

REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

FUNCIÓN JUDICIAL Y
JUSTICIA INDÍGENA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO
CIVIL Y MERCANTIL

SENTENCIAS, RESOLUCIONES,
JUICIOS Y AUTOS

AÑO 2022:

09332-2018-00956, 11333-2013-11758,
23331-2018-00276, 01333-2014-0643,
17230-2018-04360, 17230-2018-09905,
09332-2017-09755, 17304-2012-0953,
18334-2018-03412

FUNCIÓN JUDICIAL

162083525-DFE

Juicio No. 09332-2018-00956**JUEZ PONENTE: DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)****AUTOR/A: DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y
MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, jueves 28 de octubre
del 2021, las 14h00.**VISTOS****i. ANTECEDENTES****a. Relación de la causa y decisiones de instancia**

1. El arquitecto Hernán Molina Saldaña en su calidad de Gerente General de la Compañía CONSTRUCTORA DE DISEÑOS PRODUCTIVOS CONSTRUDIPRO S.A., ha comparecido ante la Unidad Judicial con sede en el Cantón Guayaquil, planteando demanda ordinaria de resolución de contrato de construcción en contra del FIDEICOMISO PLAZA PROYECTA, representado en aquel momento por la Fiduciaria del Pacífico S.A.
2. Citada la parte demandada, comparece y contesta el abogado Carlos Arosemena Baquerizo como Procurador Judicial del señor Juan Reyes, Gerente General de Fiduciaria del Pacífico; formula excepciones a la demanda y reconviene a la compañía actora con la restitución al fideicomiso de los valores cobrados sin los justificativos y autorizaciones previas que, el contrato y el adendum modificatorio exigen y que fueron pagados por la anterior fiduciaria LATINTRUST S.A., por error.
3. Sustanciada la causa conforme las disposiciones adjetivas previstas en el Código Orgánico General de Procesos se dicta, en primera instancia, sentencia estimatoria de la acción, el 10 de abril de 2019; las 11:17, declarando: (i) la procedencia de la demanda de resolución del contrato suscrito el 19 de mayo del 2015 y su adendum modificatorio celebrado el 18 de junio del mismo año, por el incumpliendo de la parte accionada; (ii)

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTAÑEDA
C=EC
L=QUITO
CI
1706381975

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
WILMAN GABRIEL
TEFAN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CI
1714429675

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CI
0502022148

ordenando a la parte demandada pagar a favor de la actora, los valores por concepto de capital originados en las facturas identificadas con los N.º 2150, 2151, 2181, 2182, 2183, 2206, 2243, 2245, 2501, 2502, 2507 y 2508; debiendo descontarse al valor total de las facturas el abono efectuado por la accionada en la suma de \$120.000, así como el valor de los comprobantes de retención efectuados por la accionada y el valor de cuenta de canje conforme obra en el proceso. (iii) condenándola a la accionada, al pago de daño emergente en el valor establecido en el contrato de prestación de servicios de fojas 49 a 50 de los autos; y por concepto de lucro cesante, al pago del interés máximo legal desde que entraron en mora las facturas adeudadas hasta su cancelación total. (iv) declara sin lugar la reconvención planteada por el FIDEICOMISO PLAZA PROYECTA y se lo condena al pago de costas y honorarios.

4. Recurrída esta decisión por las dos partes procesales, la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en voto de mayoría de 15 de octubre del 2019, las 11h21, rechaza el recurso vertical y, por tanto, confirma íntegramente la decisión de primer nivel.

b. Actos de sustanciación del recurso

5. Una vez que mediante auto de 19 de noviembre de 2019; las 16:30, se ha desestimado la solicitud de aclaración y ampliación planteada por la actora al voto salvado; la parte accionada por intermedio del abogado Carlos Arosemena Baquerizo, Procurador Judicial del FIDEICOMISO PLAZA PROYECTA actualmente representado por la Compañía ALVEAR ROBLES & ASOCIADOS FIDUCIARIA S.A. ARAFISA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, interpone recurso extraordinario de casación de la sentencia emitida en voto de mayoría de última instancia.
6. La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 27 de febrero de 2020; mientras que, mediante auto de 29 de junio de 2020; las 09:17, el Conjuez Nacional competente del estudio del recurso, doctor Yuri Palomeque Luna, admite en su totalidad el recurso de casación interpuesto.
7. Así, mediante sorteo efectuado el 21 de agosto de 2020, la causa accede al tribunal de la

Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) María de los Ángeles Montalvo Escobar, en calidad de ponente, Carlos Vinicio Pazos Medina y Pablo Valverde Orellana.

8. Cabe anotar que, desde el 02 de julio de 2020, se encontraba en marcha el proceso de elección de jueces y juezas de la Corte Nacional de Justicia, el que, culminaría sin la designación de jueces/zas de esta Sala Especializada, el 28 de enero de 2021.
9. Así, mediante resorteo efectuado el 11 de marzo de 2021, la causa accede al tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, Wilman Gabriel Terán Carrillo y David Isaías Jacho Chicaiza.
10. Según la disposición contenida en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la que se llevó a cabo el 18 de octubre de 2021; y, una vez que finalizó el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 del COGEP.

ii. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia

11. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); David Jacho Chicaiza; y, Wilman Terán Carrillo, es competente para conocer y resolver este proceso, de conformidad con la Resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.
12. Sobre la base de esta Resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones

conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-P-CNJ-2021, y 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

13. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución; 184 y 190 numeral 1 del COFJ; y, primer inciso del artículo 269 del COGEP.

2.2. Validez procesal

14. En la tramitación de este proceso no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad, así como la observancia y respeto, por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución; y, por otro, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

2.3. Audiencia pública y fundamentos del recurso de casación

Como se señaló en líneas anteriores, el recurso ha sido admitido en su totalidad por los casos primero, segundo y cuarto del Art. 268 del COGEP.

a) Respeto del caso primero del Art. 268 del COGEP

15. Con apoyo en el primer caso del artículo 268 del COGEP, la parte casacionista acusa la falta de aplicación de los artículos 75, 76.7 letras a) y c) de la Constitución de la República; 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 153.3, 295.3, y 107.4 del COGEP; y el artículo 3 letra c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
16. Como sustento de la alegación, señala que el proceso adolece de nulidad al no haberse accionado a más de la Fiduciaria como representante del Fideicomiso, al beneficiario del mismo, esto es al ISSPOL, único beneficiario del Fideicomiso Plaza Proyecta, al haber subrogado en todos los derechos y obligaciones a los anteriores beneficiarios.

17. Añade que, a lo largo del proceso se ha venido alegando la falta de *litis consorcio* necesario, al no concurrir en el proceso todas las partes que son llamadas a contradecirlo.
18. Manifiesta que, se ha decidido sobre los derechos y obligaciones del ISSPOL sin haberlo oído, colocándolo en indefensión, vulnerando su derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica; al haberse dictado sentencia de mérito cuando lo que cabía ineludiblemente era pronunciar sentencia inhibitoria. Razón por que considera que el proceso es nulo, tanto más que el ISSPOL, al ser parte de un ente del Estado, debió notificarse a la Procuraduría General del Estado.

b) Respecto del segundo caso del Art. 268 del COGEP

19. Sostiene el recurrente, que se ha producido la infracción de los artículos 76. 7, literal 1) de la Constitución de la República, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 89 del COGEP; por falta de motivación de la resolución impugnada de la Corte Provincial del Guayas.
20. En su opinión, la sentencia no cumple con el presupuesto de razonabilidad, insistiendo una vez más, en que no se ha demandado a todos los que componen la relación jurídica sustancial del contrato de construcción y su adendum, por lo que se debía disponer, que se cuente con la ISSPOL como único beneficiario del fideicomiso y no condenarla al pago, sin advertir que el patrimonio autónomo responde a un activo, pasivo y cartera del beneficiario.
21. Refiere que, la resolución es además ilógica por cuanto en ella se señala que la ISSPOL es beneficiaria del fideicomiso, pero no ha involucrado sus recursos; omitiendo que la cesión de todos los derechos fiduciarios que hicieron los beneficiarios anteriores a la ISSPOL conlleva la subrogación de activos y pasivos en el proyecto inmobiliario. Y que, en efecto, como se ha hecho constar en la sentencia, la ISSPOL no suscribió ni el contrato ni el adendum por ser cesionaria de los anteriores beneficiarios.
22. Por último, indica que la sentencia carece de comprensibilidad, al desconocer el rol predominante del beneficiario del fideicomiso por cuanto se confunde el instituto jurídico de la legitimación en la causa; habiéndose direccionado la defensa en la falta de *litis*

consorcio los juzgadores entendieron que la alegación se refería a la falta de legítimo contradictor, las cuales tienen elementos y naturaleza diferentes.

c) Respetto del caso cuarto del Art. 268 del COGEP.

23. Con cargo en este caso, denuncia la falta de aplicación de los artículos 222 inciso sexto, 223 y 164 inciso segundo del COGEP, en lo inherente a la valoración de la prueba pericial; dando lugar a la no aplicación de los artículos 1561, 1562 y 1568 del Código Civil.
24. Aduce el recurrente que, en la sentencia de mayoría impugnada, se ha formulado una conclusión deliberadamente contraria a la razón, a la justicia y a las leyes; buscando voluntariamente un resultado, al valorar prueba inválida e inconducente, para favorecer a la parte actora.
25. Refiere que el Fideicomiso, por intermedio de la Fiduciaria, presentó en el juicio un informe realizado por la ingeniera Ethel Pinto Guevara, auditando todo el proyecto inmobiliario denominado "PLAZA PROYECTA" dividido en dos partes: (i) la primera ateniendo a las planillas o facturas demandadas, sobre la cual concluyó, que los rubros analizados de las planillas objeto de la demanda presentan inconsistencias en unidades de medida, cantidades, montos parciales y acumulados; provocando que las planillas aprobadas por fiscalización y pagadas por el fideicomiso no cumplan con el marco contractual, señalando que hasta que no se cumpla con el contrato original y adendum no se debe proceder al pago de las planillas objeto de la demanda; y (ii) respecto al estado actual y evaluación de la construcción del centro comercial, que dio como conclusión que se debe proceder a una revisión integral del proceso constructivo y del planillaje del referido proyecto.
26. Menciona que, para rebatir el anterior informe pericial, la Constructora presentó una pericia del ingeniero Carlos Salazar Savinovich, pretendiendo demostrar inconsistencias, contradicciones y error esencial, concluyendo a diferencia del primer informe, que las planillas tenían los soportes y aprobaciones necesarias.
27. Añade que, el Juez de primera instancia de oficio para mejor resolver, ordenó una inspección judicial y pericia contable, referente a los cobros que realizó

CONSTRUDIPRO y a las planillas, facturas, soportes, libro de obra, cronograma y análisis de precios unitarios, que fue efectuado por el ingeniero Carlos Ortiz Montesdeoca.

28. Que, en cuanto a los dos últimos informes periciales, se advierten cortes y pega, contienen los mismos errores en la redacción y que ambos se manejan bajo el pensamiento del accionante, exhibiendo graves contradicciones.
29. Sostiene que, se ha otorgado valor de prueba a dichos informes sin advertir los referidos vicios, que denotan que no se estaba frente a un perito idóneo, objetivo e imparcial restándoles credibilidad, no obstante, los jueces de mayoría al asumirlo como idóneo vulneran las reglas de la sana crítica, resultando su valoración absurda, atroz e ilegal. Lo cual da lugar a la falta de aplicación de las normas sustantivas citadas en el cargo.
30. Refiere que, en la resolución cuya casación se pretende, para descalificar al perito del Fideicomiso, se dice, por un lado, que su informe incurrió en error esencial, sin analizar siquiera en qué consiste este error. Y, por otro, se señala que la modalidad del contrato no es de administración sino un contrato a precio fijo, pero de cantidad variable, olvidando que los contratos deben calificarse mediante la clara intención de los contratantes, más que por el nombre con que las partes o peritos los distinguen.
31. Establece que, conforme los Arts. 1505 y 1568 del Código Civil, ninguna de las partes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple; y que el caso, las facturas presentadas por la parte actora no tienen la autorización de pago del Gerente del Proyecto y de los anteriores o del nuevo beneficiario, tal como se pactó en la cláusula VI del contrato; y que, incurriendo la Constructora en mora, no puede exigir el cumplimiento del contrato.
32. Bajo estas enunciaciones, considera que se ha vulnerado el principio "*pacta sunt servanda*" recogido en los Arts. 1561 y 1562 de la referida norma sustantiva, puesto que el contrato es ley para las partes y debe ejecutarse de buena fe.

iii. CUESTIONES JURÍDICAS A RESOLVER

33. Con base en el escrito contentivo del recurso extraordinario de casación, este tribunal deberá analizar tres cuestiones, que hacen relación a la causal primera, segunda y cuarta del artículo 268 del COGEP.

34. Así, se plantea los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Existe causa de nulidad insubsanable que vicie el proceso?
- ¿La sentencia impugnada, adolece de falta de motivación?
- ¿El tribunal de apelación, incurre en falta de aplicación de los artículos 222 inciso sexto, 223 y 164 del Código Orgánico General de Procesos Civil, soslayando las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba pericial? Dando lugar a la no aplicación de los artículos 1561, 1562 y 1568 del Código Civil.

iv. RESOLUCIÓN MOTIVADA DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS TRAÍDAS A CASACIÓN

35. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas. En la actualidad, la motivación casacional sigue en una constante evolución que exige un análisis de razonabilidad práctica más allá de la racionalidad formal.

36. La motivación es la justificación de la decisión judicial y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión, en un sentido u otro; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho.

37. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español ha acogido la concepción racionalista de la motivación al sostener que:

"[1/4] lo que [1/4] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho [1/4]"

38. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprosesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso.
39. En la función extraprosesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica.
40. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

"[1/4] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión [1/4]" [1/4] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos

en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha [1/4]"

41. A lo anterior, se agrega que, cuando se realiza una evaluación de razonabilidad de una decisión judicial, debe tenerse en cuenta además de la dimensión lógica de lo razonable, su dimensión histórica y social, toda vez que en muchos casos "*lo que hay que considerar como razonable depende de circunstancias temporales y espaciales*".

42. Por ello, en cumplimiento con dicha obligación constitucional dentro del modelo de Estado garantista de derechos y, en virtud del principio de irradiación constitucional con relación a la fuerza vinculante sustancial y supremacía de la Constitución, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

4.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

43. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

44. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso. A la vez, el artículo 169 de la Constitución prescribe: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

45. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que

posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

46. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos: "[1/4] *el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos*". Es decir, acceso a la justicia implica, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.
47. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana $\text{\textcircled{D}}$ en adelante CC $\text{\textcircled{D}}$ señala que el derecho a la tutela judicial efectiva, que prescribe el artículo 75 de la Constitución, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.
48. A su vez, la CC desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley. Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.
49. Por su parte, la CC vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se

sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales. Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

50. A la vez, el artículo 8.1 del texto convencional de la CADH que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

51. Este artículo tiene relación con el artículo 25 que se refiere a la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la CADH es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

52. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

53. Es decir, este derecho complejo (debido proceso) que implica, a su vez, conjunto de otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal

en una sociedad democrática.

54. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidar la seguridad jurídica en su dimensión objetiva.
55. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna.
56. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.
57. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben ser por lo regular analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.
58. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

4.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil.

59. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o captura de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen

que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido.

60. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.
61. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación en el que los poderes del tribunal *ad quem* no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso-, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y expresado en la fundamentación de su recurso.
62. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.
63. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de

legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*.

64. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".
65. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición casacional-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.
66. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.
67. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la

sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.

68. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber: 1) son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado; 2) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y, 3) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

4.3. Cuestiones previas sobre el primer caso del artículo 268 del COGEP.

69. El caso uno del artículo 268 del COGEP se configura por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de carácter procesal, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

70. La declaración de nulidad por esta causa, únicamente procede ante la violación de solemnidades sustanciales del proceso, cuando se haya viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, debiendo demostrarse el vicio en base de las normas que regulan el trámite de la causa bajo juzgamiento.

71. Nuestro ordenamiento jurídico consagra como causas de nulidad procesal, la omisión de solemnidades sustanciales y la violación de trámite, estas se encuentran taxativamente determinadas en el artículo 107 del COGEP, debiendo ser declaradas en la forma determinada en el artículo 110 ibídem.

72. Además de que la causa de nulidad se encuentra especificada en la ley, para su declaración es necesario que el vicio sea trascendente, insanable y que no se encuentre convalidado por las partes. A decir de Devis Echandía:

"[...]No todos los defectos de los actos procesales tienen la misma importancia, y, por consiguiente, tampoco pueden producir iguales efectos[...] tanto los vicios como los errores procesales pueden calificarse de trascendentes e intrascendentes, según que afecten o no la validez del acto [...] se distinguen los defectos de forma en simples irregularidades y motivos de anulación o nulidad [...] según su gravedad [...]"

73. En resumen, la estructuración del cargo por este caso, requiere señalar:

"[...] " a) la norma o normas procesales que se estiman infringidas; b) uno de los tres modos de infracción [...] aplicación indebida o falta de aplicación o errónea interpretación- c) la forma como el proceso ha sido viciado de nulidad insanable por la infracción acusada; d) el por qué se ha provocado la indefensión si así fuera; e) la forma como la nulidad insanable o la indefensión ha influido en la decisión de la causa; y f) la razón por la cual la nulidad no ha quedado legalmente convalidada; porque en los casos de falta de aplicación y de aplicación indebida, deben indicarse todas las normas que se estimen violadas".

