REGISTRO OFICIAL
ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR
Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

EDICIÓN ESPECIAL

Año IV - Nº 409

Quito, martes 12 de marzo del 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

32 páginas

www.registroficial.gob.ec

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

SUMARIO:

Págs.

FUNCIÓN JUDICIALY JUSTICIA INDÍGENA:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL Y FAMILIA:

Recursos de casación en los juicios seguidos por las siguientes personas naturales y/o jurídicas:

553-2011 **Carlos Heriberto Moyano Naranjo en contra de Consejo Provincial de Chimborazo y otros... 2**

555-2011 **Jorge García González y otros en contra del Ministerio de Finanzas y otros……. 5**

556-2011 **Ruth Eugenia Izquierdo Iñiguez y otro en contra de Luis Alberto Benalcázar Ludeña y otra……. 10**

557-2011 **Mónica Velasco Becerra en contra de Marcelo Andrade Morillo…… 14**

558-2011 **Yunnia Pacheco Barzallo en contra de José Córdova Medina…… 16**

578-2011 **Sandra Elizabeth Paredes Cañar en contra de Bolívar Pineda Loayza y otro……. 18**

579-2011 **Esteban Calle Calle y otros en contra de Giovanny Villa Ayora……... 20**

580-2011 **Doctor Marco Machada Clavijo en contra de I. Municipio de Cuenca…… 22**

582-2011 **Jorge Zavala Canelos en contra de Ana Rivero Odermatt…… 24**

588-2011 **EMAAP-Q en contra de la Cooperativa de Vivienda de Empleados Municipales "Jorge Villalobos" y otro …….. 26**

594-2011 **Manuel Picoita Rojas en contra de la Asociación de Trabajadores Autónomos "El Paraíso"..... 29**

No. 553-2011

Juicio: 49-2009 E.R.

Actor: Carlos Heriberto Moyano.

Demandados: Consejo Provincial de Chimborazo y Procurador General del Estado, los señores Mariano Curicama Guamán y Dr. Newton Mestanza, en sus calidad de Prefecto y Procurador Síndico del Consejo Provincial de Chimborazo, así como el Dr. Luis Heriberto Cargua Ríos. Director Regional 4 de la Procuraduría General del Estado.

Juez Ponente: Dr. Galo Martínez Pinto.

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

Quito, a 01 de agosto de 2011, las 09H55.

VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala 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 pronunciada 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 17 de diciembre último ante el Consejo de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la resolución sustitutiva adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, en el juicio verbal sumario de indemnización de daños y perjuicios que sigue Carlos Heriberto Moyano Naranjo contra el Consejo Provincial de Chimborazo y Procurador General del Estado, los señores Mariano Curicama Guamán y Dr. Newton Mestanza, en sus calidad de Prefecto y Procurador Síndico del Consejo Provincial de Chimborazo, así como el Dr. Luis Heriberto Cargua Ríos. Director Regional 4 de la Procuraduría General del Estado, deducen sendos recursos extraordinarios de casación respecto de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, el 8 de julio del 2008, a las 14h50, que en lo principal, confirma el fallo del Juez de primer nivel. Aceptados a trámite los recursos extraordinarios y, encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo, la Sala efectúa las consideraciones previas siguientes: **PRIMERA.-** Declarar su competencia para conocer el recurso extraordinario de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación y por cuanto esta Sala calificó los recursos de la relación por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades exigidas por el artículo 6 de la ley de la materia, admitiéndolos a trámite. **SEGUNDA.-** Se procede a resolver en primer lugar el recurso de casación interpuesto por los señores Prefecto y Procurador Síndico del Consejo Provincial de Chimborazo que obra de fojas 65 a 71 del cuaderno de segunda instancia.- La parte recurrente ha formulado su recurso extraordinario aduciendo la trasgresión, de los artículos 124 y 23, numerales 3, 15, 17, 26 y 27 de la Constitución Política de la República de 1998; de los Arts. 1572 y 1573 del Código Civil; del artículo 72 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa; del Art. 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; y, del Art. 58 de la Ley Orgánica de Control Constitucional.- Las causales en que sustentan su reclamación son la primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por las razones que expresa en la fundamentación de su recurso. **TERCERA.-** Como consecuencia del principio dispositivo contemplado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, actualmente en vigencia, desarrollado en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, corresponde a la parte recurrente la fijación de los límites dentro de los cuales se constriñe el recurso deducido, y, efectivamente, así ha quedado establecido en el memorial del recurso extraordinario planteado. **CUARTA.-** Procede estudiar el cargo formulado por la causal tercera de casación. **4.1.-** Esta causal se conoce como de violación indirecta de normas sustantivas 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. En la configuración de esta causal concurren dos trasgresiones sucesivas: la primera, violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria por cualquiera de los tres supuestos antes mencionados; y, la segunda afectación de normas de derecho como consecuencia de la primera y que conduce a la equivocada aplicación o no aplicación de estas normas materiales en la sentencia o auto. Por tanto, la parte recurrente, al invocar esta causal debe determinar lo siguiente: 1. Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que pudiesen haber sido violentados; 2. El modo por el que se comete el vicio, esto es, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; 3. Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas como consecuencia de la trasgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, 4. Explicar y demostrar, cómo la aplicación indebida, falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a dicha valoración probatoria han conducido a la afectación de normas de derecho, ora por equivocada aplicación o por su falta de aplicación. **4.2.-** Los casacionistas dicen que en la sentencia únicamente se expresan las supuestas pruebas aportadas por la parte actora, pero no se mencionan las pruebas que fueron aportadas por el Consejo Provincial de Chimborazo, como son las siguientes: 1) Los oficios Nos. 310-006-DA RRHH de 9 de junio de 2006; 311 DARRHH del mismo año y 312-2006-DA RRHH mediante los cuales se certifica por parte del Departamento Financiero del Gobierno de la Provincia de Chimborazo la inexistencia de la partida

presupuestaria para el cargo de médico tratante y por la Dirección Administrativa de la no constancia de la realización del supuesto concurso de merecimientos; por tanto, el Consejo mal pudo erogar fondos públicos distintos a los que está obligado y facultado por la Ley Orgánica de Régimen Provincial y la Constitución Política de la República.- 2) Tampoco se han considerado los certificados otorgados por la Dirección Administrativa y de Personal del Consejo Provincial de Chimborazo, relacionados con la no constancia de documentos relacionados con el concurso de merecimientos para la supuesta vacante de médico tratante 4HD y menos la certificación concedida por ese departamento en los que se demuestra que no existe la vacante de médico $HD durante los años 2004, 2005 y 2006.- 3) No se tomó en cuenta la falta de citación a postulante alguno del supuesto concurso de merecimientos y oposición para rendir la prueba de oposición, incumpliendo con el Art. 45 del Reglamento Único de Concurso para la Provisión de Cargos Médicos a Nivel Nacional, hecho que se corroboró con la falta de exhibición por parte de Carlos Moyano de la citación y las certificaciones de los Diarios "La Prensa" y "Regional Los Andes" de la ciudad de Riobamba.- Concluyen que en el presente caso no se han tomado en cuenta esas pruebas y no se las ha valorado en su conjunto, llevando a que se interprete erróneamente las normas de derecho antes citadas. **4.4.-** Sobre estos cargos, es necesario señalar que los recurrentes no mencionan la violación de ningún precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, de una norma que obligue a los jueces a valorar en determinada forma cierta clase de pruebas. Al decir que no se ha valorado la prueba en su conjunto, aparentemente se refería a la obligación contenida en el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil que manda a los juzgadores a valorar la prueba en su conjunto acorde a las reglas de la sana critica. No obstante aquello, al citar varios documentos que dice no han sido valorados, lo que los recurrentes pretenden es que en casación se vuelva a valorar la prueba, situación que jurídicamente no procede en materia de casación, pues no se trata de un recurso de instancia. Cuando se acusa la sentencia por la causal tercera de casación, lo que se debe demostrar es la falta de aplicación, la indebida aplicación o la errónea interpretación de un precepto jurídico de valoración de la prueba, que es lo que compete establecer a este Tribunal de Casación. Adicionalmente, el recurrente solo dice en forma general que la infracción a llevado a la interpretación equivocada de las normas de derecho antes citadas, pero en realidad no especifica la disposición sustantiva o material que estima equivocadamente interpretada, así como en qué ha consistido tal infracción. Por lo manifestado, se desestima el cargo por la causal tercera de casación. **QUINTA.-** Corresponde referirnos a la inculpación presentada a través de la causal primera. **5-1.-** Esta causal procede por falta de aplicación de normas de derecho incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia o auto y que hayan sido determinantes en su parte dispositiva; causal que doctrinalmente hablando se conoce como de vicios "in iudicando" y que no permite apreciar la prueba actuada ni tampoco hacer una nueva consideración de los hechos que se da por aceptados; apuntando sí, esencialmente, a la vulneración de normas propiamente. Es que cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ora por el actor, ora por el demandado (demanda y contestación); luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables (subsunción del hecho en la norma). Una norma material o sustancial, tiene, estructuralmente hablando, de ordinario, dos partes: un supuesto y una consecuencia. En ocasiones, las normas no tienen estas dos partes sino que se complementa con otra o más normas con las que forma una proposición lógico jurídica completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma. El vicio de juzgamiento o "in iudicando" contemplado en esta causal se da en tres casos: a) Cuando el juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; b) Cuando el juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, c) Cuando el juzgador incurre en un error o yerro de hermenéutica, de exégesis jurídica al momento de interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene. **5.2.-** Los casacionistas dicen que no se han infringido las normas constitucionales a las que se refiere el Tribunal ad quem en su sentencia, esto es, el Art. 23, numerales 3 y 15, los numerales 17, 26 y 27 de ese artículo de la Constitución y en Art. 24, numeral 13 de aquella; ya que el concurso de merecimientos y oposición al que se refiere el actor no fue convocado ni realizado por el Consejo Provincial de Chimborazo y el cargo se encontraba ocupado por el Dr. Ángel Inca por contrato, por tanto no pudo existir violación del principio de igualdad ante la ley, tampoco el derecho a dirigir quejas, pues en ningún momento el actor ha dirigido alguna queja o petición a ese Consejo Provincial; no se le ha imposibilitado el derecho al trabajo, pues el cargo que el actor dice haber ganado por concurso se encontraba ocupado, pero posteriormente, se ha otorgado nombramiento al actor que se encuentra laborando en dicho Consejo; y por esta misma situación, que ya h recibido nombramiento, no se han violado los derechos del actor a la seguridad jurídica y al debido proceso.- Otra acusación es la falta de aplicación de los Art. 1572 y 1573 del Código Civil relativos a la indemnización de daños y perjuicios que consiste en el lucro cesante y en el daño emergente, así como que la indemnización procede desde que el deudor está constituido en mora; pues en el presente caso el actor no ha justificado en qué consisten los daños y perjuicios, si se trata de daño emergente o lucro cesante y la sentencia nada dice al respecto, entonces, no se le puede condenar a pagar por daños que no están especificados ni establecidos.- También arguyen que existe una errónea interpretación del Art. 58 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, norma que indica que las resoluciones emitidas en un recurso de amparo constitucional serán cumplidas inmediatamente, y que la falta de cumplimiento dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios, en el presente caso el actor no puede reclamar daños y perjuicios, pues las resolución del Tribunal Constitucional ha sido cumplida, según lo indica el propio actor en varios de sus escritos.- Que la sentencia incurre en errónea interpretación del Art. 72 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, referente a que las vacantes existentes por asensos serán llenadas previo concurso de merecimientos y oposición y en el presente caso el actor nunca fue funcionario del Consejo Provincial de

Chimborazo y jamás existió la vacante de médico tratante.- Finalmente, que en la sentencia nada se dice ni se analiza sobre lo dispuesto en el Art. 58 de la LOAFYC, existiendo falta de aplicación de esa norma, pues además de que el cargo que reclama el actor ya estaba ocupado, no existía la partida presupuestaria para otorgarle el nombramiento. **5.3.-** La acción de daños y perjuicios formulada por el actor, Dr. Carlos Moyano Naranjo, tiene su origen o sustento en una sentencia dictada el 11 de octubre del 2005, por el Juez Tercero de lo Civil de Riobamba, dentro de un proceso de amparo constitucional, resolución que, de acuerdo con el Art. 51 de la Ley de Control Constitucional, vigente a la época, dispuso que al Dr. Carlos Moyano Naranjo se le otorgue en forma inmediata el nombramiento como médico 4HD del Gobierno del Consejo Provincial de Chimborazo, decisión que no fue acatada por dicha entidad.- El Art. 58 de la entonces Ley de Control Constitucional disponía: "Las resoluciones que se dicten en la tramitación de un recurso de amparo serán de cumplimiento inmediato por parte del funcionario o autoridad pública a quien la resolución vaya dirigida; caso contrario, el funcionario o autoridad que incumpla la resolución, indemnizará los perjuicios que el incumplimiento cause al recurrente". Siendo este el caso, en el juicio verbal sumario de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una resolución dictada dentro de un proceso de amparo constitucional, se discute única y exclusivamente si la autoridad o funcionario correspondiente dio o no cumplimiento a lo ordenado por el juez para la ejecución de la resolución adoptada dentro del amparo constitucional y, de ser este el caso, establecer los daños y perjuicios que esa omisión le ha ocasionado al recurrente.- Por tanto, en este juicio de indemnización, no puede discutirse, ni es materia de este procedimiento, si existió o no la infracción a derechos constitucionales, pues aquello fue materia del recurso de amparo constitucional y declarado eso en sentencia del juez constitucional, no cabe que en este nuevo proceso, se vuelva a debatir los temas que fueron parte de la acción constitucional. En el presente caso, los recurrentes, precisamente, pretenden que se vuelva a juzgar el asunto materia del recurso de amparo constitucional, cuando acusan la infracción de las normas constitucionales de los Arts. 23, numerales 3, 15, 17, 26 y 27 y del Art. 24, numeral 13 de la Constitución de 1998; del Art. 72 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa vigente en ese entonces; del Art. 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; por tanto, la acusación es improcedente. Respecto de la errónea interpretación del Art. 58 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, al menos a la fecha en que se presentó la demanda en este juicio de indemnización de daños y perjuicios, la sentencia del Juez Tercero de lo Civil de Riobamba que aceptó el recurso de amparo constitucional, no estaba cumplida, así se colige de la contestación de la demanda presentada por dicho Consejo Provincial, al decir que la acción de amparo constitucional en que se fundamenta esta demanda es ilegal porque no puede ordenar que se extienda un nombramiento sin que exista la partida presupuestaria, es decir, acepta que no se la ha cumplido. Por tanto, se desecha la acusación con sustento en la referida causal primera de casación.- **SEXTA.-** Corresponde pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado, a través del Director Regional No. 4 de esa entidad. Sobre este recurso cabe reiterar lo manifestad en las consideraciones Primera y Tercera de este fallo. El recurso acusa la infracción de las disposiciones del Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado y de los Arts. 346 y 349 del Código de Procedimiento Civil.- Las causales en que se fundamenta el recurso son la primera y segunda del Art. 3 de la Ley de Casación. **SEPTIMA.-** Procede en primer término analizar la causal segunda de casación. **7.1.-** 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 que anula el proceso. **7.2.-** Al fundamentar esta causal el recurrente indica que existe falta de aplicación de los Arts. 346, numeral segundo y 349 del Código de Procedimiento Civil, que han viciado de nulidad este proceso, en virtud de haberse seguido la causa ante un Juez que no tiene competencia; el juez competente, de conformidad a lo previsto en el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, para conocer esta causa es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; este criterio fue expuesto por la Procuraduría General del Estado en escrito de determinación de los puntos a los que se contrae el recurso de apelación , sin embargo, el Tribunal ad quem, en su sentencia, no hace ningún pronunciamiento al respecto.- Que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 18 de octubre del 2006, en el juicio de indemnización de daños y perjuicios que siguió Laura Paulina Amaguaña Chavarrea contra el Estado Ecuatoriano, en aplicación del mencionado Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, declaró nulo el proceso a partir de la presentación de la demanda.- Que tratándose de una reclamación al Estado, para el pago de indemnización por daños y perjuicios, considerada como responsabilidad civil extracontractual, esta materia, corresponde al ámbito del Derecho Administrativo; consecuentemente, la competencia la tiene la jurisdicción contencioso administrativa, siendo esta una solemnidad sustancial común a todos los juicios, como es la competencia, provoca la nulidad de la causa, que debe ser declarada aún de oficio, según el Art. 349 del Código de Procedimiento Civil. **7.3.-** Al respecto, esta Sala hace el siguiente análisis: La jurisdicción y competencia en la materia o asunto motivo del juicio, debe ser analizada acorde a las normas que estuvieron vigentes al tiempo en que se formuló la demanda.- Conforme las normas del Art. 191 de la

