítimo representante; no se aprecia que se haya violentado

una de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, determinada en el Art. 346, numeral 3ero. del Código de Procedimiento Civil, que sea causal suficiente para la nulidad de la causa conforme la norma del Art. 344 ibídem. Para que exista ilegitimidad de personería en el proceso, se requiere que la persona carente de representación legal haya actuado en la causa a nombre de otro.- La Ex. Corte Suprema de Justicia sobre el tema ha señalado: “TERCERO.- Pero aún en la hipótesis de que Patricia Cobos Peña hubiera deducido la acción a nombre y en representación de sus hijos menores, la misma habría sido inepta y no habría podido prosperar; 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 “legitimatío 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...” (Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 2840). **7.6.-** Por su parte, los actores han demostrado tener cancelada la obligación crediticia con el Banco del Pichincha, conforme las copias certificadas del juicio ejecutivo No. 45-2001, tramitado ante el Juzgado Tercero de lo Civil de Manabí; así como también consta en la Central de Riesgos con calificación “E”, por obligaciones adeudadas y no pagadas reportadas por el Banco del Pichincha C.A.. Por su parte, el demandado, ante la negativa de los fundamentos de la demanda y la excepción de falta de derecho de los actores, no ha probado que aquellos tengan otras obligaciones pendientes con ese Banco.- Finalmente, no se ha demostrado los supuestos daños y perjuicios de los actores por la negativa del Banco demandado a cancelar la hipoteca abierta otorgada a su favor. Por lo expuesto, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia,

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, de 31 de octubre de 2007, a las 11h35, y en su lugar dicta la de mérito ratificando en todas sus partes el fallo del juez de primera instancia.- Intervenga en la presente causa el Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator de esta Sala.- Sin costa, multa u honorarios que fijas.- Notifíquese y devuélvase.-

f) Dr. Manuel Sánchez Zuraty; Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero; Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto; Juez Nacional.

Certifico:

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

En Quito, a cinco de mayo de dos mil diez, a partir de las quince horas, notifiqué con la vista en relación y resolución que antecede a: RAMON LOOR ACOSTA y Otra, por boleta en el casillero judicial No.4029; a BANCO DEL PICHINCHA, por boletas en los casilleros judiciales Nos. 3223 de su anterior defensor y 3424 de su actual defensor.

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

CERTIFICO:

Que las nueve copias que anteceden son tomadas de su original, constante en el juicio No.21-2008-k.r (Resolución No.262-2010), que por daños y perjuicios sigue RAMON ORLANDO LOOR ACOSTA y ELSA ARGENTINA BRAVO MACIAS contra BANCO DEL PICHINCHA C.A..-Quito, 9 de diciembre de 2010.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Sala de lo Civil Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia.

No. 269-2010

JUICIO Nro. 194-2009-ER.

ACTOR: Eduardo Bonilla Vásquez

DEMANDADO: Francisco Ortiz Naranjo por sus propios derechos y los que representa de la Ciudad Comercial El Bosque

Ponente: Dr. Manuel Sánchez Zuraty.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 10 de mayo de 2010, las 17H15.

VISTOS: (194-2009ER) Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo del 2009; en el numeral 4, literales a) y b), del apartado IV, DECISIÓN, de la Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre del 2008, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia tomada en sesión de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de Enero del 2009; y, los artículos 184 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de casación. En lo principal, el actor Eduardo Bonilla Vásquez, en el juicio ordinario por daños y perjuicios materiales y daño moral planteado contra Francisco Ortiz Naranjo por sus propios derechos y por los que representa de Ciudad Comercial El Bosque, deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 12 de junio de 2008, a las 14h50 (fojas 78 a 81 del cuaderno de segunda instancia), que desecha el recurso presentado, rechaza la demanda y reconvenición por falta de prueba. El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, las normas señaladas en la parte expositiva del presente fallo y la distribución en razón de la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 22 de diciembre de 2008, publicada en Registro Oficial No. 511 de 21 de enero 2009. El recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite mediante auto de 30 de julio de 2009, las 15h20. **SEGUNDO.-** En virtud del principio dispositivo contemplado en el Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, son los recurrentes quienes fijan los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación. **TERCERO.-** El peticionario considera infringidas las siguientes normas de derecho: Artículos 115, 131, 207, 273, 276 del Código de Procedimiento Civil. Artículos 1571, 1572, 1730, 2214, 2217, 2229, 2232 del Código Civil. Art. 24 de la Constitución de 1998. Las causales en la que funda el recurso son la primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **CUARTO.-** La causal tercera se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Esta causal permite casar el fallo cuando el mismo incurre en inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; el recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el

Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado sistema de casación puro. En el caso de la causal tercera, la configuración de la llamada "proposición jurídica completa", en el supuesto de la violación indirecta, requiere que se señale: a) la norma relativa a la valoración de la prueba que ha sido inaplicada, indebidamente aplicada o erróneamente interpretada; y, b) la norma de derecho sustantivo que, como consecuencia del vicio en la aplicación de la norma de valoración de la prueba, ha sido equivocadamente aplicada o inaplicada. Para integrar la proposición jurídica completa conforme lo requiere esta causal, se deben: a) citar las normas relativas a la valoración de la prueba que el tribunal de instancia ha infringido (aplicado indebidamente, omitido aplicar o interpretado erróneamente), en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada; y, de ser del caso, citar los principios violados de la sana crítica en los casos en los cuales se aplica la misma; y, b) citar las normas sustantivas infringidas (aplicación indebida o falta de aplicación) como consecuencia del yerro en las normas y principios reguladores de la prueba, requisito indispensable para la integración de la proposición jurídica completa y para la procedencia del cargo al amparo de la causal tercera, porque no basta que en la sentencia haya vicio de derecho en la valoración probatoria sino que es indispensable este otro requisito copulativo o concurrente. **4.1.-** El recurrente indica que el medio de prueba que no ha sido aplicado o valorado es la confesión judicial a la que fue llamado el demandado ingeniero Francisco Ortiz Naranjo; que la norma procesal sobre valoración de la prueba que ha sido violada está contenida en el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil; que el Juez inferior llamó a confesar al ingeniero Francisco Ortiz Naranjo por tres ocasiones: 1º, para el 2 de octubre del 2001 a las 15 horas mediante providencia del 26 de julio del mismo año (foja 108 vuelta); 2º, para el 4 de marzo del 2002 a las 15 horas, mediante providencia del 8 de enero del 2002 (foja 115 vuelta); y, 3º, para el 30 de mayo del 2002, a las 15 horas, mediante providencia del 10 de abril del 2002 (foja 116 vuelta); que la ley prevé que solamente se puede llamar a rendir confesión a cualquiera de las partes por dos ocasiones y si no comparece en la segunda y última convocatoria, la persona llamada a confesar será tenida o declarada confesa; que así lo disponen los artículos 127 y 131 del Código de Procedimiento Civil; que el ingeniero Ortiz Naranjo no compareció a las convocatorias señaladas para los días 2 de octubre del 2001 y 4 de marzo del 2002; que como consecuencia de lo anterior, el juez inferior debió declarar confeso al demandado ingeniero Francisco Ortiz Naranjo al tenor del pliego de preguntas presentado para el efecto y al amparo de las invocadas disposiciones; que, en su lugar, no obstante sus reiteradas prevenciones, el juez inferior volvió a convocar por tercera ocasión al ingeniero mencionado, llamándolo a confesar para el día 30 de mayo del 2002, sin que tampoco haya concurrido; que esta última convocatoria era de nulidad absoluta, pero como había faltado a las dos primeras convocatorias que sí eran válidas, el juez declaró confeso al demandado al tenor del pliego de preguntas formulado para que las respondiera, según consta de la providencia expedida el 13 de enero del 2003, que obra a fojas 126 vuelta del cuaderno de primera instancia; que sin embargo, lo inédito y absurdo del caso, es que el cuestionario de preguntas de la confesión ficta, no obstante

el mandato del juez en tal sentido que consta en la misma providencia mencionada, no consta agregado al proceso; dice que esta anómala situación que impidió al juez y a los Ministros Jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito, resolver con autos completos y con la valoración de todas las pruebas aportadas, ha ocasionado que los mencionados falladores (sic) de instancia se vieran en la imposibilidad jurídica de formar la premisa menor del silogismo judicial de que esta constituida la sentencia o sea, la determinación de la situación fáctica concreta que debe subsumirse en la hipótesis contemplada en la norma legal; que al fallar de esta manera, con autos diminutos, violaron las normas legales contenidas en los artículos 273, 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil porque no fueron aplicados; que si el Tribunal de Instancia hubiese examinado el pliego de la confesión ficta habría llegado a la inobjetable conclusión del reconocimiento por parte del demandado, de la comisión del hecho ilícito que origina el reclamo indemnizatorio; que cuando se analizaron las pruebas, no se consideró ni se estudió la confesión ficta del ingeniero Ortiz Naranjo, porque en caso contrario se hubiesen percatado de la falta en el expediente del pliego de preguntas formulado por su parte; pero que ahí no termina este absurdo episodio procesal -dice-, porque resulta que el ingeniero Francisco Ortiz Naranjo, si compareció a rendir confesión judicial, como consta a fojas 120 de los autos de primera instancia, pero del examen de dicha confesión, "nos damos cuenta que el ingeniero Ortiz rinde su declaración de parte respondiendo al cuestionario de preguntas que él había presentado para que yo prestara confesión judicial. Dicho en otras palabras, Ortiz Naranjo respondió a las preguntas que él había formulado para que yo, Eduardo Bonilla, las respondiera"; que tampoco respecto de esta burda confesión del ingeniero Ortiz, consta en los autos el pliego de autopreguntas formuladas por el demandado, irregularidad que no fue observada por el Tribunal de instancia; que cuando una prueba que debió ser valorada de forma completa, no lo ha sido por el juez, se ha atentado contra el derecho a la defensa de la parte perjudicada, principio consagrado en el Art. 24 de la Constitución; que identifica la norma sustantiva o material que no ha sido aplicada por consecuencia del yerro en la valoración probatoria, que es el Art. 1730 del Código Civil, que señala la fuerza probatoria indiscutible de la confesión judicial rendida por parte legítima en el proceso. **4.2.-** Revisado el proceso se encuentra que, a fojas 108 del cuaderno de primera instancia el actor, Arq. Eduardo Bonilla Vascones, solicita la comparecencia del demandado, Ing. Francisco Ortiz Naranjo para que rinda confesión judicial; la petición es atendida mediante providencia de 26 de julio del 2001, las 11h00, para que el confesante comparezca el 2 de octubre a las 15 horas, con el objeto que confiese "al tenor del interrogatorio presentado el mismo que será calificado al momento de la diligencia" (sic). A fojas 115 el actor solicita que en vista de que el demandado no ha confesado, se lo convoque por segunda vez; la petición es atendida mediante providencia de 8 de enero del 2002, las 10h00, señalándose el día 4 de marzo del 2002, a las 15 horas, para que el demandado comparezca a confesar. A fojas 116 el demandado Ing. Francisco Ortiz Naranjo presenta un escrito pidiendo nuevo señalamiento para rendir la confesión judicial, "ya que por ser empresario mi tiempo es limitado" (sic); esta solicitud es atendida mediante providencia de 10 de abril de 2002, a las 09h00, volviéndose a señalar la