74. Esta causal, protege el debido proceso de los posibles errores o vicios *in procedendo*, precautelando que el acto procesal no se aparte de las formalidades previstas en la ley, puesto que cuando el vicio no puede convalidarse se produce la nulidad del acto procesal.

75. Bajo estos enunciados y en virtud de los cargos planteados por la parte recurrente en casación, se pasa al análisis de los yerros alegados a fin de determinar si existe la infracción de formalidades sustanciales que puedan haber desviado el debido proceso.

4.4 Análisis de los cargos presentados por la parte recurrente en relación al caso uno del artículo 268 del COGEP.

76. El casacionista sostiene que el tribunal de apelación, ha incurrido en falta de aplicación de disposiciones normativas de orden procesal, provocantes de nulidad, al haber pronunciado sentencia de mérito pese a existir falta de *litis* consorcio necesario, alude que desde la primera instancia ha insistido en que se no solo se debía llamar a juicio a la administradora fiduciaria sino también al beneficiario del fideicomiso Plaza Proyecta.
77. Para el efecto alude la infracción de los artículos 153.3, 295.3, y 107.4 del COGEP; 3 letra c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, enfatiza en que el vicio acusado podía haber sido subsanado por el Juez a quo o remediado en segunda instancia; no obstante, el Tribunal *ad quem* ha confundido la alegación de *litis* consorcio pasivo necesario con la falta de legítimo contradictor.
78. Agrega a la vulneración de las anteriores normas, la falta de aplicación de los artículos 75, 76.7 letras a) y c) de la Constitución de la República y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
79. A propósito de las garantías judiciales que se deben observar en todo proceso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la extensión de estas garantías alcanza además al ámbito judicial, a cualquier procedimiento donde se decidan derechos de las personas. Porque de su observancia dependen otros derechos, como el de acceso a la justicia. Así, la norma convencional relativa a las garantías judiciales, recoge:
- [...] el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. [...] reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial[...]
80. Adoptándose a partir de la disposición convencional, en los artículos 75 y 76 la Constitución de la República, un catálogo de garantías que rigen el proceso judicial, como

son la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso y a la defensa:

[...] como un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para la defensa, constituyendo además una concreta disposición desde el ingreso al proceso y durante el transcurso de toda la instancia, para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces[...]

81. Al ser obligación de los órganos del estado, actuar en los términos de los procedimientos legalmente previstos para conocer y resolver los casos puestos a su consideración, es menester señalar que, en los procesos judiciales, las normas adjetivas están concebidas para regular la actividad procesal de las partes y del juzgador, con el objetivo de precautelar el abuso del derecho, mediante ellas se establecen las obligaciones y derechos de las partes, a lo largo de las instancias y recursos.
82. En tal razón, el proceso judicial lo conforman el conjunto de actuaciones consecutivas que realizan las partes, el juez y los demás servidores judiciales que intervienen en las causas; la producción de los actos procesales, se efectúa uno tras otro, derivando en una relación de interconectividad, pues de la validez del primero depende la de los que le sucedan.
83. No se desconoce que el principal objetivo del proceso judicial, es alcanzar la resolución de las controversias, sin embargo de nada sirve llegar a este fin, si en su tramitación no se ha precautelado del debido proceso y la defensa en igualdad de condiciones de quienes litigan, por ello es importante observar las formas procesales preexistentes, sobre todo las referentes a las solemnidades sustanciales, que corresponden al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias y fiscalizadas en los recursos extraordinarios.
84. En suma, a lo dicho, la razón de ser y el objetivo de las normas procesales sustanciales, es que el derecho sustantivo aplicable en el proceso judicial, pueda surtir sus efectos, de allí la obligatoriedad de acatar los procedimientos establecidos legalmente.
85. Así, la falta de cumplimiento de las solemnidades sustanciales de un proceso se sanciona con la nulidad procesal que puede declararse de oficio o a petición de parte, en el momento en que se produce la omisión de alguna solemnidad sustancial, de las

enumeradas en el artículo 107 del COGEP:

[...] 1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe.

86. Como se ha dejado sentado, la nulidad esta direccionada a cuestionar la validez y eficacia del proceso, debiendo ser la desviación, de tal trascendencia que no quede otro remedio que declararla:

"[...] la nulidad es un elemento que tiene efectos negativos en el proceso contencioso- y en cualquier otro- y que la tendencia más generalizada consiste en evitar, dentro de lo posible, tales efectos. Dicho en otras palabras, la ley da ciertas facilidades para que se remedie el mal causado. Y, es fundamentalmente, por estas razones, que la acción o la omisión que motivan la nulidad procesal, para ser declarada, debe, generalmente, influir en la decisión de la causa, que es uno de los obstáculos que la ley ha creado para impedir los efectos negativos de la nulidad."

87. Así, para poder establecer que un acto es nulo y declarar la nulidad, es necesario que la existencia de la misma se autoalimente a supuestos específicos en los que la violación del derecho a la defensa sea evidente, por lo que, para su declaratoria deben observarse los principios de especificidad, no convalidación, trascendencia y de protección.

88. El principio de especificidad también denominado de taxatividad, tiene que ver con que el motivo de nulidad tiene que estar determinado de manera expresa y clara, de manera que no se emitan declaraciones de nulidad por motivos no previstos en los términos establecidos en las disposiciones normativas que la regula, garantizando así, predictibilidad en las decisiones judiciales.

89. En principio de convalidación, parte de la naturaleza excepcional de la nulidad; en este sentido, a través del consentimiento de la parte que ha sido lesionada por el incumplimiento de una formalidad, se sana el acto en cuestión. Para la declaración de

nulidad, el vicio no debe encontrarse saneado sino latente.

90. El principio de trascendencia tiene que ver con la existencia de un perjuicio cierto que no puede resarcirse, sino únicamente con la declaratoria de nulidad. "*No existe impugnación de nulidad, en ninguna de sus formas, si no existe un interés lesionado que reclame protección*". De ahí que, en virtud de este principio, el único legitimado para solicitar la nulidad, es quien ha sufrido un perjuicio cierto y determinado por el actor procesal viciado.
91. En cuanto al principio de protección, quien incurre o ha propiciado el acto viciado no puede solicitar la declaratoria de nulidad, pues se estaría violando los principios de buena fe y lealtad procesal; por ello se dice que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o torpeza.
92. De la argumentación del casacionista, se tiene que la nulidad se funda en la falta de *litis consorcio necesario*, que es una excepción previa mas no una solemnidad sustancial que acarree la nulidad, como se analiza a continuación:
93. Los artículos 153.3 y 295.3 del COGEP, son normas de carácter adjetivo, cuyo contenido respectivamente D de acuerdo a la codificación vigente para la resolución del caso D , consagra como excepción previa a la falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda; excepción que se considera subsanable, debiendo concederse un término de diez días para corregir el defecto.
94. De la contestación a la demanda, se desprende que la parte accionada se excepciona con la "*falta de legítimo contradictor pasivo*" al no estar en el proceso, todos lo que deberían estarlo; tratándose de una multiplicidad subjetiva, conforme a la relación jurídica sustantiva que se advierte en la propia demanda.
95. Tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal de apelación D voto de mayoría D niegan la excepción planteada, considerando que solo se debía demandar a quien asumió las obligaciones contractuales con el constructor, que es el Fideicomiso representado por la Fiduciaria.
96. La falta de legitimación en la causa "*legitimatio ad causam*" mejor conocida como la

falta de legítimo contradictor, es un presupuesto procesal determinado por el interés legítimo de quien demanda y quien contradice, es decir, la parte actora debe ser la persona que dice ser titular del derecho controvertido; y la demandada el llamado por la ley a oponerse a la demanda, pues frente a ellos la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda. La legitimación en la causa determina, además, aquellos que deben estar presentes en la controversia para que sea posible dictar sentencia de mérito. Siendo necesario que concurren como actores o demandados, determinadas personas para conformar la litisconsorcio necesario, a fin de que se de paso la decisión de fondo.

97. A criterio de Mario Rojas:

La legitimación ad causam [...] tanto activa como pasiva, es decir, el derecho de gestionar, en el proceso, la relación o situación material controvertida, incluida la hipótesis de litisconsorcio necesario, propio o impropio, es un presupuesto de fondo de la sentencia favorable al actor. La verificación de su ausencia en el momento del juzgamiento, en apreciación del meritis causae, obliga a sentencia de rechazo del petitum. Este fallo desestimatorio, si bien es material, produce autoridad de cosa juzgada en sentido débil (porque no implica propiamente un pronunciamiento acerca del objeto litigioso) [...]

98. Sobre la falta de litisconsorcio, Devis Echandia, señala:

[...] puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litisconsorcio necesario[...]

[...] Lo anterior significa que la falta de integración adecuada del litisconsorcio necesario, nunca es causal de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria[...]

99. De esta manera, no cabe declarar la nulidad por falta de legitimación pasiva en la causa, si

bien es cierto es un presupuesto para dictar sentencia, pero no de validez del proceso; y siendo que uno de los principios que debe observarse para la declaratoria de la nulidad es la especificidad o legalidad, no puede enervarse la validez procesal sin texto legal expreso.

100. A esto se agrega, que conforme se desprende del contrato que dio origen a la *litis* y su adendum, quienes se encuentran obligados recíprocamente, son la Constructora demandante y el Fideicomiso Plaza Proyecta, debidamente representado por la administradora fiduciaria; el hecho de que a la celebración del contrato hayan concurrido otras personas, no significa que estas hayan adquirido obligaciones, por lo que su ausencia al no haber sido demandados en la presente causa, en especial el beneficiario, no impide la decisión sobre las pretensiones demandadas.

101. Para comprender el alcance de la relación contractual motivo de juicio y a quienes se obliga, es necesario recurrir a la naturaleza del fideicomiso mercantil, que será analizado más adelante en esta resolución, no obstante, se adelanta que el patrimonio autónomo del fideicomiso, está dotado de personalidad jurídica propia y por lo tanto es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario. Al haberse contraído en la relación contractual por una parte el compromiso de terminación de obra por parte de CONSTRUDIPRO; y, por otra el fideicomiso Plaza Proyecta, la de pagar, es su patrimonio autónomo el que responde y no el patrimonio individual de los constituyentes, del fiduciario o del beneficiario, tal como lo dispone el artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores.

102. Por último, tampoco se verifica la falta de aplicación de artículo 107.4 del COGEP, relativo a la citación con la demanda al demandado, la parte accionada se acuerdo a la demanda es el fideicomiso Plaza Proyecta, habiendo sido citado legalmente y comparecido a formular su defensa, no existe otra parte que habiendo sido demandada no haya sido citada, por tanto, no procede la alegación.

103. De acuerdo al análisis efectuado, no se encuentra un vicio trascendente causante de nulidad, que haya producido un perjuicio cierto e irreparable a los intereses del recurrente, quien dicho sea de paso alega la nulidad por la supuesta indefensión de un tercero, olvidando que las decisiones judiciales aprovechan y perjudican únicamente a

quienes litigan, la nulidad debe alegarla quien acredite estar perjudicado con el acto viciado y no otro, pues no hay nulidad sin perjuicio; en razón de los argumentos expuestos, no procede el cargo levantado por el primer caso del artículo 268 del COGEP.

4.5 Cuestiones previas sobre el segundo caso del artículo 268 del COGEP.

104. Este caso se configura cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley, entre ellos el de motivación, o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, de tal manera que, quien recurre fundamentando este caso, debe señalar los requisitos o decisiones que se contradicen entre sí en la resolución.

105. Los vicios de inconsonancia, tienen lugar cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutive del fallo, los cuales son considerados como defectos de estructura en la resolución judicial, al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva, los cuales derivan del análisis del auto o sentencia, sin que deba hacerse una confrontación entre estos y la demanda y/o su contestación, pues al hacerlo nos encontraríamos frente al caso tres del artículo 268 del COGEP.

106. En adición, dentro de esta causal, además de acusar a la sentencia recurrida por vicios de incongruencia, se puede alegar la falta de motivación de la resolución judicial por inobservancia de la disposición constitucional contenida en el artículo 76, numeral 7 literal I de la Constitución del República, que establece como garantía del debido proceso, la obligación de que todas las decisiones de los poderes públicos sean motivadas, y cuyo incumplimiento es sancionado con la nulidad de aquellas.

107. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al

proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.

108. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.

109. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificativa, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

4.6 Análisis de los cargos formulados por la parte recurrente en relación al segundo caso del artículo 268 del COGEP.

110. Sobre este caso, el recurrente denuncia la falta de motivación en la sentencia pronunciada por la Corte Provincial de Justicia, infringiéndose, dice, los artículos 76. 7, literal 1) de la Constitución de la República, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 89 del COGEP.

111. Reitera que no se ha demandado a todos los que componen la relación jurídica sustancial del contrato de construcción y su adendum; y que en suma la resolución no es razonable, ni lógica ni mucho menos comprensible.

112. Para el acatamiento del requisito de razonabilidad, la resolución judicial no debe

contener criterios contrarios al ordenamiento jurídico convencional ni constitucional y debe fundarse las disposiciones legales internas, así como en la jurisprudencia pertinente

113. Por su parte el requisito de lógica, atiende "a la debida coherencia entre las premisas expuestas por el operador de justicia y la conclusión a la que arriba; así como, entre ellas y la decisión que se adopta".
114. La comprensibilidad, atañe a la claridad y uso adecuado del lenguaje en la redacción de la decisión, que debe ser fácilmente entendida por las partes intervinientes en el proceso así como por el auditorio social.
115. Revisada la sentencia impugnada, en el apartado 5.2.3 que contiene al auto interlocutorio de resolución del recurso de apelación sobre la procedencia de la excepción previa de falta de legitimación en la causa, se resuelve:

"[...] 5.2.3. Auto interlocutorio que resuelve sobre la excepción previa planteada: Voto de mayoría (Ab. Manuel Ulises Torres Soto y Dra. Adriana Mendoza): Se desecha la excepción previa planteada vía apelación de auto interlocutorio, que el art. 1455 del COGEP también define lo que es un contrato bilateral, esto es, las partes se obligan recíprocamente; el constructor a terminar la obra; y, el Fideicomiso a pagar los valores conforme al cronograma valorado y presupuesto (Cláusulas Cuarta y Séptima), las demás personas que comparecieron en el contrato no adquirieron obligaciones de ningún tipo. Cabe mencionar que ni en el Contrato de Construcción ni en el adendum del mismo aparece la ISSPOL como beneficiaria, además que no consta como suscriptora de los instrumentos antes mencionados; esta excepción previa subsanable, está señalada en el COGEP, en el artículo 153.3. Como es de conocimiento general, actor y demandado, legalmente capaces, deben comparecer al proceso de forma personal o mediante procurador judicial; esto por regla general, pues en ciertos actos judiciales, están obligados a comparecer personalmente. Esta excepción previa, como veremos, son relativas a la personalidad, capacidad y postulación de las partes; o sea, a la falta de legitimación, ya sea del actor o del demandado. Esta excepción previa, tiende a determinar, si el actor o el demandado, están investidos de la legitimatio ad causam; esto es, si existe identidad entre la persona del actor y aquella a quien la

acción esta concedida, o entre la persona del demandado y aquella contra quien se concede; así la demostración de la calidad de titular del derecho del actor y de la calidad de obligado del demandado, es lo que determina o no la admisión de esta excepción previa subsanable. El doctor Manuel Tama, dice al respecto: "Debemos asumir que corre la suerte de las marcadas con falta de personería o incompleta, conformación de litisconsorcio, cuando por doctrina jurisprudencial ésta se refiere a la ausencia del genuino titular del derecho o del llamado realmente a contradecir; y, siempre se sostuvo que el juez debe dictar sentencia inhibitoria, rechazando la demanda, que no hace tránsito a cosa juzgada material". En el presente caso, la ISSPOL no es parte procesal, no intervino en ninguno de los instrumentos que por daños y perjuicios se impugna. Voto de Minoría (Dr. Nelson Ponce Murillo): Acepta la excepción de Falta de Legítimo Contradictorio Pasivo, por ende emite sentencia inhibitoria en el presente caso. 5.2.4. Recurso de Aclaración. a. Parte demandada: Sobre el Art. 13 de la Ley de la policía. b. Parte actora: Determina que está suficientemente motivada. c. Resolución del voto de mayoría: Sobre la aclaración que solicita la parte demandada en relación al Art. 13 de la ley de seguridad social de la Policía Nacional, sobre Las rentas de ISSPOL, es menester señal que no se desconoce de tales rentas, más el ISSPOL en la presente causa participa como beneficiario del fideicomiso, como han manifestado las partes, pero no involucra sus recursos, el solo recibe, no invierte, no gasta, no pierde. Eso significa que su patrimonio no tiene ningún riesgo porque interviene como beneficiario. Si fuera otra calidad dentro del fideicomiso sería diferente, en tal sentido, se niega el recurso de aclaración. Cabe mencionar que como ya se expresó en los instrumentos que son objeto del presente proceso, no aparece la ISSPOL ni como beneficiaria no como suscriptora o firmante aduciendo calidad alguna, por tanto, en este proceso, no cabe ni la citación a ISSPOL ni a la Procuraduría General del Estado, toda vez que los firmantes son particulares [...]