Constitución Política de 1998, vigente a la época, en concordancia con el Art. 1 del Código de Procedimiento Civil, la jurisdicción y competencia, nacen de la Ley.- El Art. 95, inciso primero, de la referida Constitución, establecía: "Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley…." . El Art. 47 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, que regulaba las acciones constitucionales, en su Art. 47 establecía que son competentes para conocer y resolver el recurso de amparo cualquiera de los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en que se consume el acto o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de derechos constitucionales protegidos. Esa misma Ley, en el Art. 55, disponía que corresponde ordenar el cumplimiento de la decisión final adoptada en el procedimiento de amparo al juez de instancia ante quien se interpuso el recurso; finalmente, el Art. 58 ibídem disponía que "Las resoluciones que se dicten en la tramitación de un recurso de amparo serán de cumplimiento inmediato por parte del funcionario o autoridad pública a quien la resolución vaya dirigida; caso contrario, el funcionario o autoridad que incumpla la resolución, indemnizará los perjuicios que el incumplimiento cause al recurrente." . Por otra parte, tenemos que el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, dispone: "Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.". En el presente caso, no se trata propiamente de una demanda derivada de un acto, contrato, hecho administrativo o reglamentos producidos por entidades del sector público, a los que se refiere el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado; sino que el juicio de indemnización de daños y perjuicios tiene su origen en el incumplimiento de una acción de carácter constitucional, de un recurso de amparo constitucional, que, según las normas específicas de la Ley de Control Constitucional antes mencionadas, confieren la competencia a un juez civil que, momentáneamente se ha trasformado en un juez constitucional; por tanto, la acción de daños y perjuicios se deriva de la primera, es consecuencia del incumplimiento de lo resuelto dentro de un recurso de amparo constitucional, que, conforme a la legislación vigente a la época, correspondía conocer a un juez civil. Consecuentemente, no procede la acusación por la causal segunda de casación.- **OCTAVA.-** Finalmente, procede analizar el cargo por la causal primera de casación. **8.1.-** Sobre la naturaleza jurídica de esta causal, cabe reiterar en lo señalado en el numeral 5.1 del considerando Quinto de este fallo. **8.2.-** Con cargo a esta casual el recurrente indica que se ha infringido por falta de aplicación del Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, por cuanto el asunto de objeto de la demanda es de competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo y no del juez civil, como ha sucedido en este proceso. Este mismo tema ha sido motivo de la acusación formulada por la causal segunda de casación, que ha sido suficientemente analizado en el considerando anterior, por lo que cabe reiterar el criterio ya expuesto. Debiendo agregarse que en materia de casación no procede acusar dos o más causales bajo la misma argumentación, pues cada una de ellas tiene su propia fuente autónoma e independiente de infracción a la ley, como ocurre en este caso, que las violación a normas procesales que ocasionen la nulidad de la causa, deben ser acusadas exclusivamente a través de la causal segunda de casación. En tal virtud, se desecha también el cargo por la causal primera de casación. Por lo expresado, 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 Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, el 8 de julio del 2008, a las 14h50 Sin costas ni honorarios que fijar. Léase, notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty, JUECES NACIONALES y Carlos Rodríguez García, SECRETARIO RELATOR que certifica.

RAZON: Las seis (6) copias que anteceden son iguales a sus originales, constantes en el juicio No. 49-2009 ER (Resolución No. 553-2011); que sigue Carlos Heriberto Moyano contra Consejo Provincial de Chimborazo y Procurador General del Estado, los señores Mariano Curicama Guamán y Dr. Newton Mestanza, en sus calidad de Prefecto y Procurador Síndico del Consejo Provincial de Chimborazo, así como el Dr. Luis Heriberto Cargua Ríos. Director Regional 4 de la Procuraduría General del Estado.- Quito, 24 de agosto de 2011.

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

No. 555-2011

Juicio: 339-2010 GNC.

Actor: Jorge García González, Procurador Comun.

Demandado: Dr. Carlos Cisneros, Ministro de Finanzas.

Juez Ponente: Dr. Manuel Sánchez Zuraty.

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

Quito, 8 de agosto de 2011, las 10h00.

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 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 demandados, Ab. Jaime Cevallos Álvarez, Director Regional 1, encargado, de la Procuraduría General del Estado; y, Dr. Carlos Cisneros Pazmiño, Subsecretario General Jurídico del Ministerio de Economía y Finanzas, en el juicio verbal sumario propuesto por Jorge García González y otros, deducen sendos recursos 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 Guayas, el 8 de diciembre de 2009, las 10h30 (fojas 775 a 776 vuelta del cuaderno de segunda instancia), que confirma la sentencia subida en grado, que declara con lugar la demanda.- 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 en esta Sala, mediante auto de 25 de octubre de 2010, las 15h30.- **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.- RECURSO DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO.-** El peticionario considera infringidas las siguientes normas de derecho: Artículos 273, 281, 282, 295, 296, 298, 299, 323, 326, 344, 346, 373, 378 y 1014 del Código de Procedimiento Civil. Artículos 9, 10 y 1715 del Código Civil. Artículos 1, 2, 3, 6, 30 y 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador.- Las causales en las que funda el recurso son la primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.- **3.1.-** Por principio de supremacía constitucional, reconocido en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador, corresponde analizar en primer lugar las impugnaciones por inconstitucionalidad, pero como se ha presentado integrado a las causales invocadas, se las estudiará en el contexto de ellas.- **3.2.-** La causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación se refiere a 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 hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente; por tanto, para que prospere una impugnación por la causal segunda es necesario que se cumpla con los requisitos de tipicidad y trascendencia para que existe nulidad procesal: la tipicidad se refiere a que la causa de la nulidad debe ser una violación de solemnidad sustancial o violación de trámite, establecidos en los artículos 344 y 1014 del Código de Procedimiento Civil u otras leyes que los tipifiquen, y la trascendencia se refiere a que tal nulidad hubiere influido en la decisión de la causa o provocado indefensión y que no hubiere quedado convalidada legalmente.- **3.2.1.-** El recurrente expresa que la maniobra de los actores de presentar una solicitud de revocatoria del auto de nulidad, los hace desistir de su solicitud de aclaración y ampliación del auto, con lo cual se causó la ejecutoria del mismo. Que el Art. 378 del Código de Procedimiento Civil, establece que el desistimiento de una instancia surte el efecto de dejar ejecutoriado el auto o resolución materia del reclamo; en el caso, toda petición posterior al desistimiento de la solicitud de aclaración y ampliación, resulta extemporánea, en razón que el auto de nulidad respecto del cual se pidió aclaración y ampliación, causó ejecutoria. Que los actores al desistir expresamente de su petición inicial de aclaración y ampliación se separaron de sostener la instancia en los términos del Art. 373 del Código de Procedimiento Civil, el mismo que establece que la persona que promueve una instancia se separa de la misma por desistimiento; que separados de la instancia por las razones expresadas, los actores no podían plantear una nueva reclamación ajena y distinta a su reclamación original de aclaración y ampliación de la cual desistieron; por efecto de ese desistimiento, quedó cerrada la instancia y ejecutoriado el auto de nulidad. Luego cita a Couture, sobre la autoridad de cosa juzgada.- Luego de mensionar a Armando Cruz Bahamonde, explica que un auto de nulidad que tiene fuerza de sentencia, no puede ser reformado por el mismo juez, sino por el superior como ya ha sido explicado previamente; por las mismas consideraciones el auto de nulidad causó ejecutoria, al haber sido dictado en última instancia; que dicho auto causó gravamen irreparable a las partes al suspender la instancia; que en tal virtud, la sentencia impugnada violó el Art. 323 del Código de Procedimiento Civil, que establece que la apelación es la reclamación que alguno de los litigantes hace al juez superior para que reforme o revoque un decreto, auto o sentencia del inferior. Que un auto de nulidad no puede ser reformado en lo esencial o peor revocado por el mismo juez que lo dictó; en el caso que nos ocupa, el auto dictado por los jueces principales de la Primera Sala de lo Civil, tratándose de un auto con fuerza de sentencia que puso fin a la instancia, produce iguales efectos jurídicos que una sentencia, volviendo las cosas al estado anterior a la omisión de la solemnidad sustancial; que jamás pudo perder su efecto legal por decisión de los alternos o Conjueces de la propia Sala. Luego cita un precedente jurisprudencial sobre la imposibilidad de invalidar una

sentencia por el mismo juez que la dictó.- Para que opere la impugnación por la causal segunda, que se refiere a nulidades procesales, es menester que se cumplan los principios de tipicidad y trascendencia de la nulidad; en los diferentes cargos que se han en el presente recurso, estudiaremos si se cumplen estos principios.- Sobre el cargo de que los autos de nulidad no pueden ser reformados ni revocados por el mismo juez porque tienen efecto de cosa juzgada, el Art. 289 de Código de Procedimiento Civil establece que los autos y decretos pueden aclararse, ampliarse, reformarse y revocarse, por el mismo juez que los pronunció, a petición de parte, o también de oficio, por disposición del Art. 290 ibídem; estas normas de procedimiento son de obligatorio cumplimiento porque los procesos están sometidos al principio de legalidad, establecido en el Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, por el que los jueces deben ejercer sus funciones de conformidad con la Constitución y la Ley, y no pueden ser inobservadas por las consideraciones doctrinarias que invoca el peticionario. La cita del precedente jurisprudencial no es pertinente, porque se refiere a la invalidación de la propia sentencia, que en efecto no es posible en la legislación ecuatoriana, en virtud de lo dispuesto en el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil; pero el tema de discusión no es ese, sino la invalidación de un auto.- **3.2.2.-** Que el Art. 76, numeral l, de la Constitución de la República establece que "las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos"; que resulta absurda y nula una resolución sin motivación alguna, como la que hacen los conjueces en el considerando octavo de la sentencia materia de impugnación, al dejar sin efecto el auto de nulidad dictado por los jueces principales de la Sala sin explicación alguna, que no sea la declaración ambigua y sin sustento legal respecto a que "la presente causa no subió por apelación ni por ningún otro recurso interpuesto, sino por consulta". Que los recursos de apelación fueron interpuestos oportunamente por las partes involucradas en este juicio; que el juez inferior lo desestimó en base a sus puntos de vista que reflejan la intención de perjudicar al Estado, lo cual quedó evidenciado con la amonestación que recibiera por parte del Consejo de la Judicatura, luego de la queja presentada en su contra, conforme obra de autos, por lo que se interpuso recurso de hecho; que el Art. 366 del Código de Procedimiento Civil establece que presentado el recurso de hecho el juez elevará el proceso al Superior sin calificar la legalidad o ilegalidad del recurso; que por lo mismo, no es verdad la aseveración formulada por los señores Conjueces de que no subió el juicio por recurso alguno. Que cuando se trata de sentencias que perjudican al Estado, la ley prevé la consulta al superior, conforme lo dispuso el juez; que la consulta tiene los mismos efectos de la apelación, sirve para que el superior revise las actuaciones del inferior y haga las rectificaciones que correspondan para que el Estado no salga perjudicado por actuaciones deshonestas con las cuales se intenta perjudicar al Estado. Que conforme lo sostienen los jueces principales de la Sala, resulta sin fundamento y sin asidero legal un juicio verbal sumario por supuestos daños y perjuicios, sin acompañar una sentencia ejecutoriada o un documento que sirva de soporte a dicho juicio; que para que proceda esta clase de juicios es necesario que se cumpla con los requisitos establecidos en el Art. 828 del Código de Procedimiento Civil. Que en caso de no darse los presupuestos establecidos en la disposición legal anteriormente invocada, lo que procede es un juicio de conocimiento, para que declare primeramente el derecho, luego proceder al juicio verbal sumario de daños y perjuicios, situación que no ocurrió y que invalidó el juicio verbal sumario por violación de trámite por haber influido en la decisión de la causa en los términos del Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil y que diera sustento al auto de nulidad.- La Sala de Casación observa que el considerando "octavo" de la sentencia expresa claramente el motivo por el que se deja sin efecto el auto de nulidad, cuando dice "Se deja sin efecto la nulidad emitida por esta Sala de fecha 2 de junio del 2008, las 17h10, por cuanto no correspondía dicho auto en virtud de que la presente causa no subió por apelación ni por ningún otro recurso interpuesto, sino por consulta"; esta motivación recoge el principio dispositivo que contiene el Art. 345 del Código de Procedimiento Civil, que expresa que la omisión de alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en ese parágrafo o la violación de trámite a la que se refiere el artículo 1014 podrán servir de fundamento para interponer el recurso de apelación, y en el caso, no existe recurso de apelación; y, además, como ya se explicó antes, el Tribunal ad quem es perfectamente competente para dejar sin efecto el auto de nulidad mencionado porque la norma contenida en el Art. 289 del Código de Procedimiento Civil, así lo permite.- Por otra parte, el auto de nulidad de 2 de junio de 2008, las 17h10, tiene como motivación la violación de trámite dado a la causa, porque considera que el juicio verbal sumario no es el pertinente porque no es un proceso de conocimiento, lo cual no es exacto porque, con motivo de las reformas a la Ley de Casación, la Corte Suprema de Justicia aclaró los alcances de los conceptos "proceso de conocimiento", "procesos de ejecución", y "procesos cautelares", aceptando que los juicios verbal sumarios son procesos de conocimiento, y por ese motivo se aceptan los recursos de casación en este tipo de juicio, hasta la actualidad. "CUARTO.- Para apreciar debidamente el alcance de esta reforma, la Sala ante todo considera necesario analizar y determinar el sentido y efecto exactos del vigente artículo 2 de la Ley de Casación, que reduce la procedencia del recurso extraordinario de casación a los procesos de conocimiento. La doctrina distingue desde el punto de vista de la naturaleza de la pretensión del demandante, entre juicios de conocimiento, de ejecución y cautelares. Pertenecen a la categoría de procesos de conocimiento "Los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva" que "tienden como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluye, por lo tanto, el grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el derecho, es decir, el juez es quien ius dicit. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos" (Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, t., I, 13ª Edición, 1994, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, p. 166). Por su parte, Lino Enrique Palacio, en su obra "Derecho Procesal Civil" Tomo I, (Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, páginas 304 y siguientes) distingue el proceso de conocimiento, de declaración o cognición, como "aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes. El efecto invariable y primario de los pronunciamientos