diligencia para el 30 de mayo de 2002, a las 15 horas. A fojas 120 del cuaderno de primera instancia, consta el acta de la diligencia de confesión judicial rendida por el demandado Carlos Francisco Ortiz Naranjo, quien rinde confesión judicial y contesta 8 preguntas, pero no consta de autos el interrogatorio respectivo, sin embargo, a fojas 122, el Juez de Primera Instancia dicta la providencia de 10 de septiembre de 2002, las 09h59, en la cual indica que “la confesión que ha rendido el señor Carlos Francisco Ortiz Naranjo, se la ha realizado con el interrogatorio presentado por el mismo demandado por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 1067 del Código de Procedimiento Civil, por haber violación de trámite, se declara la nulidad de lo actuado a partir de fs. 120, y se vuelve a señalar para el día dieciséis de octubre del presente año a las quince horas, para que Carlos Ortiz Naranjo, rinda la confesión judicial, al tenor del interrogatorio presentado por el actor, bajo prevenciones legales. Vuélvase a cerrar el pliego de preguntas formulado por el demandante”. A fojas 125 vuelta, el Juez de primera instancia dicta la providencia de 22 de octubre 2002, las 09h08, en la que señala la diligencia para el 26 de noviembre de 2002, a las 15 horas, para que el demandado “rinda su confesión judicial al tenor del interrogatorio presentado” (sic). A fojas 126 el actor pide que se declare confeso al demandado por no haber rendido la confesión judicial, solicitud que es atendida mediante providencia de 13 de enero del 2003, a las 09h12 (página 126 vuelta que a la letra dice: “... declárase confeso al Ing. Francisco Ortiz Naranjo, por no haber comparecido a rendir su confesión judicial pese al segundo señalamiento, declaratoria que se la hace al tenor de todas y cada una de las preguntas a él formuladas; una vez ejecutoriada esta providencia se incorporará al expediente el cuestionario”.

4.3.- Esta Sala de Casación considera que la declaratoria de confeso es una prueba ficta que depende enteramente del interrogatorio que ha sido formulado, y que la falta del interrogatorio, que no consta del expediente, impide al Juez valorar esta prueba, incurriendo en falta de aplicación del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, que establece la obligación del juez de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, y del Art. 131 del mismo cuerpo legal que confiere al juez libre criterio para dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto; vicio que se evidencia en el hecho que en las sentencias de primera y segunda instancia los juzgadores omiten absolutamente referirse a la declaratoria de confeso del demandado y a la desaparición del pliego de preguntas, que según las diferentes providencias de señalamiento de día y hora, antes descritas, sí constaban en autos. Esta anomalía también atenta contra las garantías del debido proceso, reconocidas en el Art. 24 de la Constitución Política de 1998, vigente a la época, que en el numeral 10 establece el derecho a la defensa, que ha sido alegado por el casacionista, que establecía que “nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento”, y que también consta en el literal a) del numeral 7, del Art. 76 de la Constitución vigente de 2008; motivos por los cuales se acepta el cargo. **QUINTO.-** Debido a que existe motivo para casar la sentencia, de conformidad a la norma del Art. 16 de la Ley de Casación, esta Sala procede a expedir la que corresponde. **5.1.-** A fojas 3 del expediente de primera instancia comparece el Arq. Eduardo Bonilla Váscones, con su demanda en la que manifiesta que en calidad de arrendatario ocupa los locales

No. 001 y 002 que forman parte del Complejo Comercial denominado “Ciudad Comercial El Bosque”, construido y sometido bajo el Régimen de Propiedad Horizontal y que está ubicado en la Avenida El Parque y Edmundo Carvajal de la ciudad de Quito, locales “en los que mantengo mi negocio denominado “Casa Bredol”, dedicado a la venta y exhibición de muebles desde hace algunos años, dirigido por una Jefa de Ventas y un empleado, en razón de que el asiento principal de mis negocios lo mantengo en la ciudad de Guayaquil, lugar en donde resido”; que en su calidad de arrendatario se sustituye por ley, en todas las obligaciones y derechos que le asisten al arrendador-propietario, estando obligado al pago de los gastos de administración, conservación, reparación, reposición y mejora de los bienes comunes; que en la mañana del 6 de julio de 1999, el Administrador del complejo comercial Ing. Francisco Ortiz Naranjo, excediendo y abusando de las atribuciones que en razón de su cargo le confiere el Reglamento Interno del Centro Comercial, se presentó personalmente en los locales 001 y 002 que ocupa “Casa Bredol” y procedió arbitrariamente y sin el consentimiento ni permiso de nadie, a cerrar las puertas del negocio, para obligarle de esa manera al pago de los gastos comunales que por la difíciles circunstancias económicas que a la sazón sufría el país, mantenía en mora, y para ello desalojó a los empleados y clientes que allí se encontraban, y terminó colocando al negocio nuevas seguridades y candados para impedir el libre acceso de personas y muebles a su interior; que el indicado hecho ilegal se mantuvo por cerca de un año, en que por gestiones del propietario-arrendador de los locales, economista Marcelo Totoy Alvaro, se logró la reapertura de “Casa Bredol” a fines del mes de abril del 2000, a base de acceder el compareciente a entregar al referido Administrador Ing. Ortiz Naranjo, el manejo y control de su negocio, para que con el producto de las ventas de los muebles que el Administrador mantenía en su poder, pudieran cobrarse los adeudos por gastos comunales, intereses y multas, lo cual tuvo lugar hasta el 11 de septiembre del 2000, fecha en que recibió su negocio luego de ser obligado a aceptar una exagerada liquidación de los valores adeudados; que de acuerdo con sus cálculos, debieron quedar pagadas las obligaciones con el Centro Comercial y que además le quedaría un saldo remanente para pagar sus cuentas con acreedores, pero que no ocurrió así porque dolosamente en la indicada liquidación se incluyeron rubros que ya estaban cubiertos, y se le exigieron el pago de elevados valores por concepto de honorarios profesionales de acciones judiciales que nunca se iniciaron; que por este motivo no pudo pagar los cánones de arrendamiento al Econ. Marcelo Totoy, que condujo a una transacción por la cual los muebles se encuentran en el interior de los locales arrendados en calidad de prenda, con todas las restricciones que esto significa para el negocio. Con estos antecedentes indica que se le ha causado daño material, por el cierre intempestivo, unilateral, abusivo y sin fundamento legal de su negocio, realizado por el mencionado administrador, pues mantuvo por más de un año encerrados en el interior de los locales que ocupa Casa Bredol, sin permitir sacarlos o negociarlos, muebles finos cuyo valor global excedía la suma de US \$ 100.000, suma que superaba con creces los adeudos de Casa Bredol con la administración del Centro Comercial, a lo cual debe agregarse el hecho que en calidad de arrendatario estaba obligado a pagar las pensiones de arrendamiento correspondientes, así como las alícuotas y expensas