116. Como vemos, el Tribunal *ad quem*, obedeciendo a la naturaleza de la obligación contractual y en base de las cláusulas del contrato, funda su negativa de concesión de excepción previa de *Litis* consorcio necesario, bajo la consideración de que no es necesaria la participación del ISSPOL en la controversia, puesto que su papel es de

beneficiario del fideicomiso y que el contrato bilateral quienes se han obligado recíprocamente son el constructor a terminar la obra; y, el fideicomiso a pagar los valores conforme al cronograma y presupuesto pactados.

117. En el caso bajo examen, a más del contenido del contrato para determinar la necesidad o no de la concurrencia del Beneficiario a juicio, debemos remitirnos a la razón de ser del fideicomiso mercantil, que es *"el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla con una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero"*.

118. De conformidad con el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil es el contrato por el cual *"una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles e inmuebles, corporales o incorpóreas, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria, y en tal calidad, su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario."*

119. Esta misma norma, estatuye que el fideicomiso mercantil se entenderá como *"el patrimonio autónomo"*, aclarando que dicho patrimonio *"no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato"*.

120. De allí que, el tribunal *ad quem* reconoce la calidad del ISSPOL como único beneficiario del fideicomiso, dejando sentado que en principio no suscribió ni el contrato ni su adendum, y que lógicamente al ser beneficiario no ha involucrado sus recursos propios; significando que su patrimonio particular no tiene riesgo. Criterio que encuentra sentido en artículo 188 de la Ley de Mercado de Valores, que precisa que el patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del

constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario. Por ello y dado a que el patrimonio autónomo tiene personalidad jurídica propia, la responsabilidad por las obligaciones contenidas en el patrimonio autónomo se limita únicamente hasta el monto de los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil.

121. En cuanto al presunto desconocimiento en la sentencia, del rol predominante del ISSPOL como cesionario de los derechos y obligaciones de los anteriores beneficiarios, debemos recurrir a la cláusula 6.2 del contrato, referente a las obligaciones del FIDEICOMISO PLAZA PROYECTA, en la cual se determina:

"[...] pagar a el constructor, el precio convenido por las partes acorde a lo indicado en la cláusula séptima del contrato en 72 horas de haberlas recibido con las formalidades indicadas, esto es, que la planilla correspondiente haya sido aprobada por el fiscalizador, y que el pago sea autorizado por los beneficiarios del fideicomiso^{1/4} Dicho pago se cancelará con los fondos del Fideicomiso, cuyas órdenes de pago serán solicitadas por el constructor y aprobadas por el fiscalizador".

122. Puesto que el contrato es de obligatorio cumplimiento de los contratantes, por lo que debe estarse a lo pactado en él. Así tenemos que, el beneficiario no está obligado al pago al Constructor, debiendo cancelarse la obligación con los fondos del Fideicomiso, cosa aparte constituye la autorización de pago por parte del beneficiario que en efecto le correspondería al ISSPOL. No obstante, esto no significa que haya existido una relación jurídica común entre la constructora, el fideicomiso y el beneficiario, por el contrario, el único obligado con respecto a la constructora es el fideicomiso y así lo entiende el Tribunal de Instancia. Es decir, la resolución cuenta con argumentos suficientes y debidamente razonados, lógicos y comprensibles que motivan la decisión. En tal razón se niega el cargo propuesto.

4.7 Cuestiones previas sobre el caso cuarto del artículo 268 del COGEP

123. Con relación al caso cuarto del artículo 268 del COGEP este se conoce en la doctrina como violación indirecta y se incurre en dicha transgresión al no aplicar, aplicar de forma indebida o interpretar de forma errónea las disposiciones normativas o preceptos

jurídicos relativos a la valoración de la prueba, cuando ello conduce a una equivocada aplicación o a la no aplicación de disposiciones normativas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.

124. Por ello, por este caso: a) se deben citar normas relativas a la valoración de la prueba que le obligan al juzgador de instancia a valorar conforme con la sana crítica racional- donde no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni estados subjetivos a que quede enlazada la suficiencia probatoria-, los elementos de prueba que se aportan, esto es, aplicando las reglas de la epistemología en general, las reglas del correcto entendimiento humano, es decir, las de la lógica entre ellas el principio de razón suficiente- y la experiencia común; y, b) que dicha infracción en la valoración probatoria conduzca indirectamente a una equivocada aplicación de normas sustanciales en la parte resolutive de la sentencia. Eso significa que no es suficiente que, en la sentencia exista un vicio de derecho en la aplicación del precepto de valoración probatoria, sino que es indispensable que éste otro requisito concurra.

125. Por regla general, este tribunal señala que, en casación no se puede revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia, pues esta labor pertenece en forma exclusiva a los juzgadores de instancia, salvo que, como resultado de esa valoración, el juicio de hecho contravenga parámetros de racionalidad, objetividad y suficiencia, esto es, que la conclusión a la que llegue el juez, sea absurda, arbitraria o existan errores graves en el razonamiento probatorio que ameritan corrección. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, señala:

"[1/4] podemos concluir que constituye la generalidad, la regla por la cual la casación es improcedente si de revisar nuevamente la prueba se pretende; sin embargo, puede tener cabida una excepción: en ciertos casos la revisión de la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Casación, es necesaria, y será cuando el juicio de hecho contravenga abiertamente parámetros de racionalidad y de objetividad. Esto en modo alguno significa que la diversidad de criterios al momento de valorar la prueba sea susceptible de revisión por parte del Tribunal de Casación, por tanto, el examen de la prueba es estrechamente reducido a aquellos casos en que existe un error fáctico manifiesto y atentatorio a parámetros

de racionalidad y objetividad, propios de cada caso concreto, error que debe incidir fuertemente en la decisión de la causa, por ejemplo al valorar medios probatorios no insertos en juicio [¼]"

126. En otras palabras, la libertad y autonomía del juzgador o tribunal para desarrollar un razonamiento valorativo de la prueba se sujeta a parámetros de racionalidad e incluso razonabilidad en la motivación como límites a la arbitrariedad y subjetividad en la valoración de las proposiciones presentadas por los sujetos procesales y que están vinculadas con el supuesto de hecho de una disposición normativa general.
127. En caso de que la valoración probatoria resulte arbitraria injusta o ilegítima o absurda irracional el juez debe proceder a corregir dicho error. En otras palabras, es necesario que el tribunal de casación verifique que la valoración de la prueba resulte razonable racional, legítima, aceptable y que goce de suficiencia.
128. Así, bajo los parámetros que cita la parte recurrente, a continuación, se procede a analizar los yerros que se alegan bajo esta causal con el objeto de dar una respuesta motivada.

4.8. Análisis de los cargos formulados por la parte recurrente en relación al segundo caso del artículo 268 del COGEP.

129. Para dar solución al problema jurídico que plantea la parte recurrente sobre la errada valoración probatoria del tribunal de alzada de la prueba presentada, se emiten los siguientes criterios.
130. El derecho a la prueba, en términos generales, es el derecho fundamental que tienen las partes en el proceso: a ofrecer, a que se admitan, a que se actúen y valoren los elementos de prueba; en extenso, ha sido definido también como el derecho, "en primer lugar, a hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, a admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, a brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, a promover el recaudo de la prueba,

pues el derecho a ella no se concreta con la simple orden, sino que impone un compromiso del juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, a disponer y practicar aquellos elementos de prueba que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia."

131. El derecho a la prueba es una derivación del derecho a la defensa, por lo que se compone de cuatro elementos; el primero, es el derecho a utilizar todos los elementos de prueba de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos en los que se basa su pretensión con la relevancia de la prueba propuesta como única limitación-; el segundo, es el derecho a que las pruebas se practiquen en el proceso; el tercero, es el derecho a una valoración racional de las pruebas, que exige por un lado, que las pruebas que han sido admitidas y practicadas en juicio sean tomadas en consideración con la finalidad de justificar la decisión adoptada; y por otro, que la valoración que se realice sea racional; y, el cuarto, es la obligación de motivar las decisiones judiciales.

132. Doctrinariamente, valorar la prueba consiste en *"determinar el grado de probabilidad que tienen las hipótesis fácticas de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible; es definir o evaluar el grado de apoyo que una afirmación fáctica proposición- tiene de acuerdo a las pruebas practicadas en juicio"*.

133. Así, el objetivo fundamental e institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial es la averiguación de la verdad pero no el único-, de ahí que la prueba como actividad probatoria tiene la función de *"comprobar los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de hechos condicionantes, por lo que el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas"*. De esta manera, el mismo ordenamiento jurídico, a través del derecho a la prueba, es el que exige la aplicación de las reglas de la epistemología o la racionalidad generales.

134. La decisión que un órgano jurisdiccional debe adoptar respecto de los hechos probados, no es enteramente libre, pues, el derecho obliga a los juzgadores a observar una serie de reglas que regulan tanto la decisión final como el proceso a través del cual se

llega a esa decisión. Así, sobre la prueba se pueden identificar tres tipos de reglas jurídicas: las reglas sobre la actividad probatoria, las reglas sobre los medios y elementos de prueba; y, las reglas sobre el resultado probatorio.

135. Las reglas sobre la actividad probatoria, abarcan disposiciones normativas que determinan el momento en el que se inicia la fase de prueba y en el que finaliza. Las reglas sobre los medios y elementos de prueba, definen los medios y elementos de prueba, establecen cuáles de ellos son admisibles en un determinado procedimiento o la exclusión de aquellos. Las reglas sobre el resultado probatorio, indican al juzgador qué resultado debe extraer a partir de la presencia en el expediente procesal de algún medio de prueba específico o le conceden libertad jurídica para que valore los elementos de juicio que tenga a su disposición.

136. En este sentido, podemos aseverar que los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba tienen que ver con los tres tipos de reglas señalados, por lo que, el análisis del tribunal de casación cuando el recurso presentado se fundamente en la causal cuarta del artículo 268 del COGEP, debe circunscribirse a la verificación de la correcta aplicación y de la interpretación uniforme de las disposiciones normativas que contengan preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por parte del tribunal de apelación.

137. Es necesario entonces que la o el juzgador, en la valoración de la prueba, decida de acuerdo con las reglas de la sana crítica, entendida como:

"[1/4] un sistema en donde no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni estados subjetivos a que quede enlazada la suficiencia probatoria. Más precisamente, la única regla jurídica relevante es aquella que determina que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, es decir, las de la epistemología general, las reglas del correcto entendimiento humano; brevemente: las de la lógica (entre ellas el principio de razón suficiente) y la experiencia común [1/4] Llevado al marco de la decisión judicial, este último sistema permitiría eliminar el factor de subjetivismo incontrolable del sistema precedente [sistema de la íntima convicción], la rigidez del sistema de la prueba legal (clásico) y, especialmente la eventual arbitrariedad de ambos. [1/4] las reglas de la

epistemología, en cualquier contexto empleadas, son indefectiblemente falibles, dado que toda proposición apoyada en pruebas es en todo caso falsable. [1/4] las reglas de la epistemología sirven de ayuda para determinar cuándo, independientemente del estado subjetivo del decisor, la aceptación de un enunciado fáctico está injustificada por irracional [1/4]"

138. La característica de la sana crítica radica, entonces, en la libertad razonable que tiene el juzgador a la hora de valorar los elementos de prueba, sobre la base del principio de independencia y, de los principios propios de la prueba, como son los de inmediación y contradicción. En este sentido, el inciso segundo y tercer del artículo 164 del COGEP determinan:

"La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión."

139. Por otra parte, conviene indicar que para que la prueba pueda producirse y obtenerse válidamente y, por lo tanto, surtan los efectos legales procesales es indispensable que reúna ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos. Los requisitos intrínsecos tienen relación con: (a) conducencia del medio escogido, es decir, que legalmente sirve para establecer el hecho que va a probarse con él; (b) pertinencia o relevancia, es decir, que se relacione con el litigio u objeto del proceso; (c) utilidad, es decir, que sea necesaria y no parezca inútil por existir presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho que se ha de probar con ella u otros medios legales análogos que resulten suficientes para establecerlo; (d) ausencia de prohibición legal para investigar el hecho. Esto tiene relación con lo dispuesto en el artículo 160 del COGEP que establece que para ser admitida la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicarán según la ley, con lealtad y veracidad.

140. Los requisitos extrínsecos necesarios para la admisibilidad y la práctica de la prueba, son: (a) oportunidad procesal, tanto de la petición como de la admisión u ordenación o decreto y práctica; (b) formalidad adecuada para su petición, admisión, o

decreto u ordenación y práctica; (c) competencia y capacidad del juzgador para recibirla y practicarla, que excluye la ausencia de impedimentos; (d) legitimación de quien la pide y decreta. Así, el artículo 164 inciso 1 del COGEP, establece: "*Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código*".

141. Por su parte, el artículo 162 del COGEP, dispone: "*Debe probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requiera*"; y, en este caso el artículo 163 del prenombrado código indica qué hechos no requieren ser probados. Por su parte, el artículo 169 del COGEP determina: "*Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada*".

142. A la vez, nuestra ley procesal en este caso el COGEP, consagra los medios probatorios que pueden admitirse en un proceso y la forma legal de introducirlos, es decir, las partes no están en libertad absoluta de escoger los medios que usarán para formar convicción respecto de los hechos discutidos, ni la forma de presentarlos ante el juzgador; por ello, si bien el juez tiene libertad para apreciar las pruebas rendidas, según se lo dicte su criterio racional, eso no significa que puede aceptar cualquier medio de prueba, sino únicamente los previstos en la normativa legal como tales y siempre conforme a las normas establecidas para su actuación y valoración. Ello, lo ratifica la jurisprudencia.

143. En este orden de ideas, corresponde a este tribunal analizar los argumentos presentados por la parte casacionista y confrontarlos con la sentencia censurada; para ello, a continuación, se transcribe la parte pertinente del fallo de alzada, en lo que respecta al valor probatorio otorgado a la prueba pericial:

"[1/4] NOVENO. ANÁLISIS DE LA SALA. [1/4] 9.21. Respecto al informe pericial de la Ing. Ethel Pinto, que fue contradecido en audiencia de juicio, éste revela inconsistencia como afirmar que es un contrato por administración, cuando se trata de un contrato a precio o rubro fijo pero de cantidad variable; que la constructora

cobró siete ascensores y escaleras de más, cuando en su declaración reconoció que solo se había pagado al constructor Construdipro (6 escaleras y 1 ascensor), señala que no se pudo constatar en qué lugar se habían ejecutado los rubros cobrados que debían reliquidarse; sin embargo, señaló que había ido al sitio, realizado las mediciones y así lograr determinar los trabajos; que no había Libro de Obra ni los soportes de las facturas, sin embargo el perito Ing. Carlos Ortiz Montesdeoca los presentó adjuntos a su informe, documentación proporcionada por los dos peritos.