que recaen en esta clase procesos se halla representado, pues, por una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor". "ese efecto puede ir acompañado de la integración o complementación de una relación jurídica, o de la imposición, al demandado, del cumplimiento de una determinada prestación (de dar, de hacer o de no hacer), configurándose sentencias que se denominan, respectivamente, determinativas y de condena". Pero "cualesquiera sean los efectos de las sentencias que en ellos se dicten, los mismos son el resultado de una actividad intelectual y emocional del juez en cuya virtud éste examina los hechos y las pruebas aportadas por ambas partes, efectúa su valoración a la luz del ordenamiento jurídico vigente, y formula la norma individual que en lo sucesivo ha de regir la conducta de aquéllas con relación al caso que motivó el proceso". A diferencia del proceso de conocimiento, el ejecutivo tiene por objeto hacer efectivo "un derecho cierto o presumiblemente cierto, cuya satisfacción se tiende a asegurar mediante el empleo de la coacción" y, concretamente, el juicio ejecutivo, consiste en una "pretensión tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de una obligación documentada en alguno de los títulos llamados ejecutivos previstos en la Ley". El mismo autor, en la obra: ″Manual de Derecho Procesal Civil", Tomo I, Sexta Edición actualizada, página 93, distingue al proceso cautelar de los procesos de conocimiento y de ejecución, anteriormente analizados y manifiesta lo siguiente: "El proceso cautelar tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de un procesos (de conocimiento o de ejecución), pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia que le pone fin (desaparición de los bienes del presunto deudor, o modificación de la situación de hecho existente al tiempo de deducir-se la pretensión). Característica fundamental de este tipo de procesos es que carecen de autonomía, pues su finalidad se reduce a asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso" Carnelutti, con acierto ha expresado que el proceso cautelar sirve no inmediatamente sino mediatamente a la composición de una litis, porque su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del sustento de un proceso distinto. Calamadrei en forma similar dice que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismas. Nacen al servicio de esa resolución definitiva con el oficio de preparar el terreno y aportar los medios más aptos para su éxito. Para aclarar más el tema, Devis Echandía en su obra "Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, Buenos Aires-Argentina, 1997, página 166 al referirse al proceso cautelar manifiesta: "Tiene una función distinta de los anteriores. No se trata de la declaración de un hecho o una responsabilidad. Ni de la constitución de una relación jurídica, ni de ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido, ni de dirimir un litigio, sino de prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal. Este proceso cautelar se divide en consecutivo e innovativo, según que langa por objeto impedir que se modifique la situación existente, o, por el contrario, producir un cambio de ella, en forma provisional. Puede ser un verdadero proceso autónomo, como el de interdicción del demente o del disipador; o un procedimiento previo a un proceso, como las medidas cautelares previas al proceso ejecutivo o al de separación de bienes entre cónyuges". (No 269-2003. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Juicio especial No. 256-2003. Secuestro preventivo: Palpes Pastificios ALPES S.A. - PAN BAGUETE S.A. Auto de 14 de octubre del 2003. R.O. 263 de 30 de enero de 2004).- Finalmente, en el presente juicio, las partes han ejercido ampliamente su derecho de defensa, en todas las instancias, e inclusive en este recurso extraordinario de casación, por lo que en momento alguno han quedado en indefensión.- **3.2.3.-** Que tratándose de actos generados dentro de la administración pública, el juez competente es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en los términos de los artículos 1 y 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, lo que es otro motivo de nulidad. Que la parte contraria originalmente presentaron su demanda en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Quito; sentencia que en ninguna parte condena a la institución pública al pago de indemnización de daños y perjuicios. Que por eso, plantean un juicio verbal sumario por supuesta indemnización de daños y perjuicios sin acompañar la respectiva sentencia, ya que conforme lo indicado, no manda a pagar indemnización de daños y perjuicios. Que el asunto que nos ocupa ya fue conocido y resuelto por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Quito, y fue materia de pronunciamiento por parte de los jueces principales de la Sala, quienes, en la parte pertinente del fallo dicen: “no manda a cancelar la indemnización de perjuicio alguno, que por su naturaleza civil comprende el daño emergente y el lucro cesante, de allí que el presente caso no se encuadra en la figura jurídica contenida en el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que la liquidación de daños y perjuicios ordenada en sentencia ejecutoriada esta sujeta al trámite verbal sumario”; que más adelante dice: “En la presente causa no existe orden alguna contenida en sentencia ejecutoriada que reconozca a favor de alguno de los accionantes el derecho a los daños y perjuicios reclamados, por lo tanto la mencionada vía es inaplicable”. Que como se puede observar, lo resuelto por los jueces principales se refiere a aspectos de fondo que no pueden ser revisados ni modificados por el propio juez inferior porque atenta contra la seguridad jurídica. Que contrariamente, en la sentencia impugnada, pretendiendo dar sustento a su fallo, se hace mención a la sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Quito, que no manda a pagar indemnización de daños y perjuicios, ni fue materia de la demanda. Que la relación procesal se traba sobre los hechos expuestos en la demanda y sobre la contestación a la demanda; por lo mismo –dice- se viola el Art. 273 del Código Adjetivo Civil, que establece que la sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis. Que resulta extraña la afirmación que hacen los Conjueces de la Sala ad quem, al afirmar: “… la presente acción… se encuentra fundamentada en la reclamación del pago de daños y perjuicios y de las indemnizaciones de ley, que consta dispuesta en la sentencia ejecutoriada emitida por el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo…”; que esta afirmación contraría lo manifestado en el fallo dictado por los jueces principales de esa Sala, que por lo mismo, ya no podía ser motivo de pronunciamiento por el mismo juez de la causa, esto es por la misma Sala. Que los conjueces han omitido ciertas solemnidades comunes a todos los juicios e instancias, como es la falta de competencia y siendo la primera obligación del juez pronunciarse sobre la validez o

nulidad de las actuaciones dentro de un proceso, solicita se acojan sus planteamientos y se declare la nulidad de la sentencia materia de la presente impugnación.- Esta Sala de Casación observa que de fojas 694 a 697 vuelta, de primera instancia, consta la sentencia dictada por el Tribunal Distrital N°1 de lo Contencioso Administrativo. Segunda Sala, Quito, enero 29 de 1996, las 09h00, que en la parte resolutiva dice: "…se acepta en parte la demanda y se declara ilegal el acto administrativo impugnado; se dispone que se proceda a la liquidación de las indemnizaciones que les corresponde a los actores…"; por lo tanto, no corresponde a la realidad procesal la afirmación que hace el casacionista, de que en la presente causa no existe orden alguna contenida en sentencia ejecutoriada que reconozca a favor de alguno de los accionantes el derecho a los daños y perjuicios. Motivos por los cuales no se aceptan los cargos por la causal segunda.- **3.3.-** La causal primera se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotético contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la escogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.- **3.3.1.-** La Sala de Casación observa que en el presente recurso no existe fundamentación alguna para la causal primera, que se refiere a la violación directa de norma de derecho sustantivo; motivo por el cual no se acepta el cargo.- **CUARTO.- RECURSO DE CASACIÓN DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS.-** El peticionario considera infringidas las siguientes normas de derecho: Artículos 281, 337, 378, 412, 871, 875, 990, del Código de Procedimiento Civil.- Art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.- La causal en la que funda el recurso es la segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.- **4.1.-** Como lo explicamos anteriormente, la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación se refiere a 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 hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente; por tanto, para que prospere una impugnación por la causal segunda es necesario que se cumpla con los requisitos de tipicidad y trascendencia para que existe nulidad procesal: la tipicidad se refiere a que la causa de la nulidad debe ser una violación de solemnidad sustancial o violación de trámite, establecidos en los artículos 344 y 1014 del Código de Procedimiento Civil u otras leyes que los tipifiquen, y la trascendencia se refiere a que tal nulidad hubiere influido en la decisión de la causa o provocado indefensión y que no hubiere quedado convalidada legalmente.- **4.1.1.-** El recurrente dice que el 2 de junio de 2008 a las 17h10, los jueces de la Sala a quo, dictaron un auto con fuerza de sentencia declarando la nulidad a partir de la demanda; que el 3 de junio del 2008, a las 08h30, los actores plantearon la recusación de los jueces titulares de la Sala, aduciendo la falta de despacho, pero ese mismo día fueron notificados con el referido auto de nulidad; que los jueces titulares amonestaron a la Secretaria de la Sala. Que al haberse dictado el auto de nulidad el 2 de junio de 2008, a las 17h10, por los jueces titulares, dicho auto tenía por finalidad volver las cosas al estado anterior a la demanda, con lo cual se ponía fin al proceso, porque se trataba de un auto con fuerza de sentencia, tal como lo establece el Art. 412 del Código de Procedimiento Civil, que expresa que "vencido el término probatorio, o en caso de no ser éste procedente, se pedirán autos en relación y se pronunciará sentencia". Que los conjueces de la misma Sala, con fecha 8 de diciembre de 2009 dictan sentencia, notificada el 10 de diciembre ibídem, en la cual se deja sin efecto la nulidad emitida por la Sala el 2 de junio de 2008, las 17h10; que este último auto no podía ser revocado porque el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil dice que "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", es decir, que dicho auto con fuerza de sentencia no podía ser revocado. Que los conjueces, al dictar sentencia, han violado lo dispuesto en el Art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, ya que la motivación de tal decisión, que consta en el considerando octavo, demuestra que los juzgadores no analizaron la motivación de fondo de la declaratoria de nulidad sino que la revocan por una razón absurda y antijurídica, dado que los artículos 337 y 990 del Código de Procedimiento Civil, establecen que en el caso de las consultas por fallos adversos al Estado, se procederá como en los casos de apelación. Que es evidente la existencia de maniobras de la parte actora, con la finalidad de que la Sala de conjueces revocara el auto de 2 de junio del 2008, las 17h10, dado que en un primer momento, el 5 de junio del 2008, presentan un escrito de ampliación de la referida providencia, pero luego, el mismo día, presentan un escrito de aclaración de la providencia, para finalmente, el 6 de junio del 2008, presentan un escrito de desistimiento de la aclaración y de revocatoria del auto de nulidad. Que cuando los actores desisten del recurso de aclaración del auto de 2 de junio del 2008, las 17h10, queda ipso jure ejecutoriado el auto con fuerza de sentencia, tal como lo señala el Art. 378 del Código de Procedimiento Civil que determina que "el desistimiento

de una instancia o recurso surte el efecto de dejar ejecutoriado el auto o resolución de que se reclamó". Que los Conjueces, violaron las normas procesales contenidas en el Art. 378 del Código de Procedimiento Civil, dado que al haber desistido la parte actora de su recurso de aclaración, el fallo de los titulares estaba ejecutoriado y no podía ser jurídicamente revocado.- Respecto de estos cargos, la Sala de Casación se remite al considerando "3.2.1" de este fallo, que consta en el recurso anteriormente estudiado, sobre la supuesta imposibilidad de que puedan aclararse, ampliarse, reformarse o revocarse, por el mismo juez que los pronunció, los autos y decretos; tal criterio contraría lo dispuesto en la norma del Art. 289 del Código de Procedimiento Civil, por lo que esta Sala no acepta los cargos.- **4.1.2.-** Que en el juicio de recusación N° 111-A-2005, mediante providencia dictada el 23 de noviembre del 2009, a las 12h00, rechazaron la demanda interpuesta por el Procurador Común de los ex policías militares aduaneros, manifestando textualmente: "En lo principal y con aplicación del mandato contenido en el artículo 871 ibídem, se rechaza la misma, por no haberse cumplido con la consignación de la multa prevista en el Art. 876 del mismo cuerpo de ley… en consecuencia, la Secretaria relatora proceda al archivo de la demanda, debiendo previamente incorporar copia certificada de este auto en el juicio principal en virtud del tiempo transcurrido"; que habiendo rechazado la demanda de recusación que les quitó la competencia a los jueces titulares, y por lo tanto, perdiéndola con dicha providencia de rechazo, en lugar de devolver el juicio a los jueces titulares, "al no ser ya competentes por quedar dispuesto por ellos mismos el archivo del juicio de recusación N° 111-A-2005, proceden a dictar sentencia el 8 de diciembre de 2009, a las 10h30, revocando el fallo de los titulares" (sic). Que los conjueces al sustanciar el juicio verbal sumario N° 111-2005, violaron lo establecido en el Art. 871 del Código de Procedimiento Civil, que señala que no podrá admitirse una recusación sin que se consigne, previamente, la multa en que, según el Art. 876, debe ser condenado el recusante, a no ser que éste sea pobre de solemnidad; por cuanto si bien ellos expresan en su providencia dictada dentro del juicio de recusación N° 111-A-2005, que rechazan la demanda del mismo por no haber los actores cumplido este requisito legal, en forma inexplicable dictan un fallo no siendo competentes al tenor del Art. 875 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que "si la recusación es declarada legal, seguirá conociendo el subrogante. En caso contrario continuará interviniendo el recusado".- La Sala de Casación observa que a fojas 774 de segunda instancia, consta la providencia dictada por la Sala de Conjueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, el 23 de noviembre de 2009, las 12h00, en la que la rechazan por no haberse cumplido con la consignación prevista en el Art. 871 del Código de Procedimiento Civil; el efecto del rechazo de la demanda de recusación es de que los conjueces continúan en el conocimiento de la causa porque así lo dispone el Art. 875 del Código de Procedimiento Civil; por tanto, el cargo no tiene fundamento.- **4.1.3.-** Que existe falta de motivación exigida por el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece como deber de los jueces "motivar debidamente sus resoluciones, no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos".- Respecto de esta acusación de falta de motivación, nos remitimos al análisis realizado por similar cargo, en el considerando "3.2.2" de este fallo; y, observamos que la sentencia impugnada tiene estructura lógica, con partes expositiva, considerativa y resolutiva, dividida en ocho considerandos y resolución; que enuncia las normas y principios jurídicos en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, por lo que es un fallo perfectamente motivado. Razones por las cuales no se aceptan los cargos.- 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 la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 8 de diciembre de 2009, las 10h30.- Sin costas.- Léase y notifíquese.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty, JUECES NACIONALES.- CERTIFICO: Carlos Rodríguez García, SECRETARIO RELATOR.

CERTIFICO:

Que las ocho copias que anteceden, son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio verbal sumario No. 339-10 GNC (Resolución No. 555-2011) que por Indemnización de daños y perjuicios sigue JORGE GARCIA GONZALEZ, PROCURADOR COMUN DE LOS ACTORES contra DR. CARLOS CISNEROS, MINISTRO DE FINANZAS. Quito, a 24 de agosto de 2011.

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

No. 556-2011

Juicio:	110-2010 WG.
Actores:	Ruth Eugenia Izquierdo Iñiguez y Ángel Patricio Bustamante Palacio.
Demandados:	Luis Alberto Benalcazar Ludeña y Luisa Elizabeth Chuquirima Ramírez.
Juez Ponente:	Dr. Carlos M. Ramirez Romero.

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

Quito, a 8 de agosto de 2011; las 10h10'.

VISTOS: (Juicio No.110-2010 WG) 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 de 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 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, los demandados, Luis Alberto Benalcazar Ludeña y Luisa Elizabeth Chuquirima Ramírez, interponen recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora Chinchipe, dictada el 7 de enero del 2010, a las 11h30, que ratifica la sentencia del Juez de primer nivel, que aceptó la demanda, en el juicio verbal sumario que por obra nueva siguen en su contra Ruth Eugenia Izquierdo Iñiguez y Ángel Patricio Bustamante Palacio. El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el 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 calificado el recurso por la Sala mediante auto de 25 de octubre de 2010, las 11h25, 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 admitido a trámite. **SEGUNDA.-** Los casacionistas fundan el recurso en las siguientes causales y vicios que determina el Art. 3 de la Ley de Casación: **2.1.** En la causal primera, por falta de aplicación de los Arts. 961, 962 y 969 del Código Civil. **2.2.** En la causal segunda, por "indebida aplicación y erróena interpretación de los Arts. 100, 108 109, 40, inciso segundo y 1010 del Código de Procedimiento Civil y falta de aplicación del Art. 330 del Código Orgánico de la Función Judicial. **2.3.** En la causal tercera, por *"aplicación indebida y errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba"*. En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** Procede en primer término analizar los cargos con sustento en la causal segunda de casación, ya que de ser ciertos correspondería declarar la nulidad parcial o total del proceso, siendo entonces inútil el analizar las demás causales. **3.1.** El vicio que configura la causal segunda es la violación de las normas procesales que producen el efecto de nulidad procesal insanable o provoca indefensión al agraviado; violación que puede producirse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de esas normas. En conclusión, son requisitos para que estos vicios configuren la causal segunda de casación: a) Que la violación produzca nulidad insanable o indefensión; b) Que el vicio esté contemplado en la Ley como causa de nulidad (principio de especificidad); c) Que los vicios hubiesen influido en la decisión de la causa (trascendencia); d) Que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. La nulidad procesal insanable tiene lugar cuando se han omitido solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios o solemnidades especiales o se ha violado el trámite, siempre que dicha omisión o violación hubiere influido o pudiere influir en la decisión de la causa. Existe nulidad en todo caso de falta de jurisdicción. **3.2.** Los recurrentes dicen que se viola el Art. 100 del Código de Procedimiento Civil relativo a las excepciones dilatorias más comunes, pues los actores debieron demandar en este juicio de obra nueva a los que les vendieron el terreno, Luis Humberto Izquierdo Pacheco y Rosa Ilelda Valladarez Guamán, quienes han testificado en el juicio ordinario de prescripción y al cónyuge sobreviviente Jorge Izquierdo Pacheco, pero no a ellos que no están involucrados en el juicio de partición de la difunta esposa de Jorge Izquierdo Pacheco. Que el Juez Primero de lo Civil de Zamora y la Única Sala de la Corte Provincial de Zamora Chinchipe, que tuvo conocimiento de ambos juicios por efecto de los recursos de apelación, debieron dictar la acumulación de autos para que no se divida la continencia de la causa, cuya omisión acarrea la nulidad procesal, pues en ambas acciones existe identidad de sujeto procesal y de la cosa que se litiga, quebrantando los Arts. 108 y 109 del Código de Procedimiento Civil y se deja de aplicar el Art. 330 del Código Orgánico de la Función Judicial, que impone a la parte actora actuar al servicio de la justicia y para este objeto colaborar con los jueces y tribunales, pues las acciones propuestas contradictorias, incompatibles y dubitativas. Que además, existe una omisión sustancial al no aclarar o completar la demanda, pues en el escrito que se completa la demanda presentado el 15 de septiembre del 2009 no consta que el defensor de los actores haya firmado el escrito *"debidamente autorizado por sus patrocinados",* resultando el escrito inoficioso y sin efecto legal , por lo que no se debió aceptar a trámite la demanda, violándose los Arts. 40, inciso segundo, y 1010 del Código de Procedimiento Civil. **3.3.** Ninguno de los supuestos vicios acusados por los recurrentes constituye causal de nulidad del proceso, pues no constituyen violación de alguna de las solemnidades sustanciales comunes a todas las causas previstas en el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil; como tampoco existe violación del trámite inherentes al objeto de la demanda (ordinario, verbal sumario, especial, etc.) que haya influido o pudo haber influido en la decisión de la causa, conforme lo ordena el Art. 1010 del referido Código; es decir, no se cumple ninguno de los principios contemplados en la causal segunda de casación, como son el de especificidad y trascendencia. No procede decretar la acumulación de acciones pues el juicio de obra nueva y el juicio de prescripción adquisitiva del derecho real de servidumbre tienen objetos muy diferentes, el primero pretende la suspensión y derrocamiento de una obra sobre un bien inmueble que afecte su posesión en tanto que la otra acción tiene por objeto el adquirir un derecho real de servidumbre. Sobre la segunda acusación, cabe señalar que