ordinarias y extraordinarias del condominio, con sus intereses, a lo que se agrega la imposibilidad de vender él mismo los muebles y de que algunos negocios convenidos se frustraron como consecuencia de la indicada clausura. Adicionalmente demanda daño moral, porque los descritos hechos (la arbitraria clausura del negocio y la imposibilidad de poder vender por cuenta propia y las acciones judiciales que tales circunstancias generaron) produjeron un evidente descrédito comercial en la empresa, desvalorización de su imagen y su nombre en el mercado y provocando consecuentemente en el compareciente afectación espiritual, moral y síquica, y en general humillación, ofensa, angustia y ansiedad, esto es, afectación a sus bienes extrapatrimoniales. Motivos por los cuales demanda daño material que comprende el daño emergente por el monto de los muebles guardados improductivamente por más de un año, más el monto de las pensiones de arrendamiento que pagó a su arrendador durante ese mismo lapso, y el lucro cesante consistente en los ingresos no devengados durante el mismo tiempo de la clausura por existir imposibilidad de vender por sí mismo los muebles de Casa Bredol; y, demanda indemnización por daño moral o sufrimientos síquicos debidos a la humillación, ofensa, angustia y ansiedad que provocó en su persona el acto de clausura de su negocio y sus consecuencias judiciales, daños causados también en el crédito y la buena fama de Casa Bredol; además reclama el pago de costas incluyendo el honorario de su abogado. **5.2.-** Una vez citado legalmente, el Ing. Francisco Ortiz N., a fojas 8, contesta la demanda indicando que el actor Eduardo Bonilla, en su calidad de arrendatario de los locales comerciales 001-02, del Centro Comercial El Bosque, asumió todas las obligaciones establecidas en el régimen de propiedad horizontal, entre estas el pago de las expensas ordinarias y extraordinarias acordadas por las asambleas de copropietarios; que por no haber cumplido sus obligaciones el 14 de abril de 2000, procedió a demandar al accionante solidariamente con el propietario de dicho centro comercial, Econ. Marcelo Totoy Alvaro, el pago de las expensas, causa que es conocida por el Juez Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha, quien califica la demanda y ordena el secuestro de todos los bienes y enseres que se encuentran al interior de dicho local comercial; que en el 6 de abril de 1999, tomó posesión como administrador del Centro Comercial El Bosque, y entre las primeras novedades encuentra que el mencionado local se encuentra cerrado; que semanas después, la Empresa Eléctrica Quito procedió a retirar el medidor de electricidad que corresponde a las instalaciones de Casa Bredol por el no pago de dicho servicio, lo que fue puesto en su conocimiento por los guardias del centro comercial, al carecer de este servicio, los empleados del establecimiento procedieron a cerrar el local comercial y así permaneció hasta fines de abril del 2000 ya que por solicitud del propio accionante por intermedio del economista Marcelo Totoy propietario del local y después, personalmente en la administración del Centro Comercial, solicitó que con la finalidad de hacer abrir su local comercial se le ayudase entregándole fluido eléctrico de áreas, comunales del Centro Comercial y supervisando las ventas que realice la vendedora del local, ya que según supo manifestar desconfiaba de ellas por residir en la ciudad de Guayaquil; que por eso se accedió a ayudarlo con el compromiso que con el producto de las primeras ventas se paguen las obligaciones económicas que mantenía para con el Centro Comercial, para lo cual se procedió a instalar electricidad

de las áreas comunales, porque el medidor de energía eléctrica fue retirado por los personeros de la Empresa Eléctrica Quito, a mediados de 1999. Dice que la administración del centro comercial El Bosque demandó solidariamente en vía ejecutiva a Eduardo Bonilla, su cónyuge y al Econ. Marcelo Totoy, en su calidad de propietario del local comercial, al pago de lo adeudado por concepto de alicuotas de administración, que el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha que conoció la causa ordenó el secuestro de los bienes y enseres de propiedad del demandado que se encuentran en el local comercial Casa Bredol, particular que se puso en conocimiento del señor Bonilla quien solicitó que no se ejecute dicha acción judicial y procedió a realizar la propuesta antes mencionada. Que el 18 de mayo acordaron con el señor Bonilla reabrir el local comercial con las siguientes condiciones: 1.- Que el centro comercial entregara el fluido eléctrico a Casa Bredol y que por tratarse de servicio de áreas comunales, se le facturará el consumo en cada Planilla de gastos administrativos; 2.- El Ec. Bonilla contrata a Livia Vargas para que administre el local comercial denominado casa Bredol. El Centro Comercial, con la finalidad que se cumplan con los horarios de apertura y cierre del local así como el cumplimiento de sus obligaciones económicas, supervisa a la señorita el cumplimiento de sus obligaciones; 3.- El Centro Comercial hizo las gestiones para actualizar el RUC, porque carecía de él; 4.- Ante el no cumplimiento del Ec. Bonilla del pago de los arriendos del local comercial, el Econ. Marcelo Totoy, procede a secuestrar los bienes y muebles que se encontraban en el local, procediendo a cerrar el local por orden de su propietario Econ. Marcelo Totoy, pese a que por injerencia del mismo propietario se ayudó al Ec. Bonilla abrir nuevamente. Por estar negociados varios muebles y el comprador iba a retirar los mismos, se consiguió que no ingresen al inventario del secuestro, siendo retirados del local comercial, ya que según órdenes del propietario del local los bienes secuestrados iban a quedar al interior de dicho local comercial, bajo responsabilidad del propio Totoy y del Depositario Judicial, quienes procedieron a poner las seguridades del caso y que según tiene entendido dicha medida cautelar se encuentra vigente hasta la fecha en que contesta la demanda. Que con estos antecedentes interpone las siguientes excepciones: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda ya que no existe causa alguna para que se la haya formulado; 2.- Falta de derecho del accionante; 3.- Improcedencia de la acción planteada; 4.- Falta de legítimo contradictor; 5.- Inexistencia de daño moral, ya que la administración del Centro Comercial obró en estricto derecho y con las limitaciones impuestas por la Ley. Subsidiariamente reconviene al actor el pago de US \$ 884.15 que se encuentran impagos por concepto de administración y de las alicuotas que se venzan hasta la total cancelación de lo adeudado, intereses, daños y perjuicios, costas procesales, honorarios de la defensa y costas procesales. **5.3.-** De fojas 11 a 15 vuelta, consta la contestación a la reconvenición, indicando que no reúne ni en el fondo ni en la forma los requisitos de procedibilidad que permitan su admisión al trámite, porque resulta improcedente plantear una reconvenición como subsidiaria del éxito o fracaso de las excepciones deducidas, por lo que niega que exista reconvenición por falta de requisitos esenciales de fondo y de forma, y que se desestime esta oposición, niega los fundamentos de hecho y de derecho de la reconvenición. **5.4.-** La junta de conciliación se realiza el