9.22. La ingeniera Pinto en su informe describe la ubicación del inmueble donde se desarrolló el proyecto inmobiliario y las áreas del solar, hace referencia que revisó el contrato de construcción y su adendum y cita o describe el listado de subcontratos y cotizaciones que encontró en la oficina del fideicomiso que son 21 subcontratos y cotizaciones según el informe, ya con eso, con la propia prueba del demandado se va demostrando que si se enviaron a la fiduciaria los subcontratos; señala o hace referencia a la fecha de paralización de las obras, hecho que consta en los informes del fiscalizador, señala que Construdipro está reclamando el pago de las facturas vencidas que al 31 de mayo del 2017 ascendía a US\$ 800.965,3 sin embargo no hace referencia a las últimas cuatro facturas que presentó la constructora emitidas para ser pagadas por el fideicomiso representado por Fidupoacífico, con lo que totaliza US\$ 1.074.135,78 por lo que su informe no abarcaría tales facturas, así mismo hace referencia a la existencia de una aprobación por parte de la junta de fideicomiso de la modificación de presupuesto que fue aprobado por dicho órgano en virtud de un informe que presentó el fiscalizador Estrella el 14 de junio del 2017; documento que no ha adjuntado a su informe en el cual se indica que el excedente valorizado por la suma de 1.082.462 aclarando que solo autorizaron la modificación del presupuesto en la suma de US \$900.000, señalando que el fideicomiso debía proceder con los pagos en los términos propuestos previa autorización del gerente del proyecto (documento que fue agregado al proceso por las partes procesales). Es importante resaltar que el referido informe no cumple con las exigencias señaladas en el numeral cuatro del art. 21 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, esto es, no ha presentado documentos que respalden la explicación de criterios técnicos conforme lo exige dicho reglamento respecto al trabajo y conclusiones vertidas en su informe, sin dejar de reconocer que lo único que consta

agregado como anexo son los contratos de construcción con los constructores que participaron en el desarrollo del proyecto; acta de liquidación con el primer constructor y el adendum al contrato con el segundo constructor y un cuadro comparativo entre lo facturado y pagado a ambos constructores, pero sin soportes del por qué afirma que se debe devolver US\$233.000,00. En el informe transcribe algunas cláusulas contractuales y afirma que se ha omitido las aprobaciones por escrito y expresas que deben de existir por cada una de las facturas presentadas, apoya lo afirmado por la demandada pero sin sustentarlo, es decir, que para la perito el constructor no soportó ni las planillas ni las facturas, ni obtuvo la autorización de pago (pág. 15 de su informe). Hace un resumen de la revisión de planillas y afirma que según la cláusula séptima del adendum al contrato que se refiere al precio y forma de pago cita que "el precio unitario es fijo y la cantidad es variable" por lo que entiende que se trata de un contrato de construcción por administración, en lo particular considero que la perito confunde la definición, concepto o modalidad de lo que es un contrato por administración y lo que es un contrato de precio fijo, pues es conocido por los especialistas en la materia que existe una gran diferencia entre estas modalidades de contratación, reconocida por varios tratadistas, como se alegó por parte del patrocinador de la compañía constructora basado en lo señalado por el tratadista Guillermo Borda en su libro *Manual de Contratos*, págs. 428 y 429 parágrafo 824 y 826 y cuya parte correspondiente de dichos criterios doctrinarios se encuentran incorporado en el proceso a fojas 756, y respecto a la modalidad de contratación a precio fijo los tratadistas sostienen que "la obra se contrata por ajuste alzado cuando las partes establecen desde el comienzo un precio fijo e invariable. La modificación en el precio de los materiales o de la mano de obra beneficia o perjudica al contratista y no alteran al precio. Al respecto si se analiza este criterio doctrinario con el caso concreto de este juicio claramente se señala que el precio es fijo pero de cantidad variable, esto es, que se debe pagar por valor del rubro lo que se señala en el presupuesto o cronograma de obra en las Cláusulas Cuarta y Séptima, esto quiere decir que el constructor por más que suban los precio más allá de lo que señala el presupuesto él asume la pérdida, o si llegase a contratar a menor valor de lo que se señala en el presupuesto queda en beneficio del constructor (situación que los 3 peritos que intervinieron en este juicio, cuando declararon, lo reconocieron y

aceptaron, por lo que se demuestra otro error esencial de la perito Pinto sobre la modalidad del contrato); además en la cláusula séptima del contrato claramente se lee una excepción o posibilidad de alterar el precio que es por aumento de los impuestos (IVA del 12 al 14%, aumento de mano de obra y las demás señaladas en dicha cláusula). Por la modalidad de contratación por administración la doctrina lo identifica como contrato por coste o costa, que en este tipo de modalidad "el precio de la obra se fija teniendo en cuenta lo que ella costaría de mantenerse los actuales precios de materiales y salarios, pero se reconoce al contratista el derecho de reajustarlo de acuerdo con la variación de aquellos". Por lo anotado, no se puede coincidir con el criterio que el contrato que ha celebrado las partes sea por administración, sino como el propio contrato lo señala que es bajo la modalidad de precio unitario fijo. Es importante resaltar que la perito en la página 15 señala "de la revisión de planillas y lo verificado en sitio se cumple lo establecido en el objeto del contrato, en lo que cita que las cantidades son variables y el precio unitario fijo", es decir, con esta contradicción se demuestra el error esencial afirmado, por lo que se debe entender que se pagó el precio fijo señalado en el contrato aunque la cantidad pudo haber variado; así mismo, la perito señala que se aprecia distorsión en unidades de lo planillado, como por ejemplo cuando se refiere a ascensores y escaleras eléctricas que el contrato señala que son 6 unidades y sin embargo se ha cobrado 7.65; sin embargo, al declarar reconoce que estaban instalados 6 escaleras y 1 ascensor que es lo que el constructor cobró, otro error esencial al decir en su informe que se tiene que reliquidar ese rubro; señala que no se justifica el criterio de cobrar imprevisto en el módulo de personal. Al respecto los peritos Ing. Salazar (pág. 36) e Ing. Ortiz (págs. 20 y 36) que en sus informes de fojas 1385 a fojas 4334 claramente indican que si bien en el contrato existe distorsión en las unidades, en lo planillado se cobró como la costumbre señala en estos tipos de negocios, páginas 16 y 52 del informe del Ing. Salazar, así mismo respecto a las observaciones de ascensores y escaleras ambos peritos señalan claramente que según contrato de Construdipro con el fideicomiso se contrató la instalación de seis escaleras eléctricas y un ascensor y eso es lo que han planillas y cobrado, que si bien podría existir un pago en exceso a ese rubro debe ser reclamado a quien se lo pagó, esto es Constructora Chaw (pág. 36 del informe del Ing. Ortiz), la perito Pinto se olvida que

en la cláusula 2.8 del contrato se señala que el contrato lo redactó la fiduciaria bajo las instrucciones de los beneficiarios a lo que se señala en dicho documento, es decir, que si existe algún error de interpretación en contra de quien lo redactó (Art. 1582 del Código Civil). Cuando entra a analizar las planillas de adicionales, la perito se refiere al rubro Isla e indica que no existe contrato ni especificaciones técnicas, que se contrató lo equivalente a once unidades, al respecto en la inspección judicial se determinó la existencia de dichas islas, y los peritos Ing. Salazar (pág. 45) e Ing. Ortiz (pág. 36) resaltan en sus informes que las islas fueron aprobadas por la fiduciaria según anexo 50(fs.3444-3451). 9.23. Así mismo, respecto a la Compañía Imeteco con relación al rubro estructura metálica, se refiere a que existe una medida global y se planilla 42.431,88 sin soporte alguno, sin embargo el ing. Ortiz en su informe, pág. 37 da una explicación debidamente sustentado en los anexos que presentó que en este rubro a pesar que existe ese adicional soportado hubo un beneficio que el constructor le cedió al fideicomiso en cuanto al precio, algo que la perito Pinto no hace referencia. Respecto a que la compañía Imeteco se eximió a presentar los planos As-built por falta de pago, esto es confirmado por los peritos Salazar y Ortiz, más aun este último aclara con los anexos de su informe la veracidad de tal afirmación y presentó soportes de la legitimidad de la cantidad cobrada, es decir, la fiduciaria no le entregó los documentos necesarios para que elabore sus informes. Respecto a los cobros injustificados de las baterías de sshh, esto se contradice con el informe que presentaron los peritos Ing. Salazar (página 37). La perito Pinto en la página 19 del informe indica que algunas planillas se presentaron sin los soportes, sin embargo los peritos Ing. Salazar e Ing. Ortiz señala que si existen los soportes que fueron revisados por ellos, más aun el Ing. Ortiz presentó todas las planillas y soportes, e indicó que el fideicomiso le entregó las planillas, los soportes y facturas, (informes págs. 5 y 6) los cuales los comparó con los que le entregó la parte actora y pudo darse cuenta que coinciden, permitiéndose anexar a su informe algunos de estos documentos que le entregó el fideicomiso para sustentar más ampliamente su informe. La perito Ing. Pinto en la página 20 indicia que no se cumplió con la cláusula 6.2, esto es, que para cobrar las facturas debía obtenerse la autorización del beneficiario del fideicomiso, consta en el proceso que las autorizaciones de pago si existieron de parte del gerente del proyecto, que es la persona que delegó la junta de

fideicomiso para que apruebe los pagos una vez que reformó el contrato de constitución del fideicomiso, y por instrucción del beneficiario del mismo esto es la ISSPOL. Además, el gerente del proyecto en su testimonio, reconoció que si aprobó los pagos hasta la planilla No. 26, así mismo, consta en el proceso sendos documentos emitidos por la fiduciaria del Pacífico en el sentido que demostraron que ella aprobó un cruce de cuentas por los canjes de varios proveedores que superan los US\$210.000,00, por lo que con esto se había aprobado hasta parte de la planilla No. 28, ya que se abonaron a la 16 y 27, situación que también fue reconocida por el gerente del proyecto en su declaración respecto a los canjes. Si el fideicomiso, por intermedio de la fiduciaria, entregó al perito Ortiz las planillas, soportes, facturas y comprobantes de retención, se prueba que los miembros del fideicomiso si conocieron de esta autorización, por lo que no se entiende porqué la perito Pinto señala que no se presentaron las planillas sin soportes (otro error esencial). Respecto al módulo mejoramiento de suelo, las observaciones que hace en su informe la perito están desvirtuadas con el informe del perito Ortiz en la pág. 38 y sus distintos anexos, con lo que claramente se demuestra que lo expresado por la perito Pinto se contradice con lo afirmado por el perito Ortiz quien si presenta los justificativos y soportes de sus conclusiones (otro error esencial de la perito Pinto). En la página 23 la perito indica que no existió Libro de Obra, sin embargo el Ing. Salazar señaló en su informe que si existe el libro del obra, que lo revisó y adjuntó a su informe algunas copias de ciertas piezas de dicho Libro; de igual manera el Ing. Ortiz afirmó que si existe Libro de Obra, que lo revisó y presentó mayor cantidad de elementos de este documentos. Se refiere al módulo de estructura metálica, y de acuerdo a lo expresado en este rubro con lo que informa el perito Ing. Ortiz (pág. 37), quien lo hace debidamente soportado concretamente los anexos 52.2, 52.3 y 52.4 se desvirtúa lo expresado por la perito Pinto sobre este rubro, respecto a que no habían soportes. Con relación al modula Tumbado, la pág. 36 del informe, la perito Pinto se refiere al numeral 9.2.1-Tumbado de gypsum verde en baños públicos y numeral 9.2.2 tumbado de gypsum en corredores, el perito Ortiz en la pág. 40 del informe aclara tal situación desvirtuando lo señalado por la perito Pinto, de igual manera el Ing. Salazar en la pág. 42 de su informe. En el rubro 9.3 Carpintería de madera, puertas MDF baños públicos, al respecto el perito Ortiz en la pág. 39 de su informe aclara debidamente sustentado

como sucedieron las cosas. En la página 47 del informe de la Ing. Pinto con relación al rubro pintura, señala que en las planillas 27., 29, 31 y 32 presentadas por Consturdipro se señalan cantidades en forma global sin establecer los lugares donde se realizaron los trabajos del rubro liquidado, es obvio que este trabajo fue aprobado por el fiscalizador como consta en las planillas significa que este reviso en qué lugar se realizaron los trabajos, y es obvio que si pintaron todos los pisos de los edificaciones, los locales, que integran el proyecto inmobiliario, cómo puede afirmar que no se puede establecer los lugares donde se realizó el trabajo. Así mismo, respecto al rubro pintura de caucho blanco y la pintura exterior elastómera color arena, esta observación que realiza esta desvirtuada por el informe presentado por el ingeniero Carlos Ortiz en la pág., 37 en el que resalta que la Ing. Pinto se equivocó en cuantificar los metros pintados. La ing. Pinto en la pág. 50 de su informe habla del sistema hidrosanitario y contra incendio, si se lee la pág. 36 del informe del Ing. Ortiz en dicho rubro queda aclarado qué sucedió con estos dos rubros (hidrosanitario y contra incendio) que no se cobraron dos veces. La ing. Pinto en la pág. 56 de su informe habla del sistema de climatización. Observando que en la planilla 30 tiene en el formato cálculos de gráficos dimensionados que las cantidades se colocan en forma global sin establecer los lugares donde se realizaron los rubros. Así mismo, respecto a las tuberías de aire acondicionado señala que las cantidades planilladas no se pueden establecer la distribución de los trabajos donde se realizaron estos rubros, al respecto es claro observar que el día de la inspección se vieron los aparatos de aires acondicionado instalados en los locales y el techo o terraza del complejo inmobiliario, Así mismo en Ing. Ortiz en la pág. 36 deja totalmente aclarado con los distintos soportes el por qué hubo mayor gasto en este rubro. De igual manera en la página 60 de su informe que se refiere al personal técnico y de obra, circunstancia que el Ing. Ortiz en la pág. 17 de su informe aclara la observación que hace la Ing. Pinto respecto al personal técnico y guardias en general. Respecto a las conclusiones de la pág. 72 la Ing. Pinto señala que no se encontraron planos As built, ni especificaciones técnicas, ni cronograma valorado de obra, ni subcontratos, sin embargo se contradice ya que ella mismo describe la existencia de 21 subcontratos en su informe, que no se encontró Libro de Obra, todas estas afirmaciones se contradicen con el contenido de los informes de los ing. Salazar

y Ortiz quienes señalan que si encontraron planos as built, si se encontraron especificaciones técnicas, que si existen subcontratos, al punto que han acompañado algunos, que si hay libro de obra, que si bien es cierto que en el presupuesto obra o cronograma valorado existen errores en las unidades de medidas cuando se liquidaron el pago estas unidades de medidas se hicieron considerando lo que en práctica se estila conforme lo indica el Ing. Salazar respecto a que las planillas representar errores de tiempo, esto fue aclarado por el Ing. Salazar en su informe ya que se debió a las distintas paralizaciones de la obra, considerando que en el periodo de paralizaciones si bien Construdipro no ejecutó labor los proveedores que trabajan con canje si se les permitió trabajar y consecuentemente esa fue la causa que motivó al presentación de planillas mensuales. 9.24. Cabe mencionar que el Art. 20 numeral 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial expresa con claridad: "Parte de Inclusión de documentos de respaldo, anexos, o explicación de criterios técnicos: deberá sustentar sus conclusiones ya sea con documentos y objetos de respaldo (fotos, láminas demostrativas, copias certificadas de documentos y objetos de respaldo (fotos, láminas demostrativas, copias certificadas, grabaciones de audio y video, etc.); y/o, con la explicación clara de cuál es el sustento técnico o científico para obtener el resultado o conclusión específica. Se debe exponer claramente las razones especializadas del perito para llegar a la conclusión correspondiente. No se cumplirá con este requisito si no se sustenta la conclusión con documentos, objetos, o con la explicación técnica científica exigida en este numeral". En este sentido, los informes de la Perito Ing. Ethel Pinto que supuestamente se sustentaron en base al sistema de planillaje que sustenta las facturas, y que entregó Constudipro a la fiduciaria, no fueron adjuntadas al informe, igualmente el cronograma y el flujo de caja "Plaza Proyecta", por lo que mal pudo haber realizado un informe sin sustento, concluyendo que las planillas no presentan los suficientes documentos habilitantes, o soportes para la mejor comprensión del rubro, que hubo un mal planillaje, que imprevistos no debieron haberse cobrado como gasto constante o fijo, que los \$ 182.000 de relleno de suelo que está de más, que en los rellenos hay diferencias, aparenta en las planillas con más cantidad de lo que es real, pago indebido de sistema hidrosanitario y contra incendio en \$189.000 que es un cobro en exceso, que hay un exceso de \$197.039 en albañilería (alzada de

pared, enlucido, cuadrada de boquete, filos, resane, filaretos y losetas de mesones) que hay \$ 8.000 planillado en el resane. No se puede realizar una pericia técnica sobre un contrato de construcción, en cambio los imprevistos no debieron haberse cobrado como gasto constante o fijo, en lo que es el personal tampoco, \$ 182.000 de relleno de suelo que está de más, porque la constructora Chaw participó primero en el primer bloque, hizo el 70% del bloque central que es el más grande, excavación, de máquina y desalojo, en los rellenos hay diferencias, aparenta en las planillas con más cantidad de lo que es real, pago indebido de sistema hidrosanitario y contra incendio, encontró una cotización de un Ing. Ernesto Rodriguez que estaban incluidos todos los rubros hidrosanitarios y de incendios por una cantidad que variaba por 189.000 que es un cobro en exceso. En este rubro de personal técnico y de obra, hay persona que tiene 2 cargos, el mal planillaje en personal, exceso de \$197.039 en albañilería (alzada de pared, enlucido, cuadrada de boquete, filos, resane, filaretos y losetas de mesones) no hubo documentación, por lo que hubo que medirlo en sitio, llama la atención que el enlucido es mayor al metraje y el resane está en todos los pisos como rubro constante, no hay libro de obra que indique dónde y cómo resanó, en sótano el resane fue 2.000, planta baja hay 8.000 planillado de resane. No se puede elaborar un informe técnico sobre una obra de construcción sin el cronograma de obra con el fin de plantear un control de tiempos del proyecto en el cual se deben incluir todas las actividades que contemplan la etapa de Estudios y Diseños, la etapa de Construcción y la etapa de Comercialización del mismo, y el flujo de caja del proyecto en dónde debe constar el registro de todos los ingresos y egresos a la caja a lo largo del tiempo y sirve para proyectar los efectos de la evaluación de la viabilidad de un proyecto. 9.25. De la revisión de las pruebas presentadas por la parte demandada, consta la escritura de sustitución de fiduciaria celebrada el 25 de mayo del 2017 en la que se incorporan el acta de entrega recepción de los documentos del fideicomiso, y lo más importante la rendición de cuentas cortada al 22 de mayo del 2017, en la que se refleja la ventas de los distintos locales, los valores cobrados y los que estaban por cobrar, que a la fecha se habían cobrado USD 5.000.000,00 aproximadamente y faltaba por cobrar 700.000.00 aproximadamente existiendo un total de venta de alrededor de 13 millones de dólares. Se refleja en el rubro situación financiera y estado de resultado con corte a mayo 22 del 2017, una posible