la abogada defensora de los actores está plenamente facultada en la demanda para presentar a su nombre cuanto escrito sea necesario en su defensa. Por lo expresado, se desecha la acusación por la causal segunda de casación. **CUARTA.-** Corresponde a continuación analizar los cargos formulados a través de la causal tercera de casación. **4.1.** La causal tercera contiene el vicio que la doctrina llama violación indirecta, el vicio de violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que conduce a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho. El error de derecho en que puede incurrir el Tribunal de Instancia se produce al aplicar indebidamente, al inaplicar o al interpretar en forma errónea los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, para que constituya vicio invocable como causal de casación, debe haber conducido: a) A una equivocada aplicación de normas de derecho; o, b) A la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Estas condiciones completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (primera violación), conducen a otra violación, a la violación de normas de derecho (segunda violación). En conclusión, el recurrente debe determinar, especificar y citar lo siguiente: a) Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico; b) El modo por el que se comete el vicio, esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) O por falta de aplicación, 3)O por errónea interpretación. Lo que deberá precisarse en relación con un precepto jurídico de valoración probatoria en particular; por lo que no es lógica la acusación de que se ha producido más de uno de aquellos vicios en relación con un mismo precepto jurídico, puesto que estos vicios son diferentes, autónomos, independientes y hasta excluyentes entre sí. c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. **4.2.** Los recurrentes señalan que se han infringido las disposiciones de los Arts. 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil al no haberse valorado la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana critica y a los hechos sometidos a juicio, ya que dicen , haber aportado pruebas suficientes para justificar sus excepciones. **4.3.** A criterio de esta Sala, la acusación formulada por los recurrentes no es precisa, pues no señala los medios probatorios que no han sido considerandos en su conjunto, para sustentar su acusación, ni tampoco expresa en qué ha consistido la infracción a las *"reglas de la sana crítica"* en la valoración de la prueba. Además, no hacen la correlación necesaria entre el yerro del precepto de valoración de la prueba y, como consecuencia de aquello, la infracción de las normas de derecho, pues solo generaliza al decir que *"han conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia"*. En consecuencia, se desecha el cargo. **QUINTA.-** Procede analizar la impugnación formulada por la causal primera de casación. **5.1.** 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; es decir la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la norma no es aplicable al caso, es decir la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecido los hechos en el fallo, el tribunal de instancia los subsume en un norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no le corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con los presupuestos fácticos y normativos del caso. El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; es decir que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos. Implica error en cuanto a la existencia de la norma. El vicio de errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión 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. La errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma es aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o restringiéndole el que realmente ostenta. Implica error en cuanto al verdadero sentido de la norma. **5.2.** Los recurrentes acusan la falta de aplicación de las siguientes normas: del Art. 961 del Código Civil el cual establece que las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres no aparentes o discontinuas, no puede haber acción posesoria; el Art. 962 del mismo Código, relativo a que no podrá interponer acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo; y, el Art. 969 ibídem, el cual dispone que solo se pueda probar la posesión del suelo por hechos positivos

de aquellos que solo el dominio da derecho, como la corta de maderas, construcción de edificios, etc. Que dentro del término de prueba reprodujeron documentos del juicio No. 086-09 tramitado en el Juzgado Quinto de lo Civil de Zamora, deducido por los mismos actores contra los mismos accionados para que se declare la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de una franja de su propiedad para destinarla a servidumbre, que ha sido rechazada en sentencia de 31 de agosto del 2009 y por apelación se encuentra en esa Sala de la Corte Provincial. Que la acción de prescripción de la supuesta servidumbre la rechaza el juzgado por considerar que los actos de mera facultad, mera tolerancia y que no resulten gravamen no confieren posesión. Que del proceso consta el certificado del Municipio de Zamora fs. 28, prueba documental de fs. 29 a 36, certificado del Registrador de la Propiedad, que prueban su derecho real en este juicio. Que los demandados no han aportado prueba que justifique los presupuestos legales que manda la ley para esta clase de acciones, lo que resta valor legal a la acción de obra nueva. **5.3.** Del contexto de las disposiciones que regulan el ejercicio de la acción de obra nueva se establece la necesidad de que concurran los siguientes elementos para que proceda esta acción: 1) Naturaleza. La obra nueva constituye una acción posesoria especial, que tiene como fundamento la posesión, no el dominio (Arts. 967, 974 del Código Civil); 2) Objeto. La obra nueva, como las acciones posesorias comunes, tienden a conservar un estado de hecho y además tienen un carácter preventivo en cuanto persiguen la suspensión de la obra nueva que perturba la posesión del denunciante, Art. 974 (Ex 994) del Código Civil y Art. 681 del Código de Procedimiento Civil; 3) Obras denunciables. En general, las obras nuevas denunciables son las que *"se trate de construir",* es decir que estén en vías de ejecución o se hayan comenzado, pero no se han terminado o concluido; y, las demás que la ley determina (Art. 974, 975 del Código Civil); 4) Legitimación activa. El actor debe probar que mantiene posesión actual del suelo sobre el cual se construye o trata de construir la obra nueva ; 5) Legitimación pasiva. La denuncia o acción debe dirigirse contra el dueño de la obra nueva; 6) La posesión material debe justificarse por uno de los medios enumerados en el Art. 969 del Código Civil, esto es: la corta de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y en general, por hechos positivos, de aquéllos a que sólo el dominio da derecho; 7) El proponente de la acción debe probar que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo. Para el ejercicio de esta acción es suficiente la posesión material Art. 962 del Código Civil; 8) La acción de obra nueva debe deducirse dentro del año, a contarse desde la iniciación del atentado posesorio, conforme lo dispone el inciso tercero del Art. 992 del Código Civil; 9) La acción de obra nueva se sujeta al trámite del juicio verbal sumario, con las modificaciones contenidas en el parágrafo 2do., Sección 11ª, Título II, Libro II del Código Civil. En doctrina, Alessandri, Somarriva y Vodanovic H, definen así a la denuncia de obra nueva*: "La denuncia de obra nueva tiene sus orígenes en la nunciatio novi operis del Derecho Romano. En nuestra legislación, puede definirse como la acción judicial que, a fin de prevenir un daño, se dirige a lograr la suspensión de los trabajos de una obra nueva, comenzados o a punto de comenzarse, hasta que en el juicio correspondiente se resuelva sobre el derecho a continuar o no la obra", y agregan "La acción supone trabajos no concluidos, pues su objeto es impedir o suspender la obra, y no destruirla. Por tanto, si los trabajos están ya hechos o concluidos, corresponde deducir la querella de amparo, la de restitución o un interdicto especial, según los casos"* (Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva V., Antonio Vodanovic H. Tratado de los Derechos Reales. Bienes Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 6ª edic. p. 374). **5.4.** En la especie, los casacionistas expresan el vicio e indican en qué consiste el hipotético jurídico contenido en las disposiciones del Código Civil antes mencionadas, pero no señalan en qué ha consistido el vicio de falta de aplicación de los indicados artículos y más bien se refieren al derecho o no de los actores en otro proceso de adquisición por prescripción del derecho real de servidumbre, asunto que no es motivo de esta causa de obra nueva; además, reiteran en expresar que demostró su derecho de propiedad y que la parte actora no ha aportado prueba de su acción, cuando al tratarse de la causal primera, como se indicó anteriormente, lo que se debe acusar es la violación directa de la norma independientemente de los hechos, que se consideran aceptados por las partes. Sobre la naturaleza jurídica de la causal primera de casación, la ex Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente: *"Respecto a los cargos por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación se anota: a) Cuando el juzgador dicta sentencia y hace la valoración del material probatorio de acuerdo con la operación intelectual mencionada en el considerando precedente, luego de reducir los hechos a tipos jurídicos conducentes, busca la norma o normas que le son aplicables. A esta operación se le llama en la doctrina subsunción del hecho a la norma. Una norma de derecho sustancial estructuralmente contiene dos partes: la primera, un supuesto de hecho y la segunda un efecto jurídico. La primera parte, es pues, un supuesto, y la segunda, una consecuencia, un efecto. Muchas veces una norma no contiene estas dos partes sino que está complementada con otra u otras normas, con todas las cuales se forma una proposición jurídica completa. La subsunción no es sino el encadenamiento o enlace lógico de una situación específica concreta con la previsión abstracta genérica o hipotética contenida en la norma. El vicio de juzgamiento contemplado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se da en tres casos: 1. Cuando el juzgador no subsume la situación fáctica específica y concreta en la norma o normas de derecho que corresponden, y que de haberlo hecho la parte resolutiva de la sentencia hubiera sido distinta de la adoptada; 2. Cuando el juzgador no obstante entender correctamente la norma la subsume en situaciones fácticas diferentes de las contempladas en ella, y 3. Cuando el juzgador subsume el caso en la situación prevista por la norma, pero le atribuye a esta un sentido y alcance que no le corresponde. En la sentencia pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Quito se llega a la conclusión de que la actora no tenía la calidad de poseedora del inmueble cuyo amparo posesorio solicita; mal podía por tanto subsumir esta situación fáctica a normas de derecho que amparan al poseedor y , por tanto, la sentencia no incurre en el vicio contemplado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Es necesario destacar que al tratarse de cargos apoyados en esta causal se dan por ciertas las conclusiones sobre la situación fáctica a que ha llegado el sentenciador de instancia. Sobre este asunto Murcia Ballén dice: "Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la*

demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el tribunal. En tal evento, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero, en todo caso, con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas" (Recurso de Casación Civil, Tercera Edición, Librería el Foro de la Justicia, Bogotá- Colombia, 1983 Pág. 322). (Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. No. 2. p. 341.). En este mismo sentido, se ha expresado que: "*El recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de la materia no cabe consideración en cuanto a los hechos ni lugar a ningún análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada en la demanda y en la contestación a la demanda, respectivamente; luego de recudir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca las normas o normas de derecho sustantivo que les sean aplicables*." (Resolución 323, de 31 de agosto del 2000, R.O. No. 201 de 10 de noviembre del 2000). En tal virtud, se desecha también la acusación con cargo en la causal primera de casación. 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 pronunciada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora Chinchipe, materia del recurso de casación. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales y Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- Lo que comunico para los fines de ley.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.-

Certifico:

Que las cinco (5) copias que anteceden son iguales a sus originales tomadas del juicio verbal sumario No. 110-2010 WG (Resolución No. 556-2011) que sigue Ruth Eugenia Izquierdo Iñiguez y Ángel Patricio Bustamante Palacio contra Luis Alberto Benalcazar Ludeña y Luisa Elizabeth Chuquirima Ramírez. Quito, a 24 de agosto de 2011.

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

No. 557-2011

Juicio: 321-2010 GNC.

Actora: Monica Velasco Becerra.

Demandado: Marcelo Andrade Morillo.

Juez Ponente: Dr. Manuel Sánchez Zuraty.

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

Quito, 8 de agosto de 2011, las 10h20.

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 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, la actora Mónica Beatriz Velasco Becerra, en el juicio ordinario por indemnización de daños y perjuicios propuesto contra Marcelo Andrade Morillo, deduce recurso de casación contra la sentencia de mayoría dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 21 de enero de 2010, las 15h57 (fojas 25 a 26 vuelta del cuaderno de segunda instancia), que desecha el recurso de apelación y confirma en fallo recurrido que desechó la demanda.- 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 en esta Sala, mediante auto de 28 de julio de 2010, 14h38.- **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.-** La peticionario considera infringidas las siguientes normas de derecho: Artículos 75 de la Constitución de la República; 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; 71, 828 y 835 del Código de Procedimiento Civil; 4, 6, 22, 28, 100 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 1572 y 1505 del Código Civil.- Las causales en la que funda el recurso son la primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.- **CUARTO.-** Por principio de supremacía constitucional, reconocido en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador,

corresponde analizar en forma precedente las impugnaciones por inconstitucionalidad, pero como han sido invocadas en el marco de las causales presentadas, se las estudiará en ellas.- **QUINTO.-** Corresponde analizar en primer término la causal segunda porque de aceptarse la nulidad, sería innecesario considerar las demás impugnaciones. La causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación se refiere a 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 hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente; por tanto, para que prospere una impugnación por la causal segunda es necesario que se cumpla con los requisitos de tipicidad y trascendencia para que existe nulidad procesal: la tipicidad se refiere a que la causa de la nulidad debe ser una violación de solemnidad sustancial o violación de trámite, establecidos en los artículos 344 y 1014 del Código de Procedimiento Civil u otras leyes que los tipifiquen, y la trascendencia se refiere a que tal nulidad hubiere influido en la decisión de la causa o provocado indefensión y que no hubiere quedado convalidada legalmente.- **5.1.-** La recurrente acusa errónea interpretación de los artículos 67 numeral 5 y 69 del Código de Procedimiento Civil, y falta de aplicación del Art. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial. Explica que la sentencia impugnada, en el considerando quinto realiza varios razonamientos sobre la determinación de la cuantía en la demanda y también cita resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, inclusive de triple reiteración, a fin de sustentar la exigencia de ese requisito para la procedencia de la acción de daños y perjuicios; que ese considerando concluye señalando que "la falta de determinación de la cuantía impide saber cuál fue el alcance de la pretensión de la actora y esta Sala no puede ordenar el pago de valores que no fueron determinados ni cuantificados por la supuesta perjudicada". Que pese a las infundadas reflexiones de la Sala sobre el incumplimiento de las condiciones previstas en el Art. 1505 como requisito de procedibilidad para demandar daños y perjuicios, la verdadera razón por la que en voto de mayoría se inadmite su recurso de apelación, es la falta de cuantificación de lo reclamado en la demanda. Que sería válida la argumentación de la Sala, si hubiera demandado el pago de daños y perjuicios, en cuyo caso serían aplicables los fallos y la doctrina invocados en la sentencia; que la Sala no se percató que demandó la declaratoria de un derecho y de una obligación.- **5.2.-** Como lo referimos en la parte inicial de este considerando, para que opere la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, deben cumplirse los principios de tipificación y trascendencia de la nulidad procesal; esto es, que la nulidad debe estar expresamente tipificada en la ley, y que tal nulidad influya en la decisión de la causa o provoque indefensión. En el caso, ninguna de las normas invocadas al tenor de esta causal contiene tipificación de nulidad procesal alguna, por lo que no se cumple el principio de tipicidad, y consecuentemente, no puede haber trascendencia en la decisión de la causa; motivos por los cuales no se aceptan los cargos.- **SEXTO.-** La causal primera se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotético contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la escogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.- **6.1.-** Sobre esta causal, la recurrente acusa aplicación indebida de las normas de los artículos 1572 y 1505 del Código Civil; y, falta de aplicación del Art. 75 de la Constitución de la República, y de los artículos 4, primer inciso; 6; 22, en relación con el Art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sobre el acceso a la justicia; 28; y, 100 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. Luego de transcribir el considerando "cuarto" del fallo impugnado, explica que se ha invocado disposiciones legales sin razón alguna, únicamente para dar asidero a la resolución de mayoría, así, se refiere al daño moral (artículo 2232 del Código Civil), pero su reclamo no se orienta a tal daño. Luego refiere una obra de Enrique Paillas, Responsabilidad Médica, quinta edición actualizada, LexisNexis Chile, sobre la relación contractual médico paciente; que en consecuencia, es un contrato civil, bilateral, oneroso y consensual; que en ese contexto, la irresponsable y culposa intervención quirúrgica del médico Marcelo Andrade, con la que dice le ha ocasionado grave daño, se rige por el artículo 1941 del Código Civil, por ser un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales; que significa que en este tema se encuentra de acuerdo con la Sala, pero en lo que difiere es en la aplicación de los artículos 1572 y 1505 del Código Civil, pues exige la resolución o el cumplimiento del contrato para que proceda el reclamo de daños y perjuicios, como si la acción propuesta fuera de esa naturaleza. Luego transcribe el pronunciamiento de la Cámara Nacional Federal, Sala III de Buenos Aires, sobre la responsabilidad médica (Tratado de Responsabilidad Médica, Marcelo J. López Mesa). Que no ha solicitado el pago de daños y perjuicios, que ello hubiera sido en la vía verbal sumaria; que su demanda ordinaria se orienta a obtener la declaratoria de la obligación del doctor Marcelo Andrade, de pagar en su favor la indemnización de perjuicios por la intervención quirúrgica que le ha