18 de junio de 2001, las 09h09, diligencia en la cual las partes no llegaron a un avenimiento. **5.5.-** Dentro del término de prueba, el actor Eduardo Bonilla Váscones, mediante escrito que obra a fojas 45 de primera instancia, reproduce y ratifica todo cuanto de autos le fuere favorable; reproduce los fundamentos de hecho y derecho de la contestación y en las excepciones deducidas; reproduce como prueba a su favor la exposición e intervención de su defensor Dr. Hugo Guzmán en la junta de conciliación; impugna, redarguye de falsos y objeta la legitimidad de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por el Ing. Francisco Ortiz, Administrador de Ciudad Comercial El Bosque, en su escrito de contestación a la demanda, incluidas las excepciones; adjunta copia del Reglamento Interno de Ciudad Comercial El Bosque; acompaña sendos certificados (5 fojas útiles) emitidos por diferentes personas naturales que acreditan que es persona honorable, de conocida trayectoria profesional, dedicado a la venta y distribución de muebles finos en todo el país desde hace muchos años; acompaña en cuatro fojas útiles la liquidación remitida a su persona por el Ing. Francisco Ortiz Naranjo, Administrador de Ciudad Comercial El Bosque, cortada al 11 de septiembre del 2000; acompaña copia de las letras de cambio y los cheques (7 fojas útiles) con los que dice demostrar que tales documentos de comercio fueron cancelados por parte de la compradora María Amada Quiancha Caiza directamente al Centro Comercial; incorpora copia de la demanda ejecutiva (2 fojas) presentada contra su persona y de su cónyuge para reclamar el pago de alcúotas y expensas adeudadas al condominio por una cuantía de ochenta millones de sucres, con fecha de presentación posterior al cierre de Casa Bredol; acompaña copia de la demanda presentada en su contra por Marcelo Totoy Alvaro (su arrendador) en el Juzgado 12 de lo Civil de Pichincha (22 fojas útiles) para el cobro de las pensiones de arrendamiento adeudadas por todo el periodo en que el local de Casa Bredol permaneció cerrado; acompaña copia del acta transaccional celebrada con Marcelo Totoy Alvaro que contiene la prenda de los muebles de su propiedad para avalar el compromiso de pagar a Marcelo Totoy los canones de arrendamiento adeudados durante el periodo del cierre de Casa Bredol, con anexos en 9 fojas que incluye copias de dos cartas remitidas a su arrendador que se relacionan con la forma de pago de la deuda comprometida con Marcelo Totoy; acompaña cartas suscritas por diferentes personas que acreditan que el local de Casa Bredol se encontraba cerrado por cuenta y orden de la Administración del Centro Comercial El Bosque; acompaña copia de los contratos de arrendamiento (fojas) que suscribió con el arrendador de los locales señor Marcelo Totoy, que cubre el periodo durante el cual fue cerrado el negocio arbitrariamente por la Administración del Centro Comercial; acompaña certificado de la Empresa Eléctrica Quito por el periodo que va de enero de 1999 a mayo del 2000 (3 fojas) con el cual acredita que el medidor de Casa Bredol no fue retirado sino el 17 de abril del año 2000, es decir, mucho tiempo después de lo afirmado por el Ing. Ortiz en su contestación a la demanda. A fojas 105 consta la petición que realiza el actor Eduardo Bonilla, para la comparecencia de testigos Alredo Enderica Negrete y Dantón Borja Quimi. El demandado Ing. Francisco Ortiz Naranjo, dentro del término de prueba, a fojas 106, solicita que se reproduzca y tenga como prueba de su parte todo cuanto de autos le fuera favorable, de manera especial la contestación a la demanda; impugna y redarguye de falsa toda la prueba actuada y la que llegue