culminación de obra para mayo del 2017 por falta de liquidez, habiendo Construdipro reiniciado los trabajos a partir de diciembre del 2015. En el rubro financiamiento del proyecto se reflejan los acreedores del fideicomiso en el que se señala que Caventur (fiscalizador) es acreedor. Así mismo, cuando se refiere al estado actual del Fideicomiso Plaza Proyecta se refleja que el patrimonio del fideicomiso es solvente frente a las obligaciones, ante los promitentes compradores y reconoce que se han contabilizado todos los activos así como todo los pasivos, informes presentados a los beneficiarios, al órgano de control, por lo que con esta información no se comprende por qué el gerente del proyecto de su informe indica que la fiduciaria Latintrust puso en peligro el patrimonio del fideicomiso, cuando la totalidad de la propiedad de planta y equipo ascendía alrededor de 16.000.000,00 dando un resultado como patrimonio neto de 8.000.000,00 aproximadamente. De la revisión de los distintos informes de rendición de cuentas emitidos por el fideicomiso, por intermedio de la fiduciaria Fidupacífico en el rubro proveedores por pagar (4.23) se refleja las acreencias a favor de Construdipro, esto es, desde septiembre del 2017 hasta mayo del 2018. 9.26. Respecto al informe del Ing. Carlos Salazar que consiste en el análisis sobre los análisis de lo expresado en los informes periciales por la Ing. Ethel Pinto dicho profesional presentó su informe conforme a las exigencias que señala el reglamento dictado para el efecto, con todos los anexos que sustentan su exposición y conclusiones, habiendo dicho profesional comentado, entre otras cosas, lo siguiente: En la página 48 y 49 numeral cuando se refiere a la parte en que la perito Pinto señala que a su criterio habría un cobro en exceso e injustificado por la suma de US\$D 2.32.166,66, el Ing. Salazar hace un análisis en el que resalta los errores que contiene dicha conclusión, y más aun pormenorizadamente explica por qué no procede los distintos puntos en que se sustenta la perito Pinto para sostener el monto que según ella se habría cobrado en exceso por la Constructora, habiendo concluido que tanto lo planillado está de acuerdo al presupuesto de obra contratado, que ha verificado la existencia del Libro del Obra del cronograma valorado, de las especificaciones técnicas y que las planillas y soportes se presentaron para la aprobación del fiscalizador en forma correcta y todo aquello lo sustenta de acuerdo al análisis realizado. Así mismo, del informe del Ing. Carlos Bolívar Ortiz Montesdeoca ordenado por el juez a quo llega a determinar con los documentos

presentados por las partes, que lo planillado por Construdipro asciende a 10008.310,27 incluido IVA y los pagados US \$ 9052.2133.69 con IVA, quedando un saldo por pagar de 856.156,58 y es importante resaltar que a esta deuda la Fidupacifico realizó abonos o pagos a la deuda, que totalizan 330.000,00 aproximadamente (pág. 17); Es importante resaltar que dicho profesional en la misma pág. 17 señala que procedió a revisar los valores de los rubros ejecutados en cada una de las planillas presentadas con los soportes gráficos y los cálculos aritméticos adjuntos y coinciden con el valor de cada una de las planillas presentadas y lo más importante de resaltar es que el perito Ortiz acogió las observaciones y comentarios hechos por la fiduciaria, fueron planteadas al constructor, quien según el perito ha justificado cada una de ellas, principalmente a las que hace referencia a la eventual falta de contratación de personal técnico y al número de guardias, a las razones por las cuales no se contrató al Ing. Rodríguez que según el fideicomiso había presentado un presupuesto inferior. Así mismo, respecto al relleno del suelo la demandada había hecho observaciones basadas en un análisis de la compañía INGEOMAT en el que aparentemente pretendían demostrar que no existía la cantidades de relleno y mejoramiento de terreno conforme a lo que había cobrado Construdipro y del análisis presentado y los soportes presentados proporcionados por la parte demandada llega a la conclusión que efectivamente si se rellenaron los 16.000 metros cúbicos, de igual manera en la pág. 20 el perito Ortiz aclara lo relacionado a la contratación de las escaleras eléctricas y ascensor, concluyendo que se cobró en forma correcta y respecto a las áreas de construcción se demuestra no solo con los permisos de construcción y su renovación sino con los documentos que han sido proporcionados por la parte fiduciaria que existieron más metros cuadrados de construcción, principal premisa que originó el incremento del costo del proyecto, y en las conclusiones que constan en las paginas 21, 22 y 23 del informe es importante señalar lo que resalta el Ing. Ortiz en el sentido que considera que los pagos realizados a la constructora han sido hechos siguiendo el procedimiento contractual, no existe error en la realización de los pagos, no existe evidencia de que se haya cobrado en forma indebida ni en exceso tanto en cantidades como en valor contratado, que los pagos se han hecho con los justificativos necesarios, más aun que la documentación entregada por la parte demandada ha sido desvirtuada con la

presentación de los justificativos de la constructora y en otros casos existen valores cobrados en exceso por la contratista anterior y que no pueden ser imputados a Construdipro. Así mismo, resalta que la junta de fideicomiso aprobó el desfase presupuestario, por lo que es lógico concluir que no existe cobro en exceso, sin perjuicio de que las planillas presentadas con sus soportes fueron aprobadas por el fiscalizador, quien dispuso la emisión de las facturas, que las mismas se emitieron por causa de la ejecución del contrato, es imposible, en virtud de los informes presentados por los peritos que se haya pagado en exceso; que se pagó por error al constructor o que exista pagos injustificados; peor, que no se hubieran aprobado las planillas o que existan inconsistencias. Es importante volver a resaltar lo que precedentemente se ha señalado respecto a los informes de rendición de cuentas emitidos por la fiduciaria Fidupacífico, que dicho sea de paso no ha sido impugnados por la demandada para informar a las personas vinculadas con el Fideicomiso Plaza Proyecta que el art. 14 de la Codificación de la Resoluciones Monetarias, Financieras de Valores y Seguros Tomo II, claramente señala que la administradora de los fideicomisos (fiduciarias) deben rendir cuentas sobre la actividad fiduciaria, entendiéndose por rendición de cuentas la información comprobada, documentada, detallada y pormenorizada sobre la gestión realizada por la fiduciaria para cumplir con el objeto del fideicomiso; así mismo, dicha disposición legal impone al fideicomiso-fiduciario que debe informarse en forma inmediata sobre los hechos de carácter económico, jurídico, administrativo, contable o de cualquier otro índole que incida en el desarrollo normas de la labor encomendada, disposiciones que coordina con el art. 16 de dicha codificación que habla de la forma y contenido de la rendición de cuentas en la que claramente señala que la rendición de cuentas debe basarse en documentos, observando cuando menos las instrucciones que se impartan en el fideicomiso, por lo que, las informaciones contenidas en las rendiciones de cuentas que se han incorporado al proceso, deben gozar de veracidad absoluta ya que han sido emitidas por la representante del demandado siguiendo las exigencias legales que la ley señala para el efecto de informar a los beneficiarios del mismo y al órgano de control, Superintendencia de Compañías, por lo que para su emisión la fiduciaria debía comprobar la veracidad de las planillas, soportes e informes del fiscalizador y facturas, hecho que consideró el perito Ing. Ortiz indica que la fiduciaria le entregó

tales documentos para realizar su trabajo, razón por lo cual en virtud de dicha comprobación fue que informó lo que se refleja en dichos documentos, más aun que el mismo art. 16 antes referido hace relación de los requisitos que deben contener los fideicomisos inmobiliarios se indica que se debe señalar el valor de las sumas de dineros o bienes entregados al fideicomiso o los valores por cancelar hasta la fecha de la rendición de cuentas; y, en cada uno de los informes de rendición de cuentas referidas precedentemente, se refleja con claridad que el fideicomiso, por intermedio de su representante Fiduciaria del Pacífico, aceptan la deuda del reclamante que se señala en el apartado 4.2.3 de dichos informes y que claramente se refleja los montos por pagar al constructor y en algunas casos hasta abonos realizados, por lo tanto si la propia representante de la demandada ha informado que conoce las disposiciones legales citadas precedentemente elaboró las rendiciones de cuentas, es fácil colegir que esta revisó y comprobó la veracidad de los documentos en que se basó y fundamentó su registro respecto a los valores por pagar a proveedores y/o acreedores, basándose en que las facturas, planillas no tienen sustento para su emisión [1/4]

144. De la lectura de lo arriba transcrito, se desprende que el tribunal *ad quem*, para formar su criterio y emitir su decisión con respecto a la demanda, toma en consideración no solo la prueba pericial sino también la documental y testimonial presentadas por los sujetos procesales para justificar sus asertos. Es más, valora los tres informes periciales existentes en el proceso, confrontando la veracidad de sus conclusiones entre sí, en ningún momento deja de tomar en cuenta el elaborado por la ingeniera Ethel Pinto, como aduce el recurrente.
145. Sin perjuicio de lo anterior, se anota que conforme aparece en el proceso, en la evacuación y actuación de la prueba pericial; comparecieron a sustentar sus informes, los tres peritos, y luego del interrogatorio y en base del contenido de los informes, ha quedado establecido que el de la ingeniera Pinto contiene contradicciones e inconsistencias, dando lugar al error esencial, que se configura cuando existen divergencias o contradicciones en cuanto a la sustancia o naturaleza del objeto de la pericia. Además, la prenombrada perito, no presentó los documentos de respaldo que expliquen y sustenten sus criterios técnicos, como exige el artículo 21.4 del Reglamento

del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, lo cual le resta eficacia probatoria a su informe. En tal razón, no existe vulneración del artículo 222 inciso sexto del COGEP.

146. En cuanto a la alegación de que el perito dirimente Ing. Carlos Ortiz no ha sido imparcial, por cuanto su informe se basó en documentación entregada por la actora; esto no se encuentra acreditado, por cuanto en la audiencia de juicio, momento procesal oportuno para determinar su imparcialidad e idoneidad, el juez interroga al perito sobre la impugnación que realiza la parte demandada y sobre los documentos en que basó su informe, y que ha presentado dicho profesional, en ese momento los documentos que el demandado Fidecomiso Plaza Proyecta por intermedio de la Fiduciaria del Pacífico, le había facilitado para elaborar su informe y que hacían referencia a los distintos soportes de las planillas, facturas y demás documentos que el demandado afirma que constaban las firmas falsificadas del fiscalizador, añadiendo que comparó los documentos que le presentó el actor con los documentos similares que le presentó la demandada y que los mismos coincidían en cuanto a su contenido. En tal razón no existe falta de aplicación del artículo 223 del COGEP.

147. En suma, a lo analizado, no se puede decir que el Tribunal de segunda instancia, haya podido incurrir en la falta de aplicación de las referidas normas D Artículos 222 y 223 del COGEP D pues por su contenido, su aplicación necesariamente debe observarse en primera instancia, en los términos que se ha dejado señalados.

148. Tampoco se ha demostrado la vulneración del inciso segundo del artículo 164 del COGEP, referente a la obligación del juzgador, de la apreciación de la prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Como se ha analizado, las impugnaciones a la idoneidad e imparcialidad de los peritos, fueron desvirtuadas en primera instancia siendo totalmente admisible la valoración de los informes periciales en conjunto con los demás instrumentos de prueba, tal como lo hizo el tribunal de la Corte Provincial, por lo que no es dable que en Casación, se siga efectuando alegaciones de orden procesal de contradicción y aportación de la prueba al proceso, pues un vez introducida válidamente, lo que se discute es su valor sustancial.

149. Las alegaciones realizadas por el recurrente, están encaminadas a que este

Tribunal vuelva a valorar los elementos probatorios, lo cual es inadmisibles en casación, por prohibición legal del artículo 270 del COGEP.

150. Una vez que se ha verificado que no existe, la vulneración de precepto de valoración probatoria alguno, tampoco se observa la infracción indirecta de las normas sustantivas, artículos 1561, 1562 y 1568 del Código Civil; que como se establece en la sentencia impugnada, al analizar el contrato, existen obligaciones recíprocas únicamente adquiridas por quienes fungen como partes en este proceso, concluyendo que la parte demandada fue la que incumplió el convenio al no haberse probado que la constructora haya dejado de cumplir sus obligaciones. En ese contexto, se niega por improcedente el cargo por el caso cuarto de casación.

v. DECISIÓN EN SENTENCIA

41. Por las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil 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 en voto de mayoría de 15 de octubre del 2019, las 11h21; y que fuera dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas

42. Con el ejecutorial se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen. **Notifíquese.**

**DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**

**DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO
JUEZ NACIONAL**

**DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL**

FUNCIÓN JUDICIAL



164015617-DFE

Juicio No. 09332-2018-00956

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 25 de noviembre del 2021, las 09h16.

VISTOS:

I

ANTECEDENTES

1. Ab. Carlos Arosemena Baquerizo, en su calidad de procurador judicial del FIDEICOMISO PLAZA PROYECTA, representada por la compañía ARIFSA S.A., solicita aclaración de la sentencia dictada el 28 de octubre de 2021, a las 14h00, mediante el cual no se casó el fallo dictada en voto de mayoría por el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas el 15 de octubre de 2019, a las 11h21.
2. Con esta solicitud se ha corrido traslado a la contraparte, quien al encontrarse debidamente notificada y dentro del término concedido para ser escuchada, se ha pronunciado al respecto y en lo principal señala que: [¼] "*no procede aclarar nada respecto a la sentencia dictada*" [¼]. Por consiguiente, para resolver lo que en derecho corresponde, se considera:

II

LOS ARGUMENTOS:

3. El recurrente, en lo principal, solicita en aclaración lo siguiente:

Que su causal de nulidad inicialmente consistía a que no se encontraban demandados todas las partes que suscribieron el contrato, en consecuencia, no se había conformado el Litis consorcio pasivo, por tanto, se debió demandar a todos los involucrados en el tema de discusión, y que en sentencia se ha dado un giro a su cargo de nulidad aduciendo que el casacionista solicitaba nulidad por no contar en la causa con el ISSPOL y la Procuraduría General del Estado.

Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTANEDA
C=EC
L=QUITO
CI
1706381975

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
WILMAN GABRIEL
TERAN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CI
1714429675

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CI
0502022148

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

4. Como sustento de esta solicitud, se argumenta en lo principal, que la decisión impugnada refleja obscuridad, en tanto el fallo pretende inducir que el casacionista no supo diferenciar la causa de nulidad, razón la cual asegura se debe aclarar la sentencia.
5. Como parte del argumento para solicitar lo transcrito, la parte recurrente indica que ISSPOL al ser entidad del Estado y beneficiario único del FIDEICOMISO PLAZA PROYECTA, debió ser demandado, y por ende, contar con la Procuraduría General del Estado. Al respecto señala que ISSPOL como beneficiario percibe las utilidades del Fideicomiso, del mismo modo, en caso de que existan pérdidas, también las asume, indica también que el tribunal no se percató que el Estado no puede ser condenado en costas.

IV

DE LA ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

6. El artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos, dispone que "*La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura [1/4]*".
7. En consideración al contenido de la norma transcrita, es fácil inferir que la aclaración procede cuando la sentencia sea oscura, es decir imprecisa o confusa, siendo el objeto de la aclaración posibilitar un alcance o complemento del juzgador, que permita precisar conceptos erróneos, ambiguos o contradictorios utilizados en el fallo.
8. Si el órgano jurisdiccional unipersonal o pluripersonal no emitió pronunciamiento alguno, la resolución devendría en incompleta en su pronunciamiento ~~±~~de verificarse dicha alegación-; lo cual vulneraría tanto el principio dispositivo contemplado en la disposición normativa contenida en el numeral 6 del artículo 168 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial; como el principio general de congruencia de las resoluciones judiciales, el cual tiene como fin último, que todos los aspectos del proceso que han sido puestos en conocimiento del juez, sean resueltos en sus pronunciamientos, siempre que estos sean necesarios para la decisión de la causa.

9. De esta manera, la interposición de este recurso horizontal o remedio procesal, como se lo conoce dentro de la Teoría General del Proceso, **obliga a quien lo interpone a fundamentarlo de manera detallada y técnica, indicando cuál fue la pretensión y por tanto, qué punto de derecho ha sido incomprensible en el auto respectivo.**

10. Cabe citar lo que recoge Robert Alexy en su obra "Teoría de la Argumentación Jurídica": "[¼] STEVENSON llama "racional" a una argumentación si las partes de la discusión aducen hechos como argumentos [¼]". Por consiguiente, no sirve que el sujeto procesal presente como motivación del recurso horizontal de aclaración, argumentos que no cumplan con esta fundamentación, a fin de dotar al juzgador de los insumos necesarios para el pronunciamiento requerido en orden a satisfacer el derecho de recurrir en ampliación de la decisión objetada.

11. En tanto que la aclaración procede cuando, algún fragmento de la sentencia, en especial la referente a sus partes motiva y resolutive no es clara; es decir, se presta para una interpretación ambigua o en un doble sentido, lo cual acarrearía confusión e indeterminación al momento de ejecutar la misma, tornándola en inejecutable; razón por la cual, al momento de sustentar este recurso horizontal, se debe identificar con precisión la parte de la decisión que contiene este problema; a continuación, se debe explicar de manera clara y precisa, en qué consiste la obscuridad, la ambigüedad o doble interpretación; y, finalmente la interpretación que considera correcta para esa parte del fallo y la solicitud de enmienda sin que la misma pretenda cambiar el sentido de la sentencia impugnada o propiciar un nuevo análisis del asunto principal del pronunciamiento, lo cual tornaría en improcedente la pretensión.