perjudicado; que por esta razón la Sala aplica indebidamente los artículos 1572 y 1505 del Código Civil y hace mal cuando recurre a varios fallos que nada tienen que ver con su demanda, que no es de pago de daños y perjuicios sino de declaratoria de una obligación y su correlativo derecho.- **6.2.-** Esta Sala de Casación observa que en la demanda que obra de fojas 51 a 61 de primera instancia, la actora demanda que "en sentencia declare la obligación que tiene el prenombrado de pagar en mi favor la indemnización de perjuicios por haber realizado en mi persona la operación quirúrgica, relatada en los fundamentos de hecho, de manera imperfecta. En la indemnización de perjuicios reclamada se incluirá el daño emergente y el lucro cesante. Usted en sentencia ordenará el pago de costas procesales en los que se incluirán los honorarios de mis abogados defensores, que serán regulados de conformidad con la Ley de Federación de Abogados"; para lo cual, poco antes, en el mismo libelo, invoca las normas relativas al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y al incumplimiento de los contratos del Código Civil, en especial los artículos 1960, 1963 y 1599. De tal manera que son falsas las afirmaciones que hace la actora en el recurso de casación, de que no ha demandado el pago de daños y perjuicios, porque eso contradice claramente lo expresado en su demanda. Ahora bien, la motivación que utiliza el Tribunal ad quem para rechazar la demanda se resume en el siguiente párrafo del considerando cuarto: "… Examinado el caso a la luz de la jurisprudencia citada la actora demanda la indemnización de daños y perjuicios sin ejercer la acción principal de resolución o cumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, razón por la cual la acción se torna improcedente y en estas condiciones no es preciso analizar la prueba aportada"; esta cita demuestra que los juzgadores están refiriéndose exactamente a la materia de litis, en base a la pretensión defectuosa presentada por la actora. En efecto, el Art. 1505 del Código Civil contiene la institución conocida como "condición resolutoria tácita", que dice: "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero , en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios"; esta norma ha sido correctamente aplicada por el Tribunal ad quem, porque no es posible demandar indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, si no se pide también la resolución o el cumplimiento del contrato, como bien consta en la referencias jurisprudenciales que hacen los juzgadores de segunda instancia en su fallo.- La pertinencia de la aplicación del Art. 1572 del Código Civil es obvia, porque contiene una norma que se refiere a la composición de los daños y perjuicios con 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, excepto los casos en que la ley la limita al daño emergente, y el daño moral; además, en su misma demanda la recurrente solicita el pago de la indemnización de perjuicios incluidos el daño emergente y el lucro cesante, por lo que no tiene sentido lógico que en el recurso de casación acuse la indebida aplicación de los artículos 1505 y 1572 del Código Civil.- Las acusaciones de falta de aplicación del Art. 75 de la Constitución de la República, y de los artículos 4, primer inciso; 6; 22, en relación con el Art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sobre el acceso a la justicia; 28; y, 100 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, que se refieren a garantías judiciales y acceso a la justicia, no tienen fundamentación, porque de ninguna manera la recurrente demuestra que no ha tenido acceso a la justicia, o que se ha obstaculizado su derecho de defensa; derechos que esta Sala considera han sido respetados en toda la tramitación del presente juicio sin que en momento alguno la actora hubiere quedado en indefensión.- En general, la actora, en la proposición del recurso de casación niega que haya demandado la indemnización de daños y perjuicios, y sobre esa premisa falsa que contradice la redacción de la demanda, construye las impugnaciones que presenta, lo cual no puede ser aceptado porque es inconsistente con los méritos del proceso. Razones por las cuales no se aceptan los cargos.- 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 la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 21 de enero de 2010, las 15h57.- Sin costas.- Léase y notifíquese.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty, JUECES NACIONALES.- CERTIFICO: Carlos Rodríguez García, SECRETARIO RELATOR.

CERTIFICO:

Que las cuatro copias que anteceden, son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio ordinario No. 321-2010 GNC (Resolución No. 557-2011) que por daños y perjuicios sigue MONICA VELASCO BECERRA contra MARCELO ANDREDE MORILLO. Quito, a 24 de agosto de 2011.

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

No. 558-2011

Juicio: 946-2010 WG.

Actora: Yunnia Pacheco Barzallo.

Demandado: José Córdova Medina.

Juez Ponente: Dr. Galo Martínez Pinto.

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

Quito, 8 de agosto de 2011; las 10h30'.

VISTOS:- (Juicio No. 946-2010 WG) Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala 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 pronunciada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre, de 2008, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del ese año, posesionado s el 17 de diciembre del mismo año ante el Consejo de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la resolución sustitutiva adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, en el juicio sumario especial de alimentos y declaración de paternidad seguido por Yunnia Pacheco Barzallo contra la parte demandada representada por José Córdova Medina en el que se desechó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y que confirmó el auto subido en grado en el sentido que allí se indica, esto es, declarando con lugar la demanda; ésta deduce recurso extraordinario de casación respecto del auto pronunciado el 18 de agosto de 2010, a las 11h05 por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, con sede en Machala y que confirmó el de primer nivel, como está dicho y en los términos que allí se mencionan, rechazando por tanto el recurso de apelación interpuesto, dentro del juicio ya expresado, seguido contra la parte recurrente. Aceptado a trámite el recurso extraordinario de casación y, encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo, la Sala efectúa las consideraciones previas siguientes: **PRIMERA.-** Declarar su competencia para conocer el recurso extraordinario de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación y por cuanto esta Sala calificó el recurso de la relación por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades exigidas por el artículo 6 de la ley de la materia, admitiéndolo a trámite. **SEGUNDA.-** La parte recurrente, fundamenta su recurso extraordinario aduciendo la trasgresión de las normas jurídicas contenidas en los artículos siguientes: 76, numerales 1, 3 y 7, literales a, c, k de la Constitución de la República del Ecuador; y 346.2, 355 y 1014 del Código de Procedimiento Civil y 132 del Código de la Niñez y Adolescencia; y la causal por virtud de la cual ataca el fallo pronunciado es la segunda del artículo 3 de la Ley de Casación; particulares que analizaremos pormenorizadamente más adelante. De este modo, queda circunscrito los parámetros dentro de los cuales se constriñe el recurso planteado y que será motivo de examen de este Tribunal de Casación, conforme al principio dispositivo consignado en los artículos 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, actualmente en vigencia y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.** Corresponde examinar el cargo que se le reprocha a la sentencia al tenor de la causal segunda que es la única que se ha mencionado en el memorial. Como allí se expresa la supuesta trasgresión de una norma constitucional, su examen invitaría a hacérselo en primer orden por aquello del principio doctrinal y positivo de la supremacía constitucional; mas, como se la menciona inmersa en la causal de la relación, su estudio se hará en ese contexto. La causal segunda que se configura, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, y siempre que hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiese quedado convalidada legalmente; doctrinariamente hablando es conocida también como de error *"in procedendo"*. La nulidad procesal, como se conoce, se rige por los principios de especificidad y trascendencia; es decir, deben estar previamente consignados en la ley y, además, ser de tal naturaleza que la trasgresión de las normas que lo informan afecte en verdad, sustantivamente, el trámite procesal y además, que sean insuperables, esto es, insanable. Aduce la parte recurrente en su memorial del recurso extraordinario de casación, que en la expedición del fallo que se reprocha se trasgredió la garantía fundamental consignada en la Constitución de la República del Ecuador (artículo 76 numerales 1, 3 y 7). Esta norma, dice relación a las garantías básicas que deben existir para garantizar el derecho al debido proceso; el numeral primero, que versa en tomo de la garantía al cumplimiento de las normas y derechos de las partes; el numeral tres, que expresa que *"Sólo se podrá juzgar a una persona ante un Juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento";* y el numeral siete, referente al derecho de las personas a la defensa que incluirá, las siguientes garantías en cuyo literal e, atinente al caso, *"Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones",* y, el literal k), aducido también, ser juzgado por un juez "*competente*". **3.1** En la especie, se advierte, que la parte actora demandó ante el Juez de lo Civil de Pasaje, provincia de El Oro pidiendo, expresamente, citar al demandado en *"su lugar de trabajo Hospital Felicísimo Rojas de la ciudad de Guayaquil ubicado junto al parque California, vía a Daule, por lo que se deprecará a uno de los señores Jueces de la Niñez y Adolescencia de dicha jurisdicción para el cumplimiento de la diligencia"*; accionando la pretensión ante un órgano jurisdiccional que no era competente, pudiendo argumentarse que lo sustrajo de su juez natural por lo menos momentáneamente, por lo que dicho juzgador debió, quizá, haberse absteejdo de tramitar o sustanciar el proceso inhibiéndose del conocimiento del asunto; **3.2** Sin embargo, resulta entonces evidente que, independientemente de lo anterior, el demandado compareció a juicio posteriormente y dedujo excepciones, actuó pruebas en orden a no quedar en indefensión, al margen que pretendiendo la declaratoria de nulidad se bubiesen invocado disposiciones de orden supremo y no únicamente procedimentales, que no han resultado vulneradas, como se aduce; dándose una especie de prorrogación de la competencia y, con ello validando al proceso desde que la obligación debía cumplirse en el domicilio de la actora (fuero concurrente) y excepción, por así decirlo, a la norma contenida en el artículo 24 del libro procesal civil que consigna que toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante su juez competente determinado por la ley, en el caso de la relación, el de su

domicilio, en la ciudad de Guayaquil. En la especie, el juzgador de la ciudad de Pasaje, no lo hizo y con ello dio lugar, por así decirlo, a este otro fuero concurrente dándose, como ya está dicho, una prorrogación de la competencia, válidamente según la ley. **3.3** Adicionalmente, tampoco se afectó con el proceder de la relación la norma contenida en el artículo 346.2 del Código de Procedimiento Civil, correspondiente a una de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, por lo ya expresado, pues el juez o tribunal actuó con plena competencia, que no es otra cosa que la medida dentro de la cual la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados; y así las cosas, los jueces que conocieron el asunto no tenían por qué declarar nulidad alguna, pues la competencia es un presupuesto necesario de orden público que debe observarse ciertamente sin que se pueda argüir que hubo una comparecencia forzada ante un juez distinto como para argüir que pudo haber habido indefensión. No se ha demostrado, en consecuencia, que se afectó las normas contenidas en los artículos 355 y 1014 del mismo Código de Procedimiento Civil ya que no ha habido vulneración del trámite atento a la naturaleza del asunto que se está juzgando y que hubiese podido influir en la decisión de la causa. De la misma forma, tampoco se ha sustentado ni demostrado dónde la violación del artículo 132 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y que tiene que ver con la *"cadena de custodia"* de las pruebas biológicas. Por lo demás, no ha habido en la nulidad argumentada indefensión, trascendencia ni especificidad que, como se dijo, son los principios básicos que informan de la causal de nulidad. Expresar un parecer y discrepar de la forma cómo el tribunal de segundo nivel ha valorado las distintas actuaciones procesales no son motivo ni causal de nulidad. Por tanto, se desestima el cargo que se le imputa al auto resolutorio pronunciado al amparo de la causal segunda. Por las motivaciones y consideraciones precedentes y sin que sea menester otras, esta Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, no casa el auto resolutorio del que se ha recurrido y que fuera expedido por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de El Oro, sede en la ciudad de Machala, el 18 de agosto de 2010, a las 11h05. Léase, notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales y Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Certifico:

Que las dos (2) copias que anteceden son iguales a sus originales tomadas del juicio especial No. 946-2010 WG (Resolución No. 558-2011) que sigue Yunnia Pacheco Barzallo contra José Córdova Medina

Quito, a 24 de agosto de 2011.

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

No. 578-2011

Juicio: 644-2009 ER.

Actora: Sandra Elizabeth Paredes Cañar.

Demandados: Bolívar Pineda Loayza y otros.

Juez Ponente: Dr. Galo Martínez Pinto.

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

Quito, 16 de agosto de 2011, las 09H45.

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 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, la actora Sandra Elizabeth Paredes Cañar en el juicio ordinario que por tercería excluyente de dominio sigue contra Bolívar Pineda Loayza y otro, aquélla deduce recurso extraordinario de casación de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 11 de mayo de 2009, las 14h29 que revocó el fallo de primer nivel subido en grado declarando sin lugar la demanda por "falta de legítimo contradictor". El recurso se encuentra en estado de resolución; para hacerlo, se hacen las consideraciones siguientes: **PRIMERA:-** Declarar la Sala su competencia 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; y los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la ley de la materia. El recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite en esta Sala, mediante auto de 11 de noviembre de 2009, las 08h40. **SEGUNDA:-** 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.- **TERCERA:-** La peticionaria considera infringidas las siguientes normas contenidas en los artículos siguientes: 1, 11.3; 86.2, lit..e); 169, 321 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador; 4, 5, 6, 7 inciso tercero; 23, 25 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial; y 502 del Código de Procedimiento Civil. Las causales argumentadas son la primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Toca efectuar el estudio del recurso planteado al amparo de la causal segunda, que es la mencionada en el memorial. Como allí se refiere, además, la supuesta trasgresión de normas constitucionales, su examen invitaría a hacérselo en primer orden por aquello del principio doctrinal y positivo de la supremacía constitucional; mas, como se las menciona inmersas en la causal de la relación, su estudio se hará en ese contexto. La causal segunda que se configura, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, y siempre que hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiese quedado convalidada legalmente; doctrinariamente hablando es conocida también como de error "in procedendo". La nulidad procesal, como se conoce, se rige por los principios de especificidad y trascendencia; es decir, deben estar previamente consignados en la ley y, además, ser de tal naturaleza que la trasgresión de las normas que lo informan afecte en verdad, sustantivamente, el trámite procesal y además, que sean insuperables, esto es, insanable. Aduce la parte recurrente en su memorial del recurso extraordinario de casación, que en la expedición del fallo que se reprocha se trasgredieron las garantías fundamentales consignadas en la Constitución de la República del Ecuador; así, los artículos 1, 11.3, 86.2, literal e, 169, 321 y 424. Estas normas, dice relación, de manera genérica y abstracta, a que el Ecuador es un ente constitucional de derechos y justicia; a que los principios para el ejercicio de los derechos se rige por ciertos principios, entre los que figuran los consignados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y que además, serán de inmediata y directa aplicación; a las garantías jurisdiccionales que se regirán por principios de celeridad y que no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho así como que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades como si la exigencia procesal de la existencia de legítimo contradictor fuese una cuestión de "formalidad", al punto de sostener, indebidamente, que el fallo del tribunal de segundo nivel, "al utiliza los razonamientos formales que tiene la sentencia se está retardando la justicia y su solución rápida"; al reconocimiento que hace el Estado ecuatoriano al derecho a la propiedad, impertinente al terma en examen; y al precepto de la supremacía constitucional y que en opinión de la parte recurrente ha habido una "falta de aplicación" de todas esas normas. Esas garantías, responden a una filosofía de acción jurídica política en que se inspira el Estado ecuatoriano pero, son normas de orden genérico y abstracto que, si no se relacionan con disposiciones concretas y específicas y demuestra la afectación de estas últimas, su enunciado queda solo en una declaración lírica y romántica. Y neciamente se reitera en decir que "no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades en mi caso existe el título de propiedad del inmueble sin ningún gravamen con la certificación del Registrador de la Propiedad del cantón Gonzanamá entonces tengo derecho a excluir mi propiedad de los gravámenes para responder deudas ajenas;…" cuando en verdad la recurrente al haber intervenido en la escritura pública únicamente en representación de sus padres y no por sus propios derechos, no ejerce dominio alguno respecto del bien que pretende excluir; lo cual nada tiene que ver con la garantía constitucional de la función social a la propiedad, allí garantizada. Por tanto, al no haberse demostrado afectación de preceptos de orden supremo se desestima el cargo efectuado al amparo de esas normas superiores. En lo tocante a la norma consignada en el artículo 502 del libro procesal civil, supuestamente inaplicado en el fallo que se cuestiona a propósito de esta causal segunda, es de señalar que este precepto dice relación al requisito que debe observarse para proponer la tercería excluyente de dominio, obviamente deberá presentarse título que justifique el dominio en que se funde; y, en la especie, el título no hace relación a la actora pues, reiteramos, esta actuó en representación de sus padres y no por sus propios derechos por manera que no se ha justificado dominio alguno debiendo incluso habérsela rechazado por maliciosa; en consecuencia, no ha habido "falta de aplicación" de la norma de la elación, como se aduce y, por lo mismo no se ha demostrado la vulneración en cuestión. Por otra parte, esa misma norma procedimental, ha sido utilizada por la parte recurrente, indebidamente, a propósito también de la causal primera lo cual es inadmisible en tratándose de este recurso extraordinario y con el mismo argumento o vicio: "falta de aplicación". Por lo expuesto, se desestima el cargo al aparo de la causal segunda. **CUARTA:-** Corresponde ahora efectuar el análisis en referencia a la causal primera. Esta, imputa vicios "in iudicando" y puede darse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Aquí, tampoco se permite revalorar la prueba ni fijar nuevamente hechos ya establecidos, que se dan por aceptados pues, la esencia de esta causal apunta a demostrar, jurídicamente, la vulneración propiamente dicha de normas de derecho. Es que cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la veracidad de determinados hechos, alegados otra por el actor ora por el demandado (demanda y contestación); luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables (subsunción del hecho en la norma y que es una operación de abstracción mental propia del intelecto humano). Una norma material, estructuralmente hablando, tiene dos partes por así decirlo: un supuesto y una consecuencia. En ocasiones, la norma carece de estas dos partes pero se complementa con una o más normas con las que forma una proposición jurídica completa. La subsunción no es sino la operación o encadenamiento lógico mental, propio de la lógica formal, de una situación fáctica, específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma en cuestión. El vicio de juzgamiento o "in iudicando" contemplado en esta causal se da en tres casos: 1. Cuando el juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el Juez entiende rectamente la norma pero la

aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica, de exégesis jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene. En la especie, la parte recurrente aduce, pretendiendo sustentar su recurso, "falta de aplicación" del mismo artículo 502 del Código de Procedimiento Civil y que ya antes, también invocó con ocasión de la causal segunda; lo cual determina se torne imposible efectuar control de legalidad alguno. Se hace mención también, acerca de una "errónea interpretación" de las jurisprudencia mencionada en el fallo que se cuestiona y que, en opinión de la parte recurrente "son ajenas a la Litis", sin fundamentar en el memorial, en modo alguno, el porqué de su aserto por lo que no es posible tampoco hacer control de legalidad alguno; a más que es enteramente conocido que debe haber una integración cabal de los litisconsorcio y que, de no estar debidamente constituidos en la relación procesal, no hay legítimo contradictor o legitimatio ad causam, y, por lo mismo, no es posible hacer un pronunciamiento de fondo. Por tanto, no ha lugar al cargo efectuado al amparo de la causal primera. Por las consideraciones y motivaciones precedentes, esta 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 de la que se ha recurrido y que fuera pronunciada por Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, sede Loja, el 11 de mayo de 2009, a las 14h29. Sin costas ni multas. Léase, notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty , JUECES NACIONALES y Carlos Rodríguez García que certifica.