actuar el actor; impugna y redarguye de falsa la documentación que agregue y que llegue a agregar el actor; tacha a los testigos que presente o llegue a presentar el actor; pide que se oficie al Juzgado Cuarto de lo Civil de Pichincha con la finalidad de que remitan copias certificadas del proceso ejecutivo signado con el No. 424-2000, dentro del cual se ordenó el secuestro de los bienes y enseres de propiedad del demandado que se encuentran en el interior de Casa Bredol; que se señale día y hora para que se recepte confesión judicial del actor Arq. Eduardo Bonilla. A fojas 108 obra la petición del Arq. Eduardo Bonilla para que el Ing. Francisco Ortiz rinda confesión judicial. A fojas 115 consta la petición del Arq. Eduardo Bonilla para que el Ing. Francisco Ortiz comparezca a rendir la confesión en calidad de segundo señalamiento porque no ha comparecido en el anterior señalamiento. A fojas 120 consta el acta de confesión judicial rendida por Carlos Francisco Ortiz Naranjo, pero no consta el pliego de preguntas; a fojas 122 obra la providencia judicial de 10 de septiembre del 2002, las 09h59, mediante la cual el Juez a quo declara la nulidad de lo actuado a partir de fojas 120, y vuelve a señalar día para la confesión judicial, porque la confesión rendida por Carlos Francisco Ortiz Naranjo se ha realizado con el interrogatorio presentado por él mismo demandado; a fojas 126 vuelta consta la providencia dictada por el Juez a quo mediante la cual declara confeso al demandado Francisco Ortiz Naranjo por no comparecer a rendir confesión judicial en el segundo señalamiento, pero no consta el interrogatorio de preguntas. El Juez de primera instancia dicta sentencia el 15 de marzo del 2004, las 15h35, desechando la demanda por improcedente al no haberse demostrado los fundamentos de hecho y de derecho de la acción, y también rechaza la reconvenición por no haberse justificado, sentencia que es apelada por el actor. **5.6.-** En segunda instancia, de fojas 3 a 6 el apelante fundamenta el recurso. A fojas 15 vuelta consta el acta de junta de conciliación en la que las partes no llegan a avenimiento alguno por la rebeldía del demandado. En el término de prueba, el Arq. Eduardo Bonilla Váscones, mediante escrito que obra a fojas 23 y vuelta, solicita que se reproduzca todo cuanto de autos le fuera favorable, en especial la demanda; reproduce los fundamentos de hecho y de derecho con los cuales se dio contestación a la reconvenición; impugna, redarguye de falsos y objeta la legitimidad de los argumentos expuestos por la parte demandada en su contestación; reproduce a su favor los documentos probatorios aportados durante la primera instancia; reproduce los testimonios rendidos en la primera instancia por Raúl Alfredo Enderica y Danton Borja Quimi ante el Juez Décimo de lo Civil de Guayaquil; solicita testimonio de Arturo Ycaza Vega y Ab. Martín Insua Chang, conforme al interrogatorio que presenta; acompaña documentos que muestran el inventario de los bienes que se encontraban en el interior del local que ocupaba Casa Bredol en el Centro Comercial El Bosque. A fojas 31 se encuentra el escrito de prueba presentado por Patricia Yépez Jiménez, en calidad de actual administradora de Ciudad Comercial El Bosque, en el que reproduce todo cuanto de autos le fuera favorable; impugna la prueba que presente o llegare a presentar el actor, por falsa, ilegal, antijurídica y fuera de la verdad; tacha a todos y cada uno de los testigos que presente o llegare a presentar la parte actora por ser falsos, imparciales, y desconocedores de la verdad; que se fije los costos de traslado de los testigos que van a declarar en la ciudad de Guayaquil, de acuerdo al Art. 227 del Código de Procedimiento Civil; impugna y

redarguye de falsos los documentos de inventario que presenta el actor, ya que habla de bienes entregados a Marcelo Totoy, que no es parte en éste juicio; en el supuesto de que no sea aceptada su petición del numeral 4, que se agregue el interrogatorio de repreguntas para los testigos Arturo Ycaza Vega y Martín Insua Chang; que se señale día y hora para los testimonios de William Fabián Nepas Churuchumbi y Rodrigo de la ***Cruz Sandoval, conforme al interrogatorio que adjunta; a fojas 45 consta el testimonio*** de Martín Alberto Insua Chang; a fojas 46 obra el testimonio de Arturo Gerardo Icaza Vega; a fojas 54 Patricia Yépez Jiménez, en calidad de actual administradora de Ciudad Comercial El Bosque, solicita que se agregue al proceso tres declaraciones juramentadas de Rodrigo de la Cruz Sandoval, William Fabián Nepas, Carlos Ortiz Naranjo, realizadas ante el notario Dr. Gonzalo Román. A fojas 78 consta la sentencia de segunda instancia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Quito, el 12 de junio de 2008, a las 14h50, en la que se desecha el recurso presentado, se rechaza la demanda y la reconvenición planteadas por falta de prueba. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **5.7.-** En la tramitación del presente juicio no se han omitido solemnidades sustanciales ni se ha violado el trámite, por lo que se declara la validez del proceso. **5.8.-** De conformidad con el Art. 1572 del Código Civil, la indemnización de perjuicios materiales 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, y las de daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV del Código Civil. Por su parte, el Art. 1573 dispone que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención. Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta (Art. 2229 *ibídem*). También demanda daño moral que esta reglado en el Art. 2232 que dispone que podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta; dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. En el presente caso, corresponde al actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo; el demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa (Art. 113 Código de Procedimiento Civil), pero cada parte esta obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley (Art. 114 *ibídem*). El actor demanda indemnización de daño material y de daño moral, para resarcir el acto lesivo provocado por el ilícito de cerrar arbitrariamente los locales 001 y 002, a nombre de "Casa Bredol", en el centro comercial "Ciudad Comercial El Bosque", de la ciudad de Quito; de tal manera que el acto