V

ANÁLISIS

12. Para efecto de atender la solicitud de aclaración planteada a manera de interrogante, debemos recordar lo sustentado en la sentencia de marras, la misma que en su parte pertinente dice

"4.4 Análisis de los cargos presentados por la parte recurrente en relación al caso uno del

artículo 268 del COGEP.

76. *El casacionista sostiene que el tribunal de apelación, ha incurrido en falta de aplicación de disposiciones normativas de orden procesal, provocantes de nulidad, al haber pronunciado sentencia de mérito pese a existir falta de litis consorcio necesario, alude que desde la primera instancia ha insistido en que se no solo se debía llamar a juicio a la administradora fiduciaria sino también al beneficiario del fideicomiso Plaza Proyecta.*
77. *Para el efecto alude la infracción de los artículos 153.3, 295.3, y 107.4 del COGEP; 3 letra c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, enfatiza en que el vicio acusado podía haber sido subsanado por el Juez a quo o remediado en segunda instancia; no obstante, el Tribunal ad quem ha confundido la alegación de litis consorcio pasivo necesario con la falta de legítimo contradictor.*
78. *Agrega a la vulneración de las anteriores normas, la falta de aplicación de los artículos 75, 76.7 letras a) y c) de la Constitución de la República y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*
79. *A propósito de las garantías judiciales que se deben observar en todo proceso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la extensión de estas garantías alcanza además al ámbito judicial, a cualquier procedimiento donde se decidan derechos de las personas. Porque de su observancia dependen otros derechos, como el de acceso a la justicia. Así, la norma convencional relativa a las garantías judiciales, recoge: [...] el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. [...] reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial [...]*
80. *Adoptándose a partir de la disposición convencional, en los artículos 75 y 76 la Constitución de la República, un catálogo de garantías que rigen el proceso judicial,*

como son la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso y a la defensa: [...] como un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para la defensa, constituyendo además una concreta disposición desde el ingreso al proceso y durante el transcurso de toda la instancia, para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces [...]

81. Al ser obligación de los órganos del estado, actuar en los términos de los procedimientos legalmente previstos para conocer y resolver los casos puestos a su consideración, es menester señalar que, en los procesos judiciales, las normas adjetivas están concebidas para regular la actividad procesal de las partes y del juzgador, con el objetivo de precautelar el abuso del derecho, mediante ellas se establecen las obligaciones y derechos de las partes, a lo largo de las instancias y recursos.

82. En tal razón, el proceso judicial lo conforman el conjunto de actuaciones consecutivas que realizan las partes, el juez y los demás servidores judiciales que intervienen en las causas; la producción de los actos procesales, se efectúa uno tras otro, derivando en una relación de interconectividad, pues de la validez del primero depende la de los que le sucedan.

83. No se desconoce que el principal objetivo del proceso judicial, es alcanzar la resolución de las controversias, sin embargo de nada sirve llegar a este fin, si en su tramitación no se ha precautelado del debido proceso y la defensa en igualdad de condiciones de quienes litigan, por ello es importante observar las formas procesales preexistentes, sobre todo las referentes a las solemnidades sustanciales, que corresponden al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias y fiscalizadas en los recursos extraordinarios.

84. En suma, a lo dicho, la razón de ser y el objetivo de las normas procesales sustanciales, es que el derecho sustantivo aplicable en el proceso judicial, pueda surtir sus efectos, de allí la obligatoriedad de acatar los procedimientos establecidos legalmente.

85. *Así, la falta de cumplimiento de las solemnidades sustanciales de un proceso se sanciona con la nulidad procesal que puede declararse de oficio o a petición de parte, en el momento en que se produce la omisión de alguna solemnidad sustancial, de las enumeradas en el artículo 107 del COGEP: [...] 1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe.*
86. *Como se ha dejado sentado, la nulidad esta direccionada a cuestionar la validez y eficacia del proceso, debiendo ser la desviación, de tal trascendencia que no quede otro remedio que declararla: "[...] la nulidad es un elemento que tiene efectos negativos en el proceso contencioso- y en cualquier otro- y que la tendencia más generalizada consiste en evitar, dentro de lo posible, tales efectos. Dicho en otras palabras, la ley da ciertas facilidades para que se remedie el mal causado. Y, es fundamentalmente, por estas razones, que la acción o la omisión que motivan la nulidad procesal, para ser declarada, debe, generalmente, influir en la decisión de la causa, que es uno de los obstáculos que la ley ha creado para impedir los efectos negativos de la nulidad."*
87. *Así, para poder establecer que un acto es nulo y declarar la nulidad, es necesario que la existencia de la misma se autoalimente a supuestos específicos en los que la violación del derecho a la defensa sea evidente, por lo que, para su declaratoria deben observarse los principios de especificidad, no convalidación, trascendencia y de protección.*
88. *El principio de especificidad también denominado de taxatividad, tiene que ver con que el motivo de nulidad tiene que estar determinado de manera expresa y clara, de manera que no se emitan declaraciones de nulidad por motivos no previstos en los términos establecidos en las disposiciones normativas que la regula, garantizando así, predictibilidad en las decisiones judiciales.*
89. *En principio de convalidación, parte de la naturaleza excepcional de la nulidad; en este*

sentido, a través del consentimiento de la parte que ha sido lesionada por el incumplimiento de una formalidad, se sana el acto en cuestión. Para la declaración de nulidad, el vicio no debe encontrarse saneado sino latente.

90. *El principio de trascendencia tiene que ver con la existencia de un perjuicio cierto que no puede resarcirse, sino únicamente con la declaratoria de nulidad. "No existe impugnación de nulidad, en ninguna de sus formas, si no existe un interés lesionado que reclame protección". De ahí que, en virtud de este principio, el único legitimado para solicitar la nulidad, es quien ha sufrido un perjuicio cierto y determinado por el actor procesal viciado.*
91. *En cuanto al principio de protección, quien incurre o ha propiciado el acto viciado no puede solicitar la declaratoria de nulidad, pues se estaría violando los principios de buena fe y lealtad procesal; por ello se dice que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o torpeza.*
92. *De la argumentación del casacionista, se tiene que la nulidad se funda en la falta de litis consorcio necesario, que es una excepción previa más no una solemnidad sustancial que acarree la nulidad, como se analiza a continuación: 93. Los artículos 153.3 y 295.3 del COGEP, son normas de carácter adjetivo, cuyo contenido respectivamente de acuerdo a la codificación vigente para la resolución del caso, consagra como excepción previa a la falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda; excepción que se considera subsanable, debiendo concederse un término de diez días para corregir el defecto.*
94. *De la contestación a la demanda, se desprende que la parte accionada se excepciona con la "falta de legítimo contradictor pasivo" al no estar en el proceso, todos lo que deberían estarlo; tratándose de una multiplicidad subjetiva, conforme a la relación jurídica sustantiva que se advierte en la propia demanda.*
95. *Tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal de apelación voto de mayoría niegan la excepción planteada, considerando que solo se debía demandar a quien*

asumió las obligaciones contractuales con el constructor, que es el Fideicomiso representado por la Fiduciaria.

96. *La falta de legitimación en la causa "legitimatio ad causam" mejor conocida como la falta de legítimo contradictor, es un presupuesto procesal determinado por el interés legítimo de quien demanda y quien contradice, es decir, la parte actora debe ser la persona que dice ser titular del derecho controvertido; y la demandada el llamado por la ley a oponerse a la demanda, pues frente a ellos la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda. La legitimación en la causa determina, además, aquellos que deben estar presentes en la controversia para que sea posible dictar sentencia de mérito. Siendo necesario que concurren como actores o demandados, determinadas personas para conformar la litisconsorcio necesario, a fin de que sea de paso la decisión de fondo.*
97. *A criterio de Mario Rojas: La legitimación ad causam [...] tanto activa como pasiva, es decir, el derecho de gestionar, en el proceso, la relación o situación material controvertida, incluida la hipótesis de litisconsorcio necesario, propio o impropio, es un presupuesto de fondo de la sentencia favorable al actor. La verificación de su ausencia en el momento del juzgamiento, en apreciación del meritis causae, obliga a sentencia de rechazo del petitum. Este fallo desestimatorio, si bien es material, produce autoridad de cosa juzgada en sentido débil (porque no implica propiamente un pronunciamiento acerca del objeto litigioso) [...]*
98. *Sobre la falta de litisconsorcio, Devis Echandia, señala: [...] puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litisconsorcio necesario [...] [...] Lo anterior significa que la falta de integración adecuada del litisconsorcio necesario, nunca es causal de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria [...]*

99. *De esta manera, no cabe declarar la nulidad por falta de legitimación pasiva en la causa, si bien es cierto es un presupuesto para dictar sentencia, pero no de validez del proceso; y siendo que uno de los principios que debe observarse para la declaratoria de la nulidad es la especificidad o legalidad, no puede enervarse la validez procesal sin texto legal expreso.*
100. *A esto se agrega, que conforme se desprende del contrato que dio origen a la litis y su adendum, quienes se encuentran obligados recíprocamente, son la Constructora demandante y el Fideicomiso Plaza Proyecta, debidamente representado por la administradora fiduciaria; el hecho de que a la celebración del contrato hayan concurrido otras personas, no significa que estas hayan adquirido obligaciones, por lo que su ausencia al no haber sido demandados en la presente causa, en especial el beneficiario, no impide la decisión sobre las pretensiones demandadas.*
101. *Para comprender el alcance de la relación contractual motivo de juicio y a quienes se obliga, es necesario recurrir a la naturaleza del fideicomiso mercantil, que será analizado más adelante en esta resolución, no obstante, se adelanta que el patrimonio autónomo del fideicomiso, está dotado de personalidad jurídica propia y por lo tanto es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario. Al haberse contraído en la relación contractual por una parte el compromiso de terminación de obra por parte de CONSTRUDIPRO; y, por otra el fideicomiso Plaza Proyecta, la de pagar, es su patrimonio autónomo el que responde y no el patrimonio individual de los constituyentes, del fiduciario o del beneficiario, tal como lo dispone el artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores.*
102. *Por último, tampoco se verifica la falta de aplicación de artículo 107.4 del COGEP, relativo a la citación con la demanda al demandado, la parte accionada se acuerdo a la demanda es el fideicomiso Plaza Proyecta, habiendo sido citado legalmente y comparecido a formular su defensa, no existe otra parte que habiendo sido demandada no haya sido citada, por tanto, no procede la alegación.*
103. *De acuerdo al análisis efectuado, no se encuentra un vicio trascendente causante de*

nulidad, que haya producido un perjuicio cierto e irreparable a los intereses del recurrente, quien dicho sea de paso alega la nulidad por la supuesta indefensión de un tercero, olvidando que las decisiones judiciales aprovechan y perjudican únicamente a quienes litigan, la nulidad debe alegarla quien acredite estar perjudicado con el acto viciado y no otro, pues no hay nulidad sin perjuicio; en razón de los argumentos expuestos, no procede el cargo levantado por el primer caso del artículo 268 del COGEP."

13. De la transcripción efectuada de la sentencia recurrida en aclaración se puede apreciar sin lugar a otra interpretación que, se ha resuelto de manera precisa y argumentadamente, sin contrariar a las reglas de la sana crítica, entre las que se encuentran las de la lógica y a su interior de manera principal la regla de no contradicción, así como la de la razón suficiente, contenido que le dota de sustento a la motivación realizada racionalmente y que resuelve el problema medular del recurso de casación planteado; es importante dejar constancia que la pretensión de la parte recurrente es a toda costa propiciar un nuevo análisis del tema de discusión, con el objetivo indubitable de modificar el sentido de la resolución a través de una nueva motivación, misma que es suficiente para justificar la decisión adoptada.
14. Por esta razón se torna improcedente la solicitud de aclaración; amén de que, no se ha identificado la parte de la sentencia que incurriría en esta obscuridad, así como tampoco se ha evidenciado en que consiste esa falta de claridad o el sentido ambiguo de la decisión o quizás la doble interpretación y su trascendencia en la ejecución de la decisión, incumpliendo con los requerimientos formales de este tipo de recursos.

VI

RESOLUCIÓN

18. Por todo lo manifestado, la resolución emitida resuelve todos los puntos de obligatorio pronunciamiento en observancia del principio de congruencia de las decisiones judiciales, y por cuanto no se ha demostrado que exista oscuridad que merezca aclaración de la misma; consecuentemente, se niega por improcedente la petición aclaración, solicitada por el Ab. Carlos Alberto Arosemena Baquerizo. En lo demás estese a lo resuelto en la sentencia motivo

del recurso horizontal. **Notifíquese.**

**DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**

**DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO
JUEZ NACIONAL**

**DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL**

FUNCIÓN JUDICIAL

163744692-DFE

Juicio No. 11333-2013-11758

JUEZ PONENTE: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 22 de noviembre del 2021, las 16h09. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Guzmán Castañeda, doctor David Isaías Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que fueron electos conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, que habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura; y, al ser encargados en los respectivos despachos acorde a las facultades de la Corte Nacional de Justicia, más el sorteo de ley realizado, por el cual ha correspondido conocer esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la resolución dictada por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, de 19 de julio de 2017, dentro de la causa civil que por colusión siguen las señoras Carmen Rosa Rojas Churo y Rocío Elizabeth Torres Rojas, en contra del Doctor Ramiro Arévalo Malo, Juez Octavo de lo Civil de Loja con sede en el cantón Gonzanamá; Doctor Vicente Saritama Correa; Miguel Ángel Ochoa Cueva; Esperanza Godoy Álvarez; Jorge Wilmer Ochoa Cueva; María Mercedes Torres Tacuri; y, Doctor Abelardo Salas Palacios.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, contra la sentencia dictada por el Juzgador de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Loja, de 26 de junio de 2017, en la que, aceptando la excepción de prescripción de la acción, rechazó la demanda.

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho Recurso de Apelación, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en lo medular decide rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar en todas sus partes la sentencia emitida en primera instancia.

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
WILMAN GABRIEL
TERAN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CI=1714429675**FUNCIÓN JUDICIAL**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTANEDA
C=EC
L=QUITO
CI=1706381975**FUNCIÓN JUDICIAL**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CI=0502022148

2.- La parte recurrente: Notificada la resolución en cuestión, la parte accionante, deduce Recurso de Casación, convirtiéndose de esta manera la parte demandante en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales admitidas en el recurso de casación: Al recibirse el planteamiento casacional, por sorteo, es conocido por el respectivo Conjuez Nacional, doctor Óscar Enríquez Villarreal, quien, mediante auto de 16 de noviembre de 2017, luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido el mismo por las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. En consecuencia, este es el ámbito delimitado para la actuación del Tribunal de Casación, conforme a la propuesta impugnatoria casacional.