RAZON: Las tres (3) copias que anteceden son iguales a sus originales, constantes en el juicio No. 644-2009 ER (Resolución No. 578-2011); que sigue Sandra Elizabeth Paredes Cañar contra Bolívar pineda Loayza y otros.

Quito, 24 de agosto de 2011.

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

No. 579-2011

Juicio: 387-2010 B.T.R..

Actor: Esteban Calle Calle y o.

Demandado: Geovanny Villa Ayora.

Juez Ponente: Doctor Carlos Ramírez Romero.

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

Quito, agosto 16 de 2011; las 15h00´.

VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de 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 de 2008, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la Resolución Sustitutiva aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sesión de 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial 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, el demandado, Giovanny Villa Ayora, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, dictada el 30 de marzo de 2010, las 09h00, que confirma la sentencia del Juez de primer nivel, que admitió la demanda, en el juicio ordinario que, por reivindicación, siguen en su contra Esteban, Marcia y Patricia Calle Calle. El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el 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 calificado el recurso por la Sala mediante auto de 25 de octubre de 2010, las 08h30, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el artículo 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. **SEGUNDA.-** El casacionista fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 2392, 2393, 2398 y 2411 del Código Civil. En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** Procede analizar el cargo por la causal primera de casación. 3.1. 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; por tanto, la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la norma no es aplicable al caso, en consecuencia, la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecido los hechos en el fallo, el Tribunal de instancia los subsume en un norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no le corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con los presupuestos fácticos y normativos del caso. El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; es decir que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el Tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos. Implica error en cuanto a la existencia de la norma. El vicio de 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. La errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma es aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o restringiéndole el que realmente ostenta. Implica error en cuanto al verdadero sentido de la norma. 3.2. Al fundamentar el recurso, expresan que existe falta de aplicación de los artículos 2392, 2393, 2398 y 2411 del Código Civil, porque no procedía la demanda de reivindicación cuando alegó a su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio como reconvención, luego de probar los fundamentos de hecho y de derecho, por haber mantenido el bien inmueble en forma pública, pacífica, ininterrumpida, haciendo actos de señor y dueño por más de quince años, como lo ha demostrado con la preuba testimonial, documental e inspección judicial, al haber reunido todas las condiciones que la Ley determina para la procedencia de la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio como son: 1. Haber mantenido la posesión real, posesión material del inmueble que ha de pretender prescribir, por más de quince años, en forma pública, pacífica, ininterrumpida, como señor y dueño; 2. Haber demostrado con la inspección judicial la individualización del bien inmueble; 3. Haber dirigido su pretensión a quienes aparecen como titulares del dominio del predio; y, 4. Que el bien que ha pretendido prescribir se halla en el comercio y fue suceptible de apropación. Agrega que de esos enunciados se desprende que la acción de prescripción de dominio la ha dirigido contra quienes pretenden reivindicar el bien raíz, no contra Beningno Calle Saquipay, es decir, quienes aparecen como dueños del inmueble según el certificado del Registro de la Propiedad, según fallo de triple reiteración de la ex Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Que en la sentencia que recurre que ha reconocido el derecho de propiedad de Beningno Calle Saquipay, pero él no lo ha demandado, por lo que mal puede prosperar el argumento. Que la sentencia ha dejado de aplicar las normas que cita en el recurso de casación, pues señala que "sobre la acción reivindicatoria prima su derecho a la prescripción". 3.3. Esta Sala estima, que las normas que el recurrente acusa como infringidas, por falta de aplicación, se refieren: el artículo 2392 del Código Civil, a lo que la ley define como prescripción en general, al tratarse de un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberlas poseído, así como a la prescripción de las acciones, por no habérselas ejercido en el plazo y condiciones previstas en la ley; el artículo 2393, a que quien pretende aprovecharse de la prescripción debe alegarla, pues el juez no puede declararla de oficio; el artículo 2398, a que se puede ganar por prescripción, salvo lo establecido en la Constitución, el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, cuando se los ha poseido durante el tiempo y las condiciones que prescribe la ley; y, el artículo 2411, el cual dispone que el tiempo para ganar el dominio por prescripción extraordinaria es de quince años, contra toda persona, excepto las enumeradas en el artículo 2409. En la especie, tenemos que el demandado, Giovanny Villa Ayora, ha formulado, vía reconvención, se le conceda la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, ha ocupado en forma gratuita varias piezas en el inmueble ubicado en la Calle Estévez de Toral No. 07-80 de la ciudad de Cuenca, con el consentimiento de quien en vida fuera su propietario, Beningo Calle Saquipay, quien en un acto altruista le entregó en uso para que viviera con su familia, conforme lo reconoce el propio demandado, Giovanny Villa Ayora, al constestar la demanda; por tanto, en aquella época, ocupó parcialmente el inmueble como mero tenedor, según lo conceptúa el artículo 729 del Código Civil, que establece: *"Se llama mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenecen. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo el dominio ajeno"*. Que esta mera tenencia se transformó en posesión al tiempo de

fallecer Benigno Calle Saquipay, esto es, el 27 de marzo de 2003 (fojas 1 del cuaderno de cuaderno de primer nivel) y cuando sus herederos, los ahora actores, intentaron tomar posesesión del bien (fojas 81 y 82), sin que tal posesión cumpla con el plazo de quince años previsto en el artículo 2411 del Código Civil, pues desde la fecha de fallecimiento de Benigno Calle Saquipay hasta la fecha en que se le citó con la demanda de reivindicación porpuesta por Esteban Calle Calle y otros, el 26 de julio de 2008, solo han transcurrido algo más de cinco años. En tal virtud, no cabe reconocer el derecho de prescripción adquisitiva de dominio del recurrente, al no haberse cumplido con el requisito de posesión por al menos quince años, según lo previsto en el artículo antes indicado, de tal manera que no se ha incurrido en la falta de aplicación de las normas de derecho que se expresan en el recurso de casación. Consecuentemente, se desecha el cargo. Por las consideraciones que anteceden 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 Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, motivo del recurso de casación. Entréguese a los actores el valor consignado como caución. Notifíquese. Devuélvase.-

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty, JUECES NACIONALES.- Certifico.- Carlos Rodríguez García, SECRETARIO RELATOR.-

CERTIFICO:

Que las tres copias que anteceden, son tomadas de sus actuaciones originales, constantes en el juicio ordinario No. 387-2010 B.T.R. (Resolución No. 579-2011), que sigue Esteban Calle Calle y o. contra Geovanny Villa Ayora.- Quito, agosto 24 de 2011.-

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

No. 580-2011

Juicio: 375-2006-Ex.2ra.k.r.

Actor: Dr. Marco Machado Clavijo.

Demandado: I. Municipio de Cuenca

Juez Ponente: Doctor Carlos M. Ramírez Romero.

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

Quito, a 16 de agosto de 2011; las 15h10.

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 de 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 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 Ing. Marcelo Cabrera Palacios y el Dr. José Peña Ruiz, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico Municipal del I. Municipio de Cuenca, demandada en esta causa, interponen recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, dictada el 25 de julio del 2006, a las 10h00, que confirma la sentencia del juez de primer nivel, en cuanto a que acepta la demanda, pero lo reforma respecto de la cantidad de dinero que debe pagarse al actor, en el juicio especial que, por cobro de honorarios, sigue en su contra el Dr. Marco Machado Clavijo.- El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el 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 calificado el recurso por la Sala mediante auto de 11 de julio de 2007, las 15h10, 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 admitido a trámite. **SEGUNDA.-** La casacionista funda el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida del Art. 42, letra b) de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador y por falta de aplicación del Art. 295 del Código de Procedimiento Civil.- En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** Procede analizar el cargo por la causal primera de casación.- **3.1.-** 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; es decir la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la norma no es aplicable al caso, es decir la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecido los hechos en el fallo, el tribunal de instancia los subsume en un norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no le corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con los presupuestos fácticos y normativos del caso. El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; es decir que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos.- Implica error en cuanto a la existencia de la norma. El vicio de errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión 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. La errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma es aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o restringiéndole el que realmente ostenta.- Implica error en cuanto al verdadero sentido de la norma.- **3.2.-** Los casacionistas acusa la indebida aplicación del Art. 42 literal b) de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, pues según esa norma, lo que corresponde por la cuantía del juicio que generan los honorarios que es de US $ 300.000,00, conforme consta del texto de la sentencia, que sirve de referente para el cálculo de honorarios, el porcentaje del 5% que arroja es de US $ 15.000,00 dividido para el número de profesionales que intervinieron en la defensa de la causa contra el Municipio de Cuenca, que son seis, incluido el honorario del actor, esto es de US $. 2.500,00, que es lo que debió establecerse en la sentencia.- Que existe falta de aplicación del Art. 295 del Código de Procedimiento Civil al no haber dado trámite a la petición de subsanar el error de cálculo incurrido en la sentencia y simplemente negarse a conceder la aclaración, pues, dicen, insistir en que los US. $ 300.000,00 es la cuantía referente a los seis profesionales, US. $ 15.000,00 constituye el valor total de los honorarios para todos ellos y, en consecuencia, tan solo US $ 2.500,00 es el honorario que correspondería al actor.- **3.3.-** Al respecto esta Sala considera que el Art. 42, letra b) de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, dispone: *"Art. 42.- [Estipulación de honorarios].- Los honorarios profesionales del abogado o Doctor en Jurisprudencia en todos los casos a los cuales se refiere el inciso primero del artículo precedente, será estipulados libremente entre el abogado y su cliente. Los honorarios profesionales podrán convenirse por escrito o verbalmente. A falta de estipulación expresa, el honorario será regulado por el Juez previo el trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil, tomando en cuenta las siguientes disposiciones: b) Por la defensa en juicios civiles, comerciales y otros similares, de acuerdo a la cuantía: Hasta veinte salarios mínimos vitales: 15%; el exceso de veinte y hasta cuarenta salarios mínimos vitales: 10%; En adelante: 5%."*.- La disposición antes citada es la aplicable al caso en que un abogado demanda el pago de sus honorarios por sus servicios profesionales cuando las partes, cliente y abogado, no hubieren pactado formalmente, a través de un contrato, el monto y más condiciones para tales servicios, como ocurre en el presente caso materia del juicio cuya sentencia de segunda instancia es motivo del recurso de casación, pues el Tribunal ad quem, partiendo de la base de la cuantía de la causa cuya defensa fue auspiciada por el actor, considerando gradualmente los porcentajes que consta en dicha disposición legal.- No procede el alegato de los recurrentes en el sentido que los honorarios debían ser divididos para seis profesionales que dice han intervenido en la causa arbitral, pues, la norma referida no contempla tal situación y, precisamente, para establecer aquello de dividir el valor de los honorarios, debió existir estipulación expresa.- Respecto de la falta de aplicación del Art. 295 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: *"La sentencia ejecutoriada no puede alterarse en ninguna de sus partes, ni por ninguna causa, pero puede corregirse el error de cálculo."*; esta Sala de Casación estima que dicha disposición no es aplicable al caso, ya que el tema propuesto por los recurrentes y que fue plateado al tribunal de apelación mediante una petición de aclaración, no se trata de un mero error matemático de cálculo, sino de una parte esencial de la resolución misma, que fija los honorarios que le corresponden al actor, y que, como expresamente lo prohíbe esa disposición, no puede alterarse.- Consecuentemente, se desecha el cargo.- Por las 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 Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, materia del recurso de casación.- Sin costas ni multas.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto; Carlos Ramírez Romero; Manuel Sánchez Zuraty; Jueces Nacionales y Carlos Rodríguez García; Secretario Relator que Certifica."

CERTIFICO:

Que las cuatro copias que anteceden son tomadas de su original, constante en el juicio No.375-2006-Ex.2da.k.r (Resolución No.580-2011), que por honorarios sigue: DR. MARCO MACHADO CLAVIJO contra I. MUNICIPALIDAD DE CUENCA.- Quito, 24 de agosto de 2011.

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

No. 582-2011

Juicio: 666-2010 B.T.R.

Actor: Jorge Zavala Canelos.

Demandada: Ana Rivero Odermatt.

Juez Ponente: Doctor Carlos Ramírez Romero.

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

Quito, agosto 17 de 2011; las 15h00´.

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, 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 artículo 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 artículos 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, el actor, Jorge Zavala Canelos, interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, dictada el 16 de agosto de 2010, las 10h20, que rechaza el recurso de apelación interpuesto por el actor y confirma parcialmente la sentencia del Juez de primer nivel, reformándola en cuanto condena al actor al pago de daños y perjuicios, en el juicio ordinario que, por demarcación de linderos, sigue contra Ana Rivero Odermatt. El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el 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 calificado el recurso por la Sala mediante auto de 16 de febrero de 2011, las 09h40, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el artículo 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. **SEGUNDA.-** El casacionista funda el recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por aplicación indebida de los artículos 878, 879 y 880 del Código Civil y de los artículos 115 y 666 del Código de Procedimiento Civil. También acusa la infracción del artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República. En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el artículo 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** Procede analizar la impugnación formulada por violación de normas constitucionales por su carácter jerárquico superior, conforme lo previsto en el artículo 424 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 11, numerales 3 y 5 de esa Constitución. 3.1. Al formular el cargo el recurrente señala que se ha violado la Constitución y la ley al contravenir expresamente la disposición contenida en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, al no haber motivado debidamente la sentencia en esta causa al no observar lo determinado en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 148 del Código Orgánico de la Función Judicial y los artículos 878, 879 y 880 del Código Civil, por cuanto en su calidad de propietario tenía derecho a solicitar la demarcación de linderos y no ha existido temeridad ni mala fe de su parte, toda vez que la demandada era dueña de un bien colindante con el de su propiedad y por ello se le otorgó el certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Sucre, por lo que basado en ese documento presentó la demanda de demarcación de linderos, sin conocer que días antes la demandada transfirió la propiedad a otra persona, motivo por el cual se han violentado sus derechos constitucionales al considerar que ha actuado con temeridad y mala fe. Que la sentencia impugnada no se encuentra, ni en la parte considerativa ni en la parte resolutiva, la cita de una norma constitucional ni legal, o a falta de ley, de un principio general de derecho en el que se apoye la decisión de la causa, en consecuencia, dice, tampoco establece la eficacia de la aplicación a los antecedentes de hecho, por lo que se viola el principio constitucional previsto en el literal l), numeral 7 del artículo 76 de la Constitución. 3.2. La motivación es un requisito esencial para la validez de las resoluciones de los poderes públicos, pues en ella se exige que las decisiones de las personas que ejercen jurisdicción y competencia, ya sea en el ámbito judicial como administrativo, sustenten sus decisiones en la ley y en la pertinencia de su aplicación a los hechos preestablecidos; este requisito se lo ha establecido para evitar abuso o arbitrariedades de las autoridades y jueces. Es tal su importancia que en la Carta Constitucional de 1998 se lo