ilícito para ser probado es esta clausura de los locales comerciales, el 6 de julio de 1999, por el Administrador del Complejo Comercial Ciudad El Bosque, Ing. Francisco Ortiz Naranjo. Para el efecto, el actor presenta en primera instancia el testimonio de Alfredo Enderica, que obra a fojas 112, al responder a la pregunta b) que dice: "Diga el testigo cómo es verdad y le consta que el 6 de julio de 1999, en horas de la mañana, el Administrador de Ciudad Comercial El Bosque Ing. Francisco Ortiz Naranjo, procedió en forma arbitraria a cerrar y clausurar las puertas de mi negocio denominado Casa Bredol en la Ciudad Comercial El Bosque, Quito", responde que sabe de estos hechos por cuanto "yo era cliente de casa Bredol en Quito, en la compra de muebles para una adecuación de un departamento que estaba haciendo en esa fecha en Quito, fui al local para perurgir la entrega de los muebles que había adquirido y me encontré con que el local estaba cerrado, al preguntar a un vecino que era empleado de Créditos Económicos o algo así, le pregunté que es lo que había pasado y me dijo que el local había sido cerrado por orden de la administración del Centro Comercial"; al contestar a la pregunta d), que dice "Diga el testigo cómo es verdad que dicho cierre arbitrario y abusivo (la clausura de Casa Bredol) ha causado perjuicios morales a la imagen personal y a la condición de comerciante y constructor de muebles del Arq. Bonilla", explica que si es verdad porque el comentario de los vecinos era de que lo habían embargado por orden judicial sin embargo el local había sido cerrado por la Administración del Centro Comercial. El otro testigo Dantón Borja, cuya declaración obra de fojas 113, contestando a la pregunta b) declara que es verdad, "en esa fecha estaba de vacaciones y fui a la ciudad de Quito, en la mañana estuve de paseo en el Centro Comercial El Bosque, y me acerqué al local de muebles del Arq. Bonilla, y la señorita que atendía, me informó que el local estaba clausurado por orden de la Administración del Centro Comercial"; al contestar a la pregunta d), expresa que "Sí es verdad, el Arq. Bonilla, después del cierre de su local en Quito, quedó con muchas deudas que le afectó económicamente, incluso con el local de aquí en Guayaquil, por ejemplo dejó de participar en las exposiciones de las diferentes ferias de aquí de la ciudad de Guayaquil, y moralmente a cualquier persona que le cierren su negocio le afecta sobre manera". En segunda instancia, el actor presenta el testimonio de Martín Insua Chang, quien contesta a la pregunta c) "Diga el testigo cómo es verdad, conoce y le consta que el mencionado negocio denominado 'Casa Bredol', fue intempestivamente clausurado y cerrado en el año 1999 por el Centro Comercial El Bosque, por intermedio de su administrador señor Francisco Ortiz Naranjo", contesta "Si me consta que fue cerrado, por el centro comercial mencionado en la pregunta, pero, desconozco si en el hecho intervino la persona que se menciona". También presenta al testigo Arturo Ycaza, quien contesta a la pregunta c) "Si es verdad que fue clausurado, por el centro comercial El Bosque a través de su administración"; estos testimonios son referenciales, rendidos por personas que viven en la ciudad de Guayaquil, no obstante se los toma como indicios para valorarlos al analizar la prueba en conjunto. En el análisis de la prueba documental, se tiene lo siguiente: de fojas 51 a 59 vuelta, de primera instancia, consta copia notariada de la demanda del Ing. Francisco Ortiz, en calidad de administrador de Ciudad Comercial El Bosque, contra el señor Eduardo Bonilla y cónyuge, y Econ. Marcelo Totoy, por pago de alicuotas de

condominio y otros, presentado en la oficina de sorteos el 5 de julio de 2000, a las 11h00, en la que se pide secuestro de bienes muebles del local Casa Bredol, diligencia que se cumplió el 20 de julio de 2000, como consta a fojas 63. A fojas 83 consta el oficio de 5 de octubre del 2000, debidamente certificado por notario como copia de original, enviada por la señorita Alexandra Aguayo, Jefe de Almacén de Créditos Económicos, al señor Eduardo Bonilla Vascones, en la que le tiene a bien informarle que efectivamente le consta la referida clausura de los locales 001 y 002 de Casa Bredol, en el Centro Comercial El Bosque, porque ha sido pública y notoria para quienes mantienen locales 'comerciales en el descrito lugar. A fojas 85 obra el oficio de 6 de julio de 1999, enviado por Livia Vargas Cárdenas, Jefe de Ventas de Casa Bresol, al Arq. Eduardo Bonilla, debidamente certificado por notario como copia de original, en la que expresa: "Pongo en su conocimiento que debido al atraso en los pagos de los gastos comunales por los locales 001 y 002 del Centro Comercial "Ciudad Comercial El Bosque", ocupados por el Almacén 'Casa Bredol', a mi cargo, en la mañana del día de hoy martes 6 de julio de 1999, el Administrador del Centro Comercial Ing. Francisco Ortiz, procedió a la clausura del negocio según Resolución de la Junta Directiva, lo que implicó el cambio de todas las seguridades con que contaba el negocio. Lo referido para efecto de salvar mi responsabilidad sobre los bienes a mi custodia, así como para que en su calidad de propietario, proceda a la defensa de sus intereses. Ruego que por mi mala situación económica, me ayude en lo relacionado al pago puntual de mis remuneraciones, hasta que la Junta Directiva del Centro Comercial resuelva levantar la Clausura". A fojas 86, en comunicación debidamente certificado por notario como copia de original, Livia Vargas Cárdenas, Jefe de Ventas de Casa Bredol Quito, se dirige al Arq. Eduardo Bonilla Váscones, manifestándole que desde la clausura de Casa Bredol, no le ha pagó sus remuneraciones con la promesa de que ya le van a levantar la clausura; estas comunicaciones constituyen documentos privados, que la parte demandada no los ha redarguido de falsos ni objetado su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación aunque no lo reconozca expresamente si se prueba por testigos, como dispone el Art. 194, numeral 4, del Código de Procedimiento Civil; las impugnaciones generalizadas sobre la impugnación de la prueba presente y futura no prestan mérito, porque no concretan la impugnación; estos documentos también se los toma como indicios para la valoración de la prueba en conjunto. Por otra parte, como ya se mencionó en el considerando "Cuarto", la declaratoria de confeso es una prueba ficta que depende enteramente del interrogatorio que ha sido formulado, y que la falta del interrogatorio, que ha desaparecido del expediente, impide al Juez valorar esta prueba, incurriendo en falta de aplicación del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, que establece la obligación del juez de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, y del Art. 131 del mismo cuerpo legal que confiere al juez libre criterio para dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto; vicio que se evidencia en el hecho de que en las sentencias de primera y segunda instancia los juzgadores omiten absolutamente referirse a la declaratoria de confeso del demandado y a la desaparición del pliego de preguntas, que según las diferentes providencias de señalamiento de día y hora, antes descritas,