4.- Fundamentación Casacional declarada admisible: En lo esencial, las casacionistas, respecto a la causal 1 invocada, argumentan que existe errónea interpretación de los artículos 1 y 10 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión y falta de aplicación del artículo 2403 del Código Civil. Errónea interpretación del artículo 1 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, pues el fallo recurrido, les priva del dominio, posesión y tenencia de los inmuebles de los cuales han sido expulsadas sin legítima causa y los cuales ostentaron por sucesión. Este proceso colusorio, parte de un juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre un bien inmueble, respecto del cual no fueron parte procesal, por no haber sido legal y debidamente citadas; y, de un proceso reivindicatorio endilgado en su contra para lograr el objetivo de sus contrincantes, con la colaboración explícita de la autoridad judicial y los defensores. Los juzgadores interpretan erróneamente la norma en cuestión al no darle el alcance que cubre los actos colusorios con los que llegan al objetivo de expulsarlos de su heredad (ambos juicios), pero que contrariamente, disminuyen la real dimensión que configura la *Litis " que la integran actos sucesivos, en los cuales a conveniencia de los actores en esos procesos, nos toman o no nos toman en cuenta, a vista y paciencia de la autoridad."* (Sic) El hecho de citarse a herederos presuntos y desconocidos de su padre y abuelo respectivamente, Francisco Rojas Pinzón, para ganar a sus espaldas un juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un bien inmueble de su heredad, (número 2007-0039) provocó que se tramite un proceso reivindicatorio para expulsarlas de un inmueble adicional, en el cual han estado en posesión familiar por más de setenta años; situación que confirma la colusión, pues tanto los prescribientes como los reivindicantes hicieron adjudicarse bienes inmuebles que jamás estuvieron en posesión. Dictada la sentencia a su favor, los actores Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez, el 21 de mayo de 2012, mediante escritura de compraventa, transfieren el dominio del bien inmueble adjudicado, a favor de Jorge Wilmer Ochoa Cueva y su cónyuge María Mercedes Torres Tacuri; y recién el 5 de diciembre de 2012 se las toma en cuenta para la realización de una diligencia previa de inspección judicial dentro del juicio número 0388-2012, tramitado en el Juzgado Octavo Multicompetente del Cantón Gonzanamá y Quilanga,

provincia de Loja, con fines de reivindicación, diligencia solicitada por Jorge Wilmer Ochoa Cueva y su cónyuge María Mercedes Torres Tacuri, esto, sobre un bien inmueble adicional, incluyéndose el espacio en el que han habitado por más de setenta años y que no incluye la parte de Francisco Rojas Pinzón, contra la que procedían los demandantes de la prescripción. En tal virtud, mediante juicio signado con número 057-2013, con la misma actitud, la autoridad judicial tramita el juicio de reivindicación en su contra, despojándolas en forma adicional del inmueble de su propiedad mediante sentencia emitida el 16 de diciembre de 2013 por el doctor Edgar Cristóbal Flores Criollo, y ejecutada el 23 de febrero de 2017, fecha en la cual procedieron a desalojarlas con la Policía Nacional; juicio que ha sido desconocido por el *Ad-quem* en esta acción colusoria. Sobre la errónea interpretación del artículo 10 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, dice que el Tribunal interpreta de manera restrictiva al acto colusorio consagrado únicamente en la sentencia que declara con lugar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, del cual no han sido parte por falta de citación; sin considerar que los coludidos actúan para la efectiva privación de su derecho, una inspección judicial previa practicada el 5 de diciembre de 2012, con la que arranca el juicio reivindicatorio y a través del cual, consiguen privarles de la propiedad del inmueble. Si bien el proceso colusorio empieza con el juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, se perfecciona con la ejecución del juicio reivindicatorio. En la sentencia hay falta de aplicación del artículo 2403 del Código Civil, pues para ser sujeto procesal, es requisito primordial, la citación con la demanda al demandado. En la especie, el juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio ha sido presentado en contra de herederos presuntos y desconocidos de Francisco Rojas Pinzón, por lo que precisa: 1. Que en calidad de herederas conocidas, Carmen Rojas Churo y Rocío Elizabeth Torres Rojas, no han sido citadas en dicho juicio de prescripción, y por ende, habrían prescrito derechos de dominio y la acción colusoria para quienes se los demandó y citó, más no para quienes teniendo derechos no lo han sido; 2. Aun cuando las herederas de Francisco Rojas Pinzón hubiesen sido citadas, no se demandó contra los derechos y acciones que como gananciales tiene en dichos predios la señora Encarnación del Carmen Churo Escandón en calidad de cónyuge sobreviviente; en consecuencia, sus derechos están intactos pero ilegítimamente despojados a sus legitimarias. Para llegar a tal conclusión se debió aplicar el artículo 2403 del Código Civil, pues, no habiéndose citado con la demanda a ninguna de las comparecientes ni por los derechos de Francisco Rojas Pinzón y menos de los que pertenecieron a Encarnación del Carmen Churo Escandón *“no se puede admitir de hecho y sin proceso, que los radicados en los bienes raíces de las causas referidas, pertenezcan a los adquirientes y reivindicantes, a menos que se incurra, como se incurre, en error de derecho por omisión de lo que imperativamente impone el Art. 2403 del Código Civil”* (Sic)

4.1.- Con fundamento en la causal 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, señalan que existe violación del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. Arguyen que la sentencia recurrida incurre en

vicio de infra petita toda vez que la demanda de colusión comprende todos los actos procesales con los cuales se llega a la expulsión de los bienes inmuebles que habitan sobre la base de derechos legítimos de propiedad y comprende tanto el juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio signado con el número 2007-0039 y el juicio de reivindicación signado con el número 2013-0057 del Juzgado Octavo de lo Civil de Gonzanamá, provincia de Loja. Pero, pese a ello el Tribunal de instancia, se limita a juzgar la impertinencia de la demanda únicamente fundándose en la inscripción de la sentencia dictada en el juicio No. 2007-0039 de prescripción, en el cual no fueron legalmente citadas, sin analizar los resultados del juicio reivindicatorio que es el que consagra la injusticia, puesto que se basó en la sentencia emitida en el primero y cuya ejecución se produce el 23 de febrero de 2017, tiempo a partir del cual, no han transcurrido cinco años sino cinco meses, lo cual constituye una clara contradicción, pues pese a obtener la prescripción extraordinaria de dominio, tuvieron que seguir un juicio reivindicatorio para perfeccionar la colusión, proceso que no ha sido referido en ninguna parte del fallo, dejándose de resolver el caso en el contexto integral de la trama, infringiéndose así, el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil que ordena resolver todos los puntos que fueron materia de la Litis.

5.- Efectivización del principio de contradicción: Por principio de contradicción, a virtud del artículo 13 de la Ley de Casación, en el auto de admisión, al correrse traslado con el recurso a la contra parte, para que lo conteste fundamentadamente, los demandados Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez en lo medular, arguyen que como las accionantes sostienen que han sido víctimas de la afectación de su patrimonio, dentro del juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que se sustanció y resolvió en el Juzgado Octavo de lo Civil de Loja, con sede en Gonzanamá, dentro de la respectiva etapa probatoria solicitaron al juzgador les conceda un término perentorio para que exhiban y presenten copias de las escrituras respectivas que acrediten que son las únicas propietarias del inmueble (casa de habitación) en la que actualmente habitan y que colinda con el predio que actualmente es de propiedad de Jorge Wilmer Ochoa Cueva y María Mercedes Torres Tacuri, antes de su propiedad; así como también, que presenten copias de las escrituras que acredite que son dueñas del inmueble (franja de terreno) situada en la parte del fondo del predio de los antes mencionados cónyuges, materia del juicio reivindicatorio, en razón de la invasión por parte de las demandantes. También solicitaron que las demandantes demuestren documentadamente que los linderos que imaginariamente describen en la demanda son los que realmente circunscriben el predio que fue materia del juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, o el terreno objeto de la permuta que dicen efectuó su madre y abuela respectivamente con el señor Manuel José Ochoa Cueva. Que en esta causa inclusive declaró el señor Víctor Emilio Rojas Churo, hermano y tío de las demandantes. Insisten finalmente, en que la acción para sancionar la supuesta infracción contenida en la demanda se encuentra prescrita al haberse cumplido con demasía los cinco años previstos en el

artículo 10 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión.

III CONSIDERANDOS

6.- La Ley del tiempo rige el acto (*pro tempore regit actum*): Los hechos del problema jurídico demandado que estructuran este proceso, han sido demandados con anterioridad al 22 de mayo de 2015, fecha a partir de la cual entró en rigor el Código Orgánico General de Procesos. Por lo que, al iniciar con esa temporalidad la acción civil, atendiendo a la Primera Disposición Transitoria del Código Orgánico General de Procesos, que dispone que los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme la normativa vigente al momento de su inicio; por lo que, se aplican normas distinguiendo tiempos para concordar las leyes (*distingue tempora et concordabis jura*), en concordancia con las vigentes ± en lo aplicable *prima in tempore prima in iure* (primero en tiempo, primero en derecho), cumpliendo así el principio de temporalidad. Por ende, al caso *sub judice*, le son aplicables las disposiciones de los cuerpos jurídicos, que acorde al espíritu de la norma, le sean asimilables en virtud de la temporalidad de lo demandado.

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 4, 184, 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 1 de la Ley de Casación, y por efectos de la Resolución 03-2021 de la Corte Nacional de Justicia; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, temporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de la causal invocada, admitida en fase previa de admisibilidad: Como quedó establecido, en el párrafo 3 de esta sentencia, en concreto las causales invocadas y admitidas para vía casacional, son la primera y la cuarta del artículo 3, de la Ley de Casación, cuyo contenido es:

ª Ira. 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

4ta. 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; y,º

10.1.- La causal primera atiende a vicios *in iudicando*, la aplicación indebida, radica en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador ha seleccionado una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la norma acertada para solucionar la cuestión. Mientras que la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar el problema jurídico. Por último, se tiene que la errónea interpretación es un yerro, donde si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, se aleja del espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra destinada la norma para dar la solución al conflicto jurídico. Los vicios de esta causal, son atingentes a normas de derecho pertenecientes a la órbita sustantiva.

10.2.- La causal cuarta se produce por vicios de inconsonancia o incongruencia en la sentencia, ya sea por conceder más de lo pedido (*ultra petita*), por conceder menos de lo pedido (*citra petita*) o por conceder algo distinto a lo pedido (*extra petita*), constituye una vulneración al principio dispositivo consagrado en los artículos 168.6 de la Constitución de la República y 19 del Código Orgánico de la

Función Judicial, que ordena que las juezas y jueces deben resolver de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, se tiene que yerro acusado, es de errónea interpretación de los artículos 1 y 10 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, falta de aplicación del artículo 2403 del Código Civil y vulneración del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. Por lo que este es el límite sobre el cual actuará este Tribunal, en atención a las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, conforme ha sido admitido el recurso.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- Como ya ha quedado determinado, en el párrafo anterior de esta sentencia, se procede a verificar lo impugnado por el recurrente.

12.1.- Errónea interpretación de los artículos 1 y 10 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión y falta de aplicación del artículo 2403 del Código Civil. En lo puntual, se acusa que juzgadores interpretan erróneamente las normas de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión porque no le dan el alcance que tienen y que cubre totalmente los actos colusorios con los que llegan al objetivo central de expulsarlas de su heredad (ambos juicios), pero que contrariamente, disminuyen la real dimensión que configura la Litis *“ que la integran actos sucesivos, en los cuales a conveniencia de los actores en esos procesos, nos toman o no nos toman en cuenta, a vista y paciencia de la autoridad.”* (Sic) El hecho de haberse citado a herederos presuntos y desconocidos de su padre y abuelo respectivamente, Francisco Rojas Pinzón, para ganar a sus espaldas un juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un bien inmueble de su heredad, (número 2007-0039) provocó que se tramite un proceso reivindicatorio para expulsarlas de un bien inmueble adicional, en el cual han estado en posesión familiar por más de setenta años, situación que confirma la colusión, pues tanto los prescribientes como los reivindicantes hicieron adjudicar a su favor bienes inmuebles respecto de los cuales jamás estuvieron en posesión. Así pues, el Tribunal interpreta de manera restrictiva al acto colusorio consagrado únicamente en la sentencia que declara con lugar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, del cual no han sido parte por falta de citación; pero no toma en cuenta que los coludidos actúan para la efectiva privación de su derecho, una inspección judicial previa practicada el 5 de diciembre de 2012, con la cual arranca el juicio reivindicatorio y a través del cual, consiguen que se les prive de la propiedad del inmueble. Entonces si bien el proceso colusorio empieza con el juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, se perfecciona con la ejecución del juicio reivindicatorio. Que los juzgadores debieron

aplicar el artículo 2403 del Código Civil, por no haberse citado con la demanda de prescripción a ninguna de las comparecientes ni por los derechos de Francisco Rojas Pinzón y menos por los que pertenecieron a Encarnación del Carmen Churo Escandón.

12.2.- Violación del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. La sentencia recurrida incurre en vicio de infra petita toda vez que la demanda de colusión comprende todos los actos procesales con los cuales se llega a la expulsión de los bienes inmuebles que habitan sobre la base de derechos legítimos de propiedad, y comprende tanto el juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio signado con el número 2007-0039 y el juicio de reivindicación signado con el número 2013-0057. Que el Tribunal de instancia, se limita a juzgar la impertinencia de la demanda únicamente fundándose en la inscripción de la sentencia dictada en el juicio No. 2007-0039 de prescripción, en el cual no fueron legalmente citadas, sin analizar los resultados del juicio reivindicatorio que es el que consagra la injusticia puesto que se basó en la sentencia emitida en el primero y cuya ejecución se produce el 23 de febrero de 2017, tiempo a partir del cual, no han transcurrido cinco años sino cinco meses.

12.3.- Problema a dilucidar: de la abstracción realizada, se tiene el siguiente problema a dilucidar: ¿A partir de qué fecha se cuenta la prescripción de la acción colusoria si aquella deviene, según los hechos de la demanda, de múltiples actos que la constituyen? Cuestión que se pasa a analizar.

¿A partir de qué fecha se cuenta la prescripción de la acción colusoria si aquella deviene, según los hechos de la demanda, de múltiples actos que la constituyen?

13.- Acerca de la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto.- La inconsonancia o incongruencia de la sentencia, como causal de casación, busca tutelar los límites impuestos por las partes procesales al órgano jurisdiccional, por medio de la demanda y sus excepciones, al ser *«principio de derecho intangible que la justicia civil es rogada, de cuyo dogma es consecuencia el que los Jueces y Tribunales al resolver, deben atenerse a los puntos que se les han sometido oportuna y debidamente a la decisión»*¹. En ese sentido, para verificar la infracción en análisis, *prima facie* se debe establecer los elementos sobre los que se trabó la litis, a partir de las pretensiones de la demanda y las excepciones opuestas que, confrontadas con la parte resolutive del fallo, da lugar a establecer si en efecto se dejó de resolver lo pedido, se otorgó más de lo pedido o algo distinto, esto, al tenor de lo dispuesto en los artículos 66 y 106 del Código de Procedimiento Civil.²

13.1.- Bajo los indicados parámetros, le corresponde a este Tribunal el examen comparativo de la

1 GJS.XVI.No. 4. Pág. 895 y 896

2 Art. 66.- Demanda es el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo. Art. 106.- Las excepciones y la reconvenición se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltos en la sentencia.

resolución emitida en la causa en análisis, con la pretensión de la parte actora en su acto de proposición y las causas jurídicas de oposición a ella; con el fin de verificar si el *Ad quem*, como señala la parte recurrente, omitió resolver todos los puntos materia de la controversia D vicio de infra petita D . Así, de la revisión del proceso, a fs. 177-188, se observa que la litis ha quedado trabada con la pretensión de las recurrentes de que *“se digne mediante sentencia, declarar la COLUSIÓN en contra de los señores (1/4) Así mismo, en la sentencia se dignará declarar la nulidad de todo lo actuado en los actos que han conformado este HECHO COLUSORIO; esto es: 1.- JUICIO No. 039-2007 del JUZGADO OCTAVO DE LO CIVIL DE LOJA CON SEDE EN GONZANAMÁ; 2.- ESCRITURA DE COMPRAVENTA, de fecha 21 de mayo del año 2012, ante la Notaria Pública Primera del cantón Quilanga, Rubia Estrella Betancourt Ojeda, que los cónyuges Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez, dan en venta real y perpetua enajenación a favor de los cónyuges, señores Jorge Wilmer Ochoa Cueva y María Mercedes Torres Tacuri, el bien inmueble motivo del juicio de prescripción extraordinaria de dominio. Se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Quilanga con el número 38 y el número 87 de Repertorio de fecha 24 de mayo del 2012; 3.- NULIDAD DE TODO LO ACTUADO hasta la presente fecha, dentro del JUICIO DE REIVINDICACIÓN No. 057-2013, del JUZGADO OCTAVO MULTICOMPETENTE EN GONZANAMÁ Y QUILANGA, con las consecuencias civiles y penales que corresponden.”* (Sic) Y, con las excepciones opuestas en las contestaciones a la demanda por los accionados Miguel Ángel Ochoa Cueva, Esperanza Godoy Álvarez, Jorge Wilmer Ochoa Cueva, María Mercedes Torres Tacuri, doctor Abelardo Salas Palacios y José Vicente Saritama Correa, que se resumen en las siguientes: Negativa pura y simple de los fundamentos pretenciosos y falaces de la demanda, falsedad de la acción, falta de derecho por no existir pacto colusorio alguno, falta de legitimario ad processum o falta de legitimación activa, improcedencia de la demanda y prescripción de la acción.

13.2.- En consecuencia, alegada como excepción la prescripción de la acción colusoria, y declarada aquella procedente por el tribunal de instancia, no se observa que el Tribunal de instancia haya resuelto menos de lo pedido como arguyen las recurrentes, pues aquello formó parte de la traba de la Litis, en consecuencia, no han rebasado lo fijado por las partes como objeto de la controversia, respetando evidentemente el principio dispositivo. Dejándose sentado que, la aseveración de que los jueces de apelación no han analizado los resultados del juicio reivindicatorio *“que es el que consagra la injusticia, dejando de resolver el caso en el contexto integral de la trama”* (Sic), constituye un argumento que debe ser sujeto de un análisis de fondo, el que, lógicamente no ha sido realizado por los jueces de apelación al haber declarado con lugar la excepción perentoria de prescripción, en tal virtud, no existe vulneración del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, pues la sentencia ha decidido únicamente sobre los puntos con los cuales se trabó la Litis (pretensión-excepciones) Razón por la cual, se desecha el cargo.

14.- Sobre la colusión.- El inciso segundo del artículo 308 de la Constitución contiene el imperativo de que ^a *Se prohíben las prácticas colusorias*^{1/4} °; según el Diccionario Panhispánico del Español jurídico, la colusión ^a *Es un modo de fraude*^{1/4} °,³ decía el artículo 1 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, aplicable a esta causa que: *“El que mediante algún procedimiento o acto colusorio hubiere sido perjudicado en cualquier forma, como entre otros, en el caso de privársele del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble, o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble o de otros derechos que legalmente le competen, podrá acudir con su demanda ante la jueza o juez de lo civil y mercantil del domicilio de cualquiera de los demandados*°; acopia en el presente el artículo 290 del Código Orgánico General de Procesos que son acciones colusorias ^a *Entre otras, las que priven del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble o de otros derechos que legalmente pertenecen a un tercero* (1/4) °. A esto se ha de sumar que a la luz del artículo 335 de la Constitución ^a *El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos*°; en consecuencia el pacto colusorio es un mecanismo que ocasiona perjuicio a derechos económicos, una forma de explotación que de manera directa viola y afecta derechos integrados entre la libertad, la propiedad, la igualdad, etc., que se provisionan en el artículo 21.3 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, cuando en su parte pertinente señala: ^a *cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por ley*°. El Estado promueve el desarrollo y la riqueza por medio de las diversas formas de organización de la producción en la economía, como lo dice el artículo 319 inciso segundo de la Constitución, se ^a *promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos*^{1/4} °. En definitiva es un acto típico proscrito que las modernas legislaciones en el ambiente comparado del derecho, lo han fijado al derecho competencial del mercado y el consumo.