elevó a la categoría de derecho constitucional y en la actual Constitución, además, constituye causal de nulidad del acto o resolución. La sentencia recurrida en sus considerandos Segundo y Tercero deja enunciado los antecedentes de hecho establecidos en la causa, en especial lo relacionado a la inspección judicial realizada al predio materia del litigio, en la que se determinó, de acuerdo a los documentos, certificados del Registrador de la Propiedad del cantón Sucre, que la demandada, Ana Rivero Odermatt no tiene propiedad alguna que sea colindante con la propiedad del actor; en el considerando Cuarto se refiere al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil en cuanto a la apreciación de la prueba acorde a las reglas de la sana crítica y precisamente a que se ha cumplido con lo determinado por el artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución. Con este sustento, el Tribunal ad quem a, resuelve aceptar el recurso de apelación de la parte demanda, y en aplicación del artículo 148 del Código Orgánico de la Función Judicial, condenar al actor al pago de daños y perjuicios, al estimar que ha litigado con temeridad. En consecuencia, la sentencia materia del recurso de casación contiene los elementos que se requiere para su motivación; siendo distinto el caso de que el análisis de los hechos y de las normas que aplicó el juzgador sea errado, ya sea porque no aplicó las normas que acorde a los elementos fácticos, debió aplicar; o que aplicó normas que no corresponden a los hechos; o finalmente, porque si bien aplicó las normas pertinentes al caso que se juzga, hizo un equivocada interpretación de las mismas; situación que corresponde acusarlas a través de las causales de casación que sean pertinentes a cada tipo de infracción. En consecuencia, se desecha la violación de normas constitucionales. **CUARTA.-** Procede ahora analizar el cargo por la causal tercera de casación. 4.1. La causal tercera contiene el vicio que la doctrina llama violación indirecta, el vicio de violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que conduce a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho. El error de derecho en que puede incurrir el Tribunal de Instancia se produce al aplicar indebidamente, al inaplicar o al interpretar en forma errónea los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, para que constituya vicio invocable como causal de casación, debe haber conducido: a) A una equivocada aplicación de normas de derecho; o, b) A la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Estas condiciones completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (primera violación), conducen a otra violación, a la violación de normas de derecho (segunda violación). En conclusión, el recurrente debe determinar, especificar y citar lo siguiente: a) Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico; b) El modo por el que se comete el vicio, esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) Por falta de aplicación, 3) Por errónea interpretación. Lo que deberá precisarse en relación con un precepto jurídico de valoración probatoria en particular; por lo que no es lógica la acusación de que se ha producido más de uno de aquellos vicios en relación con un mismo precepto jurídico, puesto que estos vicios son diferentes, autónomos, independientes y hasta excluyentes entre sí. c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. 4.2. En la especie, el recurrente alega que ha existido una aplicación indebida de normas de derecho aplicables a la valoración de la prueba que han conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia de segunda instancia, toda vez que no se ha demostrado que es el legítimo propietario del bien inmueble objeto de su acción y por ello tiene derecho legal y constitucional para solicitar la demarcación del predio de su propiedad con el predio colindante de conformidad con lo establecido en los artículos 878, 879 y 880 del Código Civil, el artículo 666 del Código de Procedimiento Civil, y en vista de que Ana Rivero Odermatt era la propietaria de uno de los bienes inmuebles colindantes al suyo y por ello el Registrador de la Propiedad del cantón Sucre confirió el certificado en el que indicó que esa persona era la propietaria del inmueble, sin conocer que pocos días antes de presentar su demanda había enajenado el inmueble, por lo que jamás existió de su parte temeridad o mala fe con lo ha considerado el Tribunal de segunda instancia. 4.3. Al respecto, de las disposiciones del artículo 878 del Código Civil y las de la sección 10ª, Título II, Libro II del Código de Procedimiento Civil, así como de la doctrina, se establecen los siguientes presupuestos y características de la acción de demarcación y linderos: 1) Naturaleza de la acción.- La acción de demarcación y linderos es real, en razón de que persigue fijar la línea y levantar el deslinde, haciendo abstracción de la persona del dueño de cada predio. La demarcación, aunque en el Código Civil se encuentra regulada en el Parágrafo de "Las servidumbres legales", no constituye una servidumbre; la demarcación es una facultad material del dominio y, a la vez, una obligación derivada de las relaciones de vecindad de colindantes. 2) Objeto.- El objeto de esta acción es la limitación o fijación de la línea de separación de dos predios colindantes de distinto dueño y el amojonamiento o señalización por signos materiales: "Comprende dos fases: una jurídica, la delimitación, tendiente a fijar o reconocer la línea separativa, y una material, el amojonamiento, dirigida a señalar esta línea sobre el suelo por medio de signos apropiados, llamados hitos o mojones" (Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic H., Tratado de los Derechos Reales, Bienes, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo II, 6ª Edición, p. 194). 3) Legitimación activa.- La acción de demarcación puede ser ejercida por quien acredite ser propietario del predio. "El poseedor, regular o irregular, está legitimado para accionar en virtud de la norma general que lo reputa dueño, mientras otra persona no justifica serlo" (Alessandri R., op., cit., p. 199). 4) Legitimación pasiva.- La acción de demarcación se dirigirá al o los respectivos dueños del o de los predios lindantes, artículo 878 del Código Civil. 5) La acción de demarcación procede respecto de predios rústicos y predios urbanos. 6) Condiciones especiales.- La demarcación es un derecho que supone la existencia de dos predios, que estos pertenezcan a dos propietarios distintos y que sean colindantes, contiguos. 7) Clase de acción.- "La acción de demarcación es declarativa de los derechos preexistentes de los propietarios vecinos; mediante ella se persigue sólo, como en toda acción declarativa, obtener del juez la simple constatación de una situación jurídica" (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, op. cit., p. 200). 8)

Imprescriptibilidad.- El ejercicio de la acción de demarcación, como consecuencia del dominio que es, no puede perderse por el no uso; pues entonces esta acción es imprescriptible. 9) Expensas.- La demarcación debe hacerse a expensas comunes artículo 878 del Código Civil. 10) Trámite.- El juicio de demarcación y linderos tiene un trámite mixto: inicialmente tiene un trámite especial; y, si las partes no convienen en ningún arreglo, ni se halla la causa en el caso de que el juez pueda fallar en el acto de inspección, se seguirá sustanciando el juicio ordinario, artículos 670 y 671 del Código de Procedimiento Civil. 11) Casos en que procede.- El juicio de demarcación y linderos procede en los siguientes casos: a) Por restablecimiento de linderos, cuando éstos: 1) se hubieren obscurecido, 2) o hubieren desaparecido o 3) hubieren experimentado algún trastorno; b) Por fijación por primera vez de la línea de separación entre dos o más heredades, con señalamiento de linderos. 4.4. En la especie tenemos que la parte recurrente no ha concretado su acusación con cargo en la causal tercera de casación, pues no justifica la violación de ningún precepto de valoración de la prueba por falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación y tampoco justifica cómo, de qué manera la supuesta primera infracción dio lugar, a su vez, a la falta de aplicación o equivocada aplicación de una norma de derecho, ya que al sustentar esta causal simplemente se limita a enunciarla. De las disposiciones legales que cita como infringidas, solo el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil contiene un precepto de valoración de la prueba, ya que establece la obligación del juzgador de apreciar la prueba en su conjunto acorde a las reglas de la sana crítica. En este caso, el recurrente no justifica ninguna de las dos posibilidades de violación de la ley que pueden darse con respecto a la citada disposición, pues no ha argumentado la posibilidad de que el juez hubiese omitido la apreciación de toda la prueba actuada o que al apreciar la prueba lo hubiese hecho en violación a la sana critica, esto es, contrario a la lógica, la experiencia y el sano criterio. 4.5. La fundamentación del recurrente, se centra a señalar que de su parte no ha existido mala fe o temeridad en la presentación de la demanda de demarcación de linderos, como era su derecho, y que lo hizo en base al certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Sucre, en donde consta la demandada, Ana Rivero Odermatt, como la dueña del lote colindante, sin conocer que poco tiempo antes de presentar su demanda, había transferido el dominio del inmueble de su propiedad, por tanto, no se lo puede condenar al pago de de daños y perjuicios. En la especie tenemos que el actor, Jorge Zavala Canelos, presenta su demanda ante el Juez Séptimo de lo Civil de Manabí, con sede en el cantón Bahía, el 9 de enero de 2002, al que adjunta un copia certificada de un documento parte de otro proceso, que contiene un certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Sucre, de fecha 10 de octubre de 2000; posteriormente, presenta un certificado original del mismo Registrador de la Propiedad, sobre las propiedades de la demandada, Ana Rivero Odermatt, que tiene fecha 6 de noviembre de 2000. Es evidente que existe una gran diferencia de tiempo entre las fechas de presentación de la demanda y los certificados del Registro de la Propiedad del cantón Sucre que presenta el actor; además que, en la misma demanda no consta, al señalar los linderos de propiedad del actor, que la demandada tenga alguna propiedad colindante con la suya. En los juicios sobre propiedades o como en este caso, de demarcación de linderos, se debe esperar que el actor, como un acto del más elemental cuidado, investigue la situación de la propiedad del predio colindante antes de presentar la demanda, solicitando un certificado actualizado del Registro de la Propiedad, pero no como en este caso, al presentar una copia de un certificado extemporáneo, ya caduco, que no permitía establecer la real situación de las propiedades; aquello demuestra un descuido, negligencia, incuria por parte del actor al presentar su demanda y posteriormente, no reformar y continuar el juicio, pese a que la demandada se presentó en la causa y estableció con el certificado actualizado del Registro de la Propiedad del cantón Sucre, ya no ser la propietaria del lote colindante con la propiedad del actor. Jurídicamente, temeridad significa: "En la esfera jurídica concreta, el litigar con *temeridad,* sin probabilidad al menos de que la causa pueda triunfar por hechos favorables o argumentos aun débiles que alegar, lleva consigo la condena en costas (v) en los ordenamientos procesales donde tal medida no se funda, cual exige la responsabilidad civil, en el hecho del vencimiento; sin excluir un posible recargo, ya punitivo, por movilizar de mala fe a la justicia" (Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 25ta Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1997, Tomo VIII, pp. 28 y 29). En consecuencia, se desecha la acusación 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 REPÚBLICA**, no casa la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, materia del recurso de casación. Con costas a cargo del recurrente. Entréguese a la demandada la cantidad depositada como caución. Notifíquese y devuélvase

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty, JUECES NACIONALES.- Certifico.- f) Carlos Rodríguez García, SECRETARIO RELATOR.-

CERTIFICO:

Que las cuatro copias que antecede, son tomadas de sus actuaciones originales, constantes en el juicio ordinario No. 666-2010 B.T.R. (Resolución No. 582-2011), que sigue Jorge Zavala Canelos contra Ana Rivero Odermatt.- Quito, julio 24 de 2011.-

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

No. 588-2011

Juicio: 636-2010-GNC.

Actora: EMAAP-Q.

Demandados: Cooperativa de Vivienda de Empleados Municipales "Jorge Villalobos" y otro.

Juez Ponente: Doctor Carlos M. Ramírez Romero

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

Quito, a 17 de agosto de 2011; 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-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 de 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 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, Alfredo Díaz Mena, interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 22 de octubre del 2009, a las 17h14, que reforma el fallo del Juez de primer nivel, en cuanto expresa que el valor por la expropiación sea entregado a quien demuestre legalmente ser el propietario o poseedor del bien expropiado, en el juicio especial de expropiación que sigue la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito EMAAP-Q.- El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el 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 calificado el recurso por la Sala mediante auto de 4 de enero de 2011, las 10h20, 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 admitido a trámite.- **SEGUNDA.-** El casacionista funda el recurso en las siguientes causales y vicios que determina el Art. 3 de la Ley de Casación: **2.1.-** En la causal primera, por errónea interpretación de los Arts. 281 y 784 del Código de Procedimiento Civil y los Arts. 124 y 125 de la Ley de Cooperativas.- **2.2.-** En la causal cuarta, por no haber resuelto en la sentencia todos los puntos de la litis.- En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **TERCERA.-** Se analiza el cargo sustentado en la casual cuarta de casación.- **3.1.-** Esta causal corresponde a: "Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis".- 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 resolutiva del fallo con los asuntos materia de la litis, establecidos por lo que se solita en la demanda y las excepciones propuestas.- **3.2.-** Al fundamentar esta casual el recurrente expresa que fundamenta su recurso en que el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil (se refiere al Art. 273) dispone que en la sentencia se deben resolver todos los puntos objeto de la litis.- Que si bien el fundamento del juicio de expropiación es establecer el justo precio, también lleva implícita la facultad del juzgador de disponer en la sentencia a quién se le debe entregar el precio, conforme a la norma procesal que el juez debe resolver acerca de los incidentes.- Que la sentencia que recurre cumple con la primera parte, de establecer el justo precio, pero no resuelve lo segundo, a quién debe hacerse la entrega del dinero, tomando en cuenta que ese derecho le corresponde al propietario o poseedor; que no se puede dejar de resolver todos los puntos importantes de la litis, pues la sentencia, en la parte resolutiva dice: *"se dispone que dicha suma de dinero sea entregada a quien demuestre legalmente ser el propietario o poseedor del bien expropiado"* (sic), lo cual deja el problema en un limbo jurídico, pues el Juez inferior no podrá entregar a nadie el dinero de la expropiación.- **3.3.-** Al respecto, esta Sala estima que, de acuerdo con el artículo 791 del Código de Procedimiento Civil, en los juicios de expropiación el juez resolverá principalmente lo que diga relación al precio que deba pagarse y a los reclamos que hayan presentado los interesados. Pero, adicionalmente, a esta facultad, el juez deberá resolver aspectos que tienden a fijar los linderos de lo que es materia de la expropiación y que ejecutoriada dicha sentencia se la protocolizará y se la inscribirá para que constituya título de propiedad; también debe dilucidarse, en esta especie de procesos, los derechos colaterales como el que tuviere el arrendador y el arrendatario sobre el bien expropiado, conforme lo dispone el artículo 794 del mencionado Código; así mismo, le corresponde decidir al juez, acerca de los gravámenes que pesen sobre el bien expropiado, como el caso de embargo; igual, el juez debe decidir sobre un litigio pendiente o cualquier otro derecho real sobre la propiedad; en el caso de expropiación urgente, el juez no fijará el precio de forma inmediata; sino que éste será determinado por la entidad expropiante y se dispondrá la ocupación inmediata, posteriormente, el trámite continuará conforme al artículo 797 del Código de Procedimiento Civil; también, en caso de expropiación parcial, el juez debe resolver respecto de la extensión y precio, conforme lo dispone el artículo 799 ibídem; resolver acerca de la readquisición, si fuere el caso, es decir, si el bien expropiado no se destinó para el motivo de la expropiación.- En definitiva, de las normas legales invocadas, se desprende que, además de resolver acerca del precio que debe pagarse por el bien expropiado, debe necesariamente resolverse aspectos y derechos de los propios interesados en la expropiación, e inclusive de terceras personas.- Uno de los aspectos que debe resolver el juez en sentencia es acerca de la entrega al propietario o posesionario, del bien expropiado según sea el caso, el valor fijado en sentencia como indemnización.- En la especie, la sentencia objeto del recurso de casación, en su parte resolutiva dice que: "se acepta el recurso de apelación y revocándose la sentencia en la parte en que dispone la entrega de los diecinueve mil quinientos treinta