si constaban en autos. Esta sospechosa anomalía también atenta contra las garantías del debido proceso, reconocidas en el Art. 24 de la Constitución Política de 1998, vigente a la época, que en el numeral 10 establece el derecho a la defensa, que establecía que "nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento", y que también consta en el literal a) del numeral 7, del Art. 76 de la Constitución vigente de 2008. De las pruebas apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, esta Sala de Casación llega a la convicción de que el negocio "Casa Bredol" que ocupaba los locales 001 y 002 del Centro Comercial El Bosque, de la ciudad de Quito, fue cerrado o clausurado arbitrariamente por el Administrador del mencionado centro comercial Ing. Francisco Ortiz Naranjo, en la mañana del día 6 de julio de 1999. **5.9.-** Para la existencia del daño moral, no es necesario la prueba del sufrimiento humano, así se ha expresado la doctrina y la jurisprudencia. "La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu rige el principio in re ipsa. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable" (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2295. Quito, 17 de abril de 2002). De acuerdo con nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil. En la especie, la clausura arbitraria de un local comercial por parte de una persona, como el administrador del Centro Comercial El Bosque, que no es autoridad ni tenía atribuciones para hacerlo, constituye una suerte de justicia privada no aceptada por la legislación de la República del Ecuador, por tanto es una acción ilícita del demandado, que de manera obvia se infiere que ha causado al actor sufrimientos síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones, porque ha sido privado de su fuente de trabajo con las repercusiones que eso tiene para el bienestar mental del actor. **5.10.-** En cuanto a los daños y perjuicios materiales, el actor ha presentado el contrato de prenda suscrito entre Marcelo Totoy, en calidad de acreedor prendario y Eduardo Bonilla en calidad de deudor prendario, por la suma de veinte mil dólares de los Estados Unidos de América, consecuencia de la liquidación del pago de pensiones de arrendamiento cuyo juicio se tramita en el Juzgado Tercero de Inquilinato y créditos por el juicio ejecutivo que se tramita en el Juzgado Décimo

Segundo de lo Civil de Pichincha; en el mismo contrato el Arq. Eduardo Bonilla entrega en prenda varios muebles a favor de Marcelo Totoy y le autoriza la venta total o parcial de los bienes muebles, para que con el producto de la venta lo tome como abono parcial del crédito adeudado. En segunda instancia, a fojas 21 y 22, consta el inventario de los bienes entregados a Marcelo Totoy, pero sin firma de responsabilidad alguna. De lo expuesto aparecen deudas del actor y los perjuicios que pudiera haber provocado el endeudamiento no son consecuencia de acción u omisión del demandado, porque son pruebas que no se concretan al asunto que se litiga ni a los hechos sometidos a juicio, por tanto no cumple con la norma del Art. 116 del Código de Procedimiento Civil. En resumen, se encuentra probado el daño moral, pero no los daños y perjuicios materiales. El monto de reparación del daño moral queda a la prudencia del juez y no a cálculo alguno, como lo dispone el inciso final del Art. 2232 del Código Civil. **5.11.-** El demandado presenta reconvencción para que el actor le pague 884,15 dólares por concepto de gastos de administración y de las alícuotas que se venzan, intereses, daño y perjuicios, costas procesales, honorarios de la defensa, sin embargo, en autos no consta prueba al respecto. Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, casa el fallo dictado por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 12 de junio de 2008, a las 14h50, y en su lugar se condena al demandado Ing. Francisco Ortiz Naranjo, que pague al Arq. Eduardo Bonilla Váscones, la suma de diez mil dólares de los Estados Unidos de América, en concepto de indemnización pecuniaria a título de reparación por el daño moral sufrido. Se rechaza la reconvencción por falta de prueba. Devuélvase el monto total de la caución al recurrente.- Sin costas.- Léase y notifíquese.-

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional.

CERTIFICO:

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

En Quito, once de mayo de dos mil diez, a partir de las ocho horas con treinta minutos, notifiqué con la vista en relación y resolución que anteceden a: EDUARDO BONILLA VASCONES por boleta en el casillero judicial No. 1774; a HUGO GUZMÁN por boleta en el casillero judicial No. 2357 y a TATHIANA YEPEZ por boleta en el casillero judicial No. 1245.- Certifico.-

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

En Quito, diecisiete de mayo de dos mil diez, a partir de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos; notifico con el auto que antecede a: ARQ. EDUARDO BONILLA VASCONES por boleta en el casillero judicial No. 1774; a ING. FRANCISCO ORTIZ NARANJO por boleta en el casillero judicial No. 2357 y a TATHIANA YEPEZ por boleta en el casillero judicial No. 1245.-

Certifico.-

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

CERTIFICO:

Las doce (12) copias fotostáticas que anteceden son iguales a sus originales, constantes en el juicio No. 194-2009 ER (Resolución No. 269-2010); que sigue Eduardo Bonilla Váscones contra Francisco Ortiz Naranjo por sus propios derechos y los que representa de Ciudad Comercial El Bosque.-

Quito, 09 de diciembre de 2010.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, Corte Nacional de Justicia.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 13 de mayo de 2009, las 12H00.

VISTOS: (142-2009 Er.) Por error involuntario, en Secretaria se ha detectado que la notificación de la sentencia dictada en la presente causa, no se ha realizado conforme lo determina el Art 75 del Código Procedimiento Civil; pues el demandado Ing. Francisco Ortiz Naranjo, por sus propios y personales derechos, tiene señalado el casillero judicial No. 2357 del Distrito Judicial de Pichincha, perteneciente al Dr. Patricio Iván Durazno; y que equivocadamente en la razón de notificación de 14 de mayo de 2010, de la sentencia dictada en la causa, se notifica a las partes procesales y entre estas se confunde al Dr. Guzmán Guerrero Hugo Ernesto como la parte procesal a la que se le ha estado notificando en el casillero judicial No. 2357, por tanto, se dispone notificar con la sentencia dictada en la presente causa con fecha 10 de mayo de 2010, las 17H15, al señor Ing. Francisco Ortiz naranjo en el casillero judicial No. 2357 del Dr. Patricio Iván Durazno, para cumplir con el debido proceso y que la aludida parte procesal pueda ejercer su derecho a interponer los recursos horizontales que le confiere la Ley.- Notifíquese.-

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional.

f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.

f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional.

CERTIFICO:

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