14.1.- Mientras tanto, en el orden jurídico ecuatoriano, la procedencia de la acción depende de la existencia de un convenio o acuerdo entre dos o más personas, hecho en forma fraudulenta y secreta, con el fin de perjudicar a un tercero y que como resultado de esa confabulación se le hubiera privado de la posesión o tenencia de algún mueble, o de algún derecho real. Así, la ex Suprema de Justicia, señalaba: *“Para que sea admisible una acción colusoria es indispensable demostrar la existencia de los elementos esenciales que configuran la colusión, estos son: a) acuerdo fraudulento de dos o más personas; b) para mediante simulación hacer aparecer un acto, contrato o procedimiento, como lícito, legal, legítimo; y, c) Que el acuerdo tenga como objeto engañar o perjudicar a una tercera*

3 Véase en: <https://dpej.rae.es/lema/colusi%C3%B3n>

persona, y, que el perjuicio irrogado al tercero, consista en la privación del dominio, de la posesión de algún inmueble o de algún derecho real de uso, usufructo o habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble o de derechos que legalmente le competen la falta de cualquiera de estos elementos determina que no haya la colusión⁴. Es decir, que el fundamento de la colusión radica en un dolo realizado por quienes ejecutan el acto o celebran el contrato colusorio y puesto que el dolo no se puede presumir⁵, este debe quedar plenamente justificado en el proceso; además, debe demostrarse la conexión entre el acto doloso, tachado de colusorio y el perjuicio real causado.

14.2.- De lo indicado, se obtienen los requisitos necesarios para su procedencia: 1) El acuerdo o convenio fraudulento o simulado entre dos o más personas; la discordancia intencional entre la voluntad y la declaración; y, el propósito de engañar, con perjuicio a un tercero, como consecuencia del acuerdo, convenio o contrato colusorio, de lo que resulta que el núcleo de la colusión es el fraude, que tiene que ser manifiesto porque no se lo presume y que se configura por el dolo, esto es, por la intención astuta, velada y maliciosa de causar daño y que puede exteriorizarse en un contrato real, efectivo y formalmente cumplido, encaminado a producir el efecto lesivo y dañoso al derecho ajeno; 2) Que el acto colusorio o el perjuicio contra un tercero tenga como propósito la privación del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble, o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis o de cualquier otro derecho que le corresponda al perjudicado.⁶ En la presente causa se ha alegado por parte de las accionadas que los demandados se han coludido para privarlas de la posesión y del dominio del bien inmueble materia de la litis, por lo que se hace necesario remitirse en términos generales a los que se entiende por dominio/propiedad y posesión.

15.- Sobre el dominio o propiedad y la posesión: Conforme el artículo 599 del Código Civil, el dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. A virtud del artículo 66.26 de la Constitución, la propiedad es un derecho de libertad, por el cual el Estado garantiza y reconoce a las personas *“El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”*; lo cual tiene armonía con el derecho establecido en el artículo 21.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que consagra: *“Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”*. Ya en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha dicho que *“1/4 el alcance del artículo 21 de la Convención”* bajo el epígrafe *“Derecho a la Propiedad Privada”*

4 Gaceta Judicial Serie XVIII No. 1, en la página 154

5 Código Civil, artículo 1475.-El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.

6 Resolución 113-2013. Juicio 928-2011 Suárez vs Delgado y otros.

reconoce que ^a (t)oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes°. En el examen de esta cuestión, se tuvieron a la vista los trabajos preparatorios de la Convención, de los que se desprende el proceso seguido hasta culminar en la expresión que hoy contiene el artículo 21. En un primer momento se propuso recoger en este precepto, explícitamente, el derecho a la propiedad privada. Posteriormente varió la fórmula para quedar como actualmente aparece: derecho al uso y goce de bienes. Son estos los extremos que caracterizan el derecho de los sujetos amparados por la Convención. Obviamente, no existe sólo un modelo de uso y goce de bienes. Cada pueblo, conforme a su cultura, intereses, aspiraciones, costumbres, características y creencias puede instituir cierta versión del uso y goce de los bienes^{1/4} °; de allí que, el derecho a la propiedad tiene su correlación con la prerrogativa del uso y goce de los bienes, que según el modelo ecuatoriano, puede determinarse conforme al segundo inciso del artículo 599 del Código Civil que determina ^a La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad°. A este derecho de ^a propiedad privada° (hablando de personas particulares), es que en la órbita del derecho civil, se da por sinónima a la expresión ^a dominio°, como se versa en el artículo 599 del Código Civil, de una ^a 1/4 cosa corporal^{1/4} °, que al concatenar con la invocada Convención Americana en su artículo 21, que se refiere a ^a 1/4 bienes^{1/4} °, los cuales ^a 1/4 pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor^{1/4} °, en consecuencia el dominio referido en el artículo 599 del Código Civil, alude a aquellos ^a bienes° individualizados como ^a cosas corporales°; ergo, acorde al artículo 583 inciso primero supra, ^a Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales° y agrega el inciso segundo que ^a [c]orporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro°; ergo, el artículo 599 *ibídem*, atinente al dominio concerniente al ^a 1/4 derecho real en una cosa corporal^{1/4} °, por lo que el ^a derecho real°, se lo asume en los términos del artículo 595 del Código Civil que establece que es ^a 1/4 el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. [y] Son derechos reales el de dominio^{1/4} De estos derechos nacen las acciones reales°. De allí la comprensión entre: [propiedad ± dominio ± derecho real ± cosa corporal], respecto de la persona, enlazando la relación real determinada por la ley, para disponer sobre la cosa corporal, cuando existe la correspondencia entre el sujeto y el bien; implicando ser: ^a 1/4 el dominio o derecho indefinido de usar, controlar y disponer, que se pueda ejercer lícitamente sobre cosas u objetos determinados^{1/4} °. Ahora bien, generalmente quien ostenta el dominio, ostenta también la posesión del inmueble, aunque ciertamente no es la regla general, ejemplo de la excepción es la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que inicia con la posesión y solo cumplidas las condiciones legales otorga el dominio a quien tiene la calidad de posesionario⁷, pero entonces surge la

⁷ “La posesión es la posibilidad de su conversión en dominio o en el derecho real de que es manifestación exterior mediante la usucapión (possessio ad usucapionem)” Domínguez Moya, Óscar.

necesidad de plantearse: ¿Qué es posesión? Así pues, de conformidad con el artículo 715 del Código Civil, *“Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.”*, entonces la posesión es el acto de poseer o tener una cosa con ánimo de conservarla para sí o para otro, independientemente del título que habilite dicha tenencia. La posesión se configura como un hecho susceptible de generar derechos, una situación de hecho o de poder en que se halla una persona respecto de una cosa; en otras palabras, la posesión podría definirse como el ejercicio de hecho de un derecho, independientemente de la consideración de si el derecho pertenece o no a quien lo ejercita como derecho suyo.⁸ La legislación se fundamenta en la posesión como una conjunción entre el corpus y el animus, el corpus entendida como la tenencia material de una cosa con la posibilidad de ejercer sobre ella influencia inmediata y de excluir cualquier injerencia extraña; mientras que el animus, es la voluntad de tener la cosa para sí en calidad de dueño, elemento que es justamente el que distingue a la posesión de la mera tenencia, entendida esta última como la tenencia que se ejerce no como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño. Delimitados los aspectos relevantes del dominio y de la posesión y revisada la sentencia impugnada, deviene que las accionantes afirman que mediante los actos colusorios demandados se les ha privado no solo de la posesión del inmueble sobre el que versa esta causa, sino del dominio; por tanto, corresponde examinar en este punto entonces las alegaciones relativas a la errónea interpretación de las normas contenidas en los artículos 1 y 10 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión.

16.- Sobre la prescripción extintiva y principalmente sobre la prescripción de la acción colusoria: La prescripción en los términos del artículo 2392 del Código Civil, es un modo de adquirir las cosas ajenas o, de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales; por su parte, el artículo 2414, prevé que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Podemos colegir entonces, que la prescripción de las acciones judiciales produce como efecto la inexigibilidad de las obligaciones civiles (extinción) lo que las transforma en obligaciones naturales. Ahora bien, la legislación prevé en forma clara que el que quiera aprovecharse de la prescripción, debe alegarla, encontrándose el juez, imposibilitado de declararlo de oficio, esto en virtud del principio de justicia rogada que rige al proceso civil en concordancia con el derecho a la seguridad jurídica *“De lo contrario, el riesgo de error judicial podría ser elevado, dado que si los hechos en*

La tutela sumaria para retener y recobrar la posesión. Tirant Lo Blanch. España. 2007. ISBN: 9788499852164. p. 18.

⁸ Domínguez Moya, Óscar. La tutela sumaria para retener y recobrar la posesión. Tirant Lo Blanch. España. 2007. ISBN: 9788499852164. p. 18.

*que se basa la pretensión no han sido expuestos por las partes, el juez puede no estar en condiciones de apreciar los avatares que aquella haya sufrido (vgr. interrupción, suspensión) y, por lo tanto, podría provocarse indefensión al demandante, que no podría formular alegaciones en contra, ni practicar pruebas tendentes a desvirtuarla. Además, en términos procesales, la excepción se configura como un hecho nuevo y excluyente, pero no extintivo de la pretensión o del derecho del demandante.*⁹

17.- Sobre el tiempo límite para demandar la colusión: Delimitada en líneas generales la prescripción, corresponde remitirse a la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, bajo la cual se ha resuelto la presente acción, para determinar el tiempo de prescripción de la acción colusoria. En este sentido, el artículo 10 de la Ley en mención, preveía en forma clara que la acción que concede esta ley prescribe en cinco años contados desde la fecha de perpetración del hecho colusorio; la palabra *“perpetración”*, proviene del vocablo perpetrar, la que, en su sentido literal significa *“Cometer, consumir un delito o culpa grave”*, por tanto, para poder definir la fecha de perpetración del pacto colusorio, es necesario remitirse a los hechos fijados en la demanda y que constan debidamente transcritos en los antecedentes de la resolución impugnada, que en su parte pertinente expresa: *“Que los actos que acreditan el hecho colusorio son: 1) Juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, signado con el No. 039-2007, en el Juzgado Octavo de lo Civil de Loja con sede en Gonzanamá, mediante el cual se despojó del derecho real de dominio a sus herederos. Juicio mediante el cual se evadió la citación con la demanda a la cónyuge sobreviviente y herederos del causante, señor Francisco Rojas Pinzón^{1/4}; 2) Inscripción de la sentencia del juicio No. 039-2007; 3) Transferencia de dominio mediante contrato de compraventa, del bien inmueble motivo de la prescripción extraordinaria de dominio, mediante este acto el beneficiario de la sentencia del juicio No. 039-2007, transfirió el dominio del bien, a los cinco años de emitida la sentencia, con el claro propósito de dejar en la impunidad las acciones ilegales; 4) Acción reivindicatoria. Los nuevos propietarios del bien inmueble adquirido al actor del juicio de prescripción extraordinaria de dominio, en el mes de noviembre de 2012 dieron inicio a una acción de reivindicación mediante una diligencia de inspección judicial, con el claro propósito, de despojar en forma total del dominio y posesión del bien inmueble perteneciente a la familia Rojas Churo^{1/4}”,* por tanto, a decir de las propias accionantes, cuatro son los hechos que conforman la colusión en su contra, (i) el juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, (ii) la inscripción de la sentencia dictada en dicho proceso en el Registro de la Propiedad, (iii) El contrato de compraventa efectuado respecto del bien adquirido por

9 Camino Sanciñena Asurmendi - Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla - Pedro del OLMO GARCIA - Manuel Espejo Lerdo de Tejada - Esther Arroyo Amayuelas - Francisca Ramón Fernández - Andrés Domínguez Luélmo - Manuel Jesús Marín López. La Prescripción Extintiva. Tirant Lo Blanch. 2014. ISBN: 9788490861066. P. 248.

prescripción y, (iv) El juicio reivindicatorio.

17.1.- La resolución impugnada sostiene que la acción colusoria demandada se encuentra prescrita bajo los siguientes argumentos: *“La acción colusoria en el presente caso se encuentra evidentemente prescrita porque de la copia de sentencia que obra a fs. 55 y 56 dictada el 20 de julio del 2007, por el Sr. Dr. Ramiro Arévalo Malo, Ex Juez Octavo de lo Civil de Loja, con sede en Gonzanamá, se advierte que se ha concedido a favor de los señores Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sobre el lote de terreno urbano, ubicado en la calle Sucre de la ciudad de Quilanga, parroquia y cantón Quilanga, provincia de Loja, con los linderos allí señalados, lote de terreno, que a decir de los accionantes, es materia de la presente acción colusoria, sentencia con la cual se los privó a decir de ellos, de su derecho al referido lote y que ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Quilanga, bajo la partida No. 165, repertorio 319 de 9 de agosto de 2007 (1/4) con la cual se traspasó la propiedad del lote materia de la colusión a favor de los prescribientes señores Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez, (1/4)° fecha desde la cual, señala que ha transcurrido en exceso más de los cinco años que prevé la norma, estando prescrita la acción, por disposición del artículo 10 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión. En este mismo sentido, el propio fallo más adelante sostiene que no procede la alegación de las recurrentes de que el tiempo para que opere la prescripción de la acción debería contar a partir del momento en que se los citó con los actos conexos, como la diligencia de inspección judicial de 5 de diciembre de 2012, porque el acto colusorio como lo sostienen *“en el literal f), inciso 3ero, del escrito de fs. 179, la colusión se habría dado en la tramitación del juicio ordinario No. 2007-039, por falta de citación a los verdaderos poseedores y herederos.”* (Sic) Interpretación que ha sido efectuada, descontextualizando el sentido de la norma contenida en el artículo 10 de la referida Ley, pues si bien ella establece que la prescripción opera en el plazo de cinco años contados desde la fecha de perpetración del hecho colusorio, los jueces han de atenerse a lo descrito en la demanda como acto o actos colusorios, más si alegan la configuración de la colusión con actos sucesivos y continuados, cuya fungibilidad no ha cesado, mediante los cuales se les ha privado no solo del dominio sino también de la posesión del inmueble materia de la acción; actos que en el presente caso han sido debidamente detallados en los propios antecedentes de la resolución, entendiéndose de manera clara, que sin uno de ellos la colusión no prosigue hasta su total consumación ± con lo cual no se hubiera configurado el daño ± y no se les hubiera privado del dominio, posesión y tenencia del bien inmueble materia de la controversia. Por tanto, la prescripción de la acción colusoria no debía contarse, como lo han hecho los jueces de instancia, desde el juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio signado con el número 0039-2007 - que es considerado en efecto el primer acto colusorio -, sino, desde el último acto con el*

que se pretende despojar de la posesión material del inmueble a las accionantes, esto es, desde el juicio reivindicatorio número 057-2013, tramitado ante el Juzgado Octavo Multicompetente con sede en Gonzanamá y Quilanga.

18.- Sentencia de mérito: En razón de lo expuesto, este Tribunal, considera que los jueces de instancia le han dado un alcance diferente al artículo 10 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión en relación con los hechos fijados por la propia resolución, en consecuencia, CASA la sentencia impugnada y en sujeción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación, dicta sentencia de mérito en los siguientes términos:

18.1.- Validez Procesal: En la sustanciación de la causa no se ha omitido solemnidad sustancial alguna, ni ha existido violación de trámite, por el contrario, se ha tramitado en estricta sujeción a las normas procesales pertinentes por lo que se la declara válida.

18.2.- Traba de la litis: La conformación de la Litis consta detallada en el numeral 1.1. del presente fallo, en el cual se ha explicitado la pretensión de la demanda y las excepciones opuestas en las sendas contestaciones a la demanda, trabándose en el punto de que la acción habría prescrito.

18.3.- Motivación. análisis de la prueba en relación con los hechos alegados. De conformidad con el artículo 116 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la tramitación de la presente causa, las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio, así se tiene que:

a) Obra a fs. 804 ± 847 copias certificadas del juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio signado con el número 039-2007, tramitado en el Juzgado Octavo de lo Civil de Loja, seguido por Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez en contra de los herederos ^a desconocidos y presuntos^o (Sic) de Francisco Rojas Pinzón; juicio cuya tramitación deja en evidencia ciertas irregularidades, entre estas, las siguientes: **1.** Calificada la demanda de clara, completa y precisa se la admite a trámite ordinario por parte del juez de la causa, doctor Ramiro Arévalo Malo (fs. 811), quien ordena que se cuente con ^a los herederos desconocidos o presuntos del causante señor Francisco Rojas Pinzón, por la prensa, como lo establece el Art. 82 del Código de Procedimiento Civil.^o (Sic), orden que la emite sin el previo cumplimiento de lo que prevé el tercer inciso del referido artículo que en su texto literal expresa: ^a