dólares al posesionario señor Alfredo Díaz Almeida, se dispone que dicha suma de dinero sea entregada a quien demuestre legalmente ser el propietario o poseedor del bien expropiado".- Esta fórmula utilizada por el Tribunal ad quem es indefinida e indeterminada, pues no precisa, como era su obligación, disponer a quién debe entregarse el valor fijado como indemnización por la expropiación del lote de terreno, sino que traslada el tema al juez de primer nivel, para que, en definitiva, sea él quien decida si el monto de la indemnización debe ser entregado a la persona que justifique ser el propietario o el poseedor del bien inmueble expropiado.- Esta falta de definición en la sentencia consigna el vicio de *"citra o mínima petita"* contemplado en la causal cuarta de casación, por tanto se acepta la imputación.- **CUARTA:** En consecuencia, procede casar la sentencia objeto del recurso y en aplicación de la norma contenida en el Art. 16 de la Ley de Casación, dictar en su reemplazo sentencia de merito.- **4.1.** Como queda expresado, esta Sala es competente para conocer y resolver sobre la presente causa**.- 4.2.-** En la sustanciación de la causa no se han violentado normas procesales sustanciales, por tanto, no existe nulidad que declarar.- **4.3.-** A fojas 17 a 19 vta. del cuaderno de primer nivel comparece con su demanda El Ing. Juan Antonio Neira Carrasco, en su calidad de Gerente General y representante legal de la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito EMAAP-Q, manifestando que el Concejo Metropolitano de Quito, en sesión pública ordinaria realizada el 18 de agosto del 2005, al considerar el Informe No. IC-2005-429 de la Comisión de Expropiaciones, Remates y Avalúos, de conformidad con lo que disponen los Arts. 64, numeral 11 y 251 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (entonces vigente), en concordancia con el Art. 8, numeral 10 de la Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, resolvió declarar de utilidad pública e interés social con fines de expropiación total y dictar el acuerdo de ocupación urgente el inmueble de propiedad de la Cooperativa Jorge Villalobos, ubicado en la calle Sozoranga, zona Eloy Alfaro, sector Centro Sur del Distrito Metropolitano de Quito, requerido para la construcción del colector de la Quebrada Río Grande, cuya cabida, linderos y colindantes deja señalados en la demanda.- Con tales antecedentes, concurre con su demanda a fin de que, de conformidad con lo previsto en el Libro Segundo, Título II, Sección 19ª, en especial los Arts. 781, 782, 784, 785 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, demanda la expropiación del lote de terreno No. 30 de propiedad de la COOPERATIVA DE VIVIENDA DE EMPLEADOS MUNICIPALES JORGE VILLALOBOS, conforme al certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Quito y más documentación que adjunta.- Acción judicial que la dirige contra la mencionada Cooperativa, indicado que no ha podido determinar la individualidad y domicilio de quienes ejerzan la representación legal de la mentada Entidad, por lo que solicita se proceda a su citación conforme la norma del Art. 82 del Código de Procedimiento Civil; demanda que también la dirigen contra Alfredo Díaz Almeida, quien ha manifestado en comunicación dirigida a esa Empresa, ser el propietario del lote de terreno objeto de la expropiación.- Admitida a trámite la demanda y practicadas las citaciones en la forma antes determinada, a fojas 172 a 174 del cuaderno de primer nivel, comparece Alfredo Díaz Almeida, contestando la demanda propone las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción planteada; 2) Improcedencia de la demanda, pues la acción se dirige contra una entidad que si bien consta en los archivos de la Dirección Nacional de Cooperativas, desde hace algunos años no ha mostrado vitalidad jurídica y con los documentos que acompaña se desprende que los actos que posesión exclusiva del lote de terreno; 3) Falta de derecho de la actora para demandar la expropiación de un bien que en realidad lo ha venido ocupando desde el año 2003, lo que implica actos de verdadera usurpación; 4) Falta de legitimo contradictor en la parte actora, porque comparece a juicio sin contar con el Procurador Sindico de esa Empresa o del Municipio Metropolitano de Quito; y, 5) Nulidad procesal- Además reconviene a los actores la reivindicación del inmuebles objeto de la demanda de expropiación, del cual alega ser su legítimo propietario, por lo que el valor del justo precio a pagarse debe ser entregado a él.- Contestando la reconvención formulada por Alfredo Díaz Almeida, la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, en escrito de fojas 177 del cuaderno de primera instancia expresa que, con la documentación presentada, el demandado no ha justificado ser legítimo propietario o posesionario del lote de terreno materia de la expropiación, como tampoco ha expresado su inconformidad con el valor consignado por la Empresa como indemnización.- El juez de primer nivel en sentencia de 20 de enero del 2009, a las 16h02, aceptó la demanda declarando la expropiación del citado bien inmueble, disponiendo que el valor consignado por esa Empresa de US. 19.530,00 sea entregado al posesionario Alfredo Díaz Almeida.- De esta sentencia, Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito presentó recurso de apelación, recurso que corresponde conocer a esta Sala, en virtud de que se ha casado la sentencia del Tribunal ad quem.- **4.4.-** De conformidad con lo dispuesto en el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, es obligación del actor probar los hechos propuestos afirmativamente en el juicio y del demandado probar su negativa si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, derecho o calidad de la cosa que se litiga.- En la causa, en la primera instancia, se han solicitado y actuado las siguientes diligencias probatorias: Por disposición del Juez de primer nivel, se ha realizado el avalúo e informe pericial que obra de 182 a 185 del cuaderno de primer nivel.- Por parte del demandado, Alfredo Díaz Almeida, adjunta la documentación que obra de fojas 118 a 171 del cuaderno de primera instancia.- **4.5.-** En la presente causa tenemos que el asunto principal relativo al precio a pagarse por concepto de indemnización por el inmueble expropiado no es materia de discusión, pues el recurso de apelación presentado por la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito EMAAP-Q, versa exclusivamente sobre la decisión del Juez de primer nivel de ordenar se entregue al poseedor, Alfredo Díaz Almeida, el valor consignado como indemnización.- Respecto de la persona a quien debe pagarse el valor de indemnización, en compensación a la pérdida forzosa del derecho de dominio, es el propietario, según se desprende del texto de las normas de los Arts. 321 y 323 de la Constitución de la República, de los Arts. 781, 782 y 790 del Código de Procedimiento Civil y del Art. 244 de la Codificación de la Ley de Régimen Municipal vigente a la época de la expropiación.- No obstante, existen casos excepcionales, en que los bienes a expropiarse carezcan de propietario y estén en manos de posesionarios, lo que ocurre generalmente en el rector rural con la construcción de

nuevas carreteras.- El inciso segundo del Art. 784 del Código de Procedimiento Civil, se refiere tangencialmente al tema, al señalar que: "Si el dueño, o el poseedor del inmueble, a falta de aquél, residiere fuera de la República, o se ignorare su paradero, la demanda de expropiación será presentada ante el juez del territorio donde estuviere el inmueble, y la citación al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre la cosa, se entenderá hecha por publicaciones realizadas de conformidad con el artículo 82 de esta Ley y en el Registro Oficial".- Entonces, cabe que se demande y se indemnice no sólo al propietario sino también al poseedor del bien inmueble objeto de la expropiación.- Conforme al certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Quito, que obra de fojas 4 del cuaderno de primer nivel, el Lote de terreno No. 30, de la parroquia Chillogallo de esa ciudad de Quito, objeto de la expropiación, es de propiedad de la Cooperativa de Vivienda de Empleados Municipales Jorge Villalobos.- Por su parte, Alfredo Díaz Almeida, alega ser posesionario de ese bien inmueble, y como prueba de aquello adjunta varias cartas de pago del impuesto predial del inmueble desde el año 1992 al año 2005, así como otra documentación como un Acta de Asamblea de la mencionada Cooperativa, en la que solicita le sea vendido el Lote No. 30 de esa Entidad y otra documentación relativa a los trámites para que el Municipio de Quito acepte ampliar el número de lotes.- Conforme al Art. 969 del Código de Procedimiento Civil, "Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos que sólo el dominio da derecho, como la corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión".- La documentación presentada por Alfredo Díaz Almeida no es suficiente para demostrar su posesión sobre el inmueble antes indicado, pues alguna de ellas se refieren a hechos relativos a gestiones de la Cooperativa, aún en copias simples, además, el pago del impuesto predial no es elemento suficiente para que, por sí sólo, pueda establecer el derecho de posesión de esta persona.- Ha comparecido a este juicio Margarita Mena Montalvo, aduciendo tener la calidad de Gerente de la Cooperativa de Vivienda de Empleados Municipales Jorge Villalobos, no obstante de la documentación que adjunta, incluso previo requerimiento del Tribunal ad quem, no ha demostrado que tenga la representación legal de esa Cooperativa; y que más bien aquella ha permanecido inactiva, pero no se ha declarado legalmente su extinción.- Por la motivación expresada, 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"**, casa la sentencia de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, y en su lugar dicta sentencia de mérito, ratificando el fallo del Juez de primera instancia en cuanto a la expropiación decretada y al valor que se debe cancelar en concepto de indemnización, esto es, la cantidad de US. $. 19.530,00; modificándola respecto de que ese valor consignado por la Empresa demandante sea entregado por el Juez de primer nivel a la Cooperativa de Vivienda de Empleados Municipales Jorge Villalobos, en la persona o personas que acreditaren su representación legal.- No existiendo perjuicio alguno para la parte actora, la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito EMAAP-Q, por la demora en la tramitación de este recurso de casación, se dispone que el dinero entregado en caución sea devuelto a Alfredo Díaz Almeida.- Sin costas ni multas. Léase, notifíquese y devuélvase.

CERTIFICO:

Que las cinco copias que anteceden, son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio verbal sumario No. 636-2010-GNC (Resolución No. 588-2011) que por expropiación sigue el EMAAP-Q contra COOPERATIVA DE VIVIENDA DE EMPLEADOS MUNICIPALES "JORGE VILLALOBOS" Y OTRO. Quito, a 24 de agosto de 2011.

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

No. 594-2011 Mas

Juicio: 602-2010 Mas.

Actor: Manuel Picoita.

Demandada: Asoc. de Trabajadores "El Paraíso".

Juez Ponente: Doctor Manuel Sánchez Zuraty.

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

Quito, 18 de agosto del 2011, las 10h15.

VISTOS. (No. 602-2010 Mas).- 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 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 demandado Ángel Miguel Medina Chalan, en calidad de representante legal de la Asociación de Trabajadores Autónomos "El Paraíso", en el juicio

ordinario por indemnización de daños y perjuicios propuesto por Manuel Picoita Rojas, deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 8 de junio del 2010, las 09h22 (fojas 36 y 37 del cuaderno de segunda instancia), que revoca la sentencia recurrida y en su lugar acepta en parte la demanda.- 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 en esta Sala, mediante auto de 19 de abril del 2001, las 15h35.- **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, 121, 165, 242 del Código de Procedimiento Civil. Artículos 1561 y 1568 del Código Civil.- La causal en la que funda el recurso es la 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 acusa la falta de aplicación de los artículos 115, 121, 165 y 242 del Código de Procedimiento Civil, lo que indujo a la falta de aplicación de los artículos 1561 y 1568 del Código Civil.- Explica que hay falta de aplicación del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil porque la Sala ad quem no valora en conjunto la prueba aportada por las partes procesales, como la aportada para demostrar en primer lugar que existe incumplimiento del contrato por parte del contratista, por lo tanto él se encuentra en mora con la Asociación, siendo así no puede pedir el cumplimiento del mismo por encontrarse en mora, pues la mora purga la mora, lo que se desprende de la inspección judicial constante a fs. 175, el informe pericial de fs. 193 y 198, que se concluye que se encuentra en mora el actor; que la prueba documental de fs. 185 no se considera los documentos públicos, fs. 113 de la UMAPAL que se niega a recibir la obra. Que existe falta de aplicación del Art. 121 del Código de Procedimiento Civil pues no se da valor a los instrumentos públicos presentados. Que pese a que se realizó dentro del proceso una inspección judicial para demostrar que no estaba cumplido físicamente el contrato, la Sala no lo considera, ni se refiere a ello, presentados los documentos públicos y privados, no le da valor probatorio, ni siquiera al contrato, por lo que no se sabe en qué fundamentan su sentencia. Que la Sala ad quem hace un análisis de lo que se constituye la mora contractual establecida en el Art. 1568 y realiza en su considerando Tercero un análisis del Art. 1505 sobre la resolución contractual y determina que nos encontramos en mora con el contratista, en base al acta de recepción provisional de fs. 35 A 37 del proceso, sin embargo, no se da cuenta que en el mismo contrato a fs. 36 menciona la misma acta en la cláusula quinta que la relación va hasta la recepción definitiva entre contratante y contratado, la cual no han suscrito porque no están satisfechos con el trabajo realizado, conforme se evidenció en la inspección judicial. Que el mismo contrato en la cláusula diecinueve establece que debe hacerle la recepción definitiva de la obra, lo cual no se ha realizado, "entonces jamás puede decirse que se ha cumplido con el contrato para poder ejercitar su derecho a cobrarnos si alguna cosa le debemos" (sic). Que con los documentos agregados al proceso de fs. 99 a 105, demuestran que han pagado la calidad requerida en la demanda, pues si suman esos valores y los cheques entregados, se verá que sobrepasa la cantidad requerida. Que la Sala manifiesta en su considerando quinto que se ha pagado una parte y que el anticipo ha sido amortizado, este descuento existe solamente en las planillas pero en la realidad se cobró la totalidad de la plantilla sin descuento, fe de ello son los documentos agregados, como cheques y ordenes de egreso con la firma del actor, a fs. 99 a 105, donde se puede ver que está pagada esa cantidad que requiere el contratista. Que los documentos privados agregados al proceso y solicitados dentro del término de prueba con el contrato suscrito entre las partes, fs. 2 a 9 del proceso; que sin embargo el mismo se encuentra mutilado, en especial lo que corresponde al objeto del contrato, no existe, y parece que poco les conviene que existe esta parte porque dejar ver claramente el incumplimiento por parte del actor; pero que a fojas 119 a 142, se encuentra suscrito el contrato complementario que en su cláusula quinta

manifiesta que la obra debe entregarse debidamente funcionando, lo que no sucedió, por lo tanto no se aplicó el Art. 1561 del Código Civil. Que esta falta de aplicación hizo que no se aplique la norma sustantiva del Art. 1561 del Código Civil, pues si el contrato es ley para las partes, debía manifestar que es obligatorio dicho contrato para quienes firmamos el mismo. (sic). Luego cita la jurisprudencia de la Gaceta XVII Serie 15, pág. 4837, que manifiesta que la mora en los contratos bilaterales le corresponde al actor probar que no ha incurrido en mora. Acusa la falta de aplicación del Art. 242 del Código de Procedimiento Civil, que menciona que la inspección judicial es el examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida para juzgar su estado y circunstancia. Que los jueces ad quem no mencionan ni consideran la inspección judicial realizada, que consta fs. 175 del proceso, donde claramente el Juez puede determinar como dato importante o como observación, que en los lotes números 30 y 31 de la manzana K, existen vertientes de aguas servidas, lo que deja claramente el cumplimiento del contrato por parte del actor del proceso (sic); pues no ha cumplido el contrato y está en mora por lo que luego de pagar deberán contratar otro profesional para que rehabilite las fallas constructivas que existen en la Urbanización; que está falta de aplicación conlleva a que no se aplique las normas sustantivas del Art. 1568 del Código Civil. Que la inspección judicial es parte importante para demostrar la veracidad de las afirmaciones que presentaron en las excepciones, es un elemento para probar un hecho, que lo pudo evidenciar claramente el juzgador a fs. 175, a esto se suma que para esa inspección se solicitó la intervención de peritos, los mismos que concluyen a favor de las partes procesales (sic), por lo que se nombró un perito dirimente el cual fs. 193 a 198, concluye: "todo trabajo debe ser pagado, entonces se debería proceder al pago de la planilla Nro. 4 de liquidación, cuando el contratista haya realizado las reparaciones y entregado los sistemas contratados por la urbanización funcionando a cabalidad"; Como se puede evidenciar el informe pericial también manifiesta que existe incumplimiento del contrato por lo que debía aplicarse el Art. 1568 del Código Civil. Acusa también la falta de aplicación del Art. 165 del Código de Procedimiento Civil; que existe el oficio de la UMAPAL, en el cual se niega a recibir la obra y no recibida, las correcciones de tanto lo mal realizado le compete a la Urbanización cuando ellos pagaron para que el contratista haga ese trabajo; que no se considera esta documento público pese a que hace fe plena del incumplimiento del contratista.- **4.2.-** La Sala de Casación considera que de todas las normas del Código de Procedimiento Civil mencionadas, la única que contiene un método de valoración probatoria, es el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, que indica que la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. No obstante, en la formulación del recurso no existe mención alguna que indique que los juzgadores han inobservado las reglas de la lógica o los conocimientos científicos generalmente aceptados, que junto con la experiencia del juez son los componentes de la sana crítica doctrinariamente aceptados. Lo que en realidad pretende el recurrente es que esta Sala revise toda la prueba, especialmente la inspección judicial, para demostrar que el actor se encuentra en mora y que debe aplicarse el Art. 1568 del Código Civil, que dispone que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.- Pero, la causal tercera tiene por objeto encontrar vicios de violación indirecta de la norma sustantiva, que hubiere ocurrido como consecuencia de un vicio en los preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria. La causal tercera no tiene por objeto alterar los hechos que han sido fijados por el Tribunal ad quem, ni hacer nueva valoración de la prueba, como ocurría en el desaparecido recurso de tercera instancia, porque esas son competencias exclusivas de los juzgadores de instancia.- Además, la Sala observa que en los considerandos "cuarto", "quinto", "sexto" y "séptimo" del fallo impugnado, obra un análisis prolijo de la prueba, que lleva a la conclusión de que los demandados adeudan al actor la cantidad de USD 12.838, 20/100; ejercicio de juzgamiento realizado en uso de la exclusiva atribución que tienen los jueces ad quem, y que no puede ser revisado en casación.- Razones por las cuales no se aceptan los cargos.- 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 la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 8 de junio del 2010, las 09h22.- Entréguese el monto total de la caución a la parte actora, perjudicada por la demora.- Sin costas.- Léase y notifíquese.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty. Jueces Nacionales.

RAZON Siento por tal que las cuatro copias certificadas que anteceden son iguales a sus originales, tomadas del juicio No. 602-2010 Mas, resolución No. 594-2011 Mas, que sigue Manuel Picoita contra Asociación de Trabajadores de "El Paraíso". Quito, 24 de agosto del 2011. Certifico.-

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

El REGISTRO OFICIAL no se responsabiliza por los errores ortográficos, gramaticales, de fondo y/o de forma que contengan los documentos publicados, dichos documentos remitidos por las diferentes instituciones para su promulgación, son transcritos fielmente a sus originales, los mismos que se encuentran archivados y son nuestro respaldo.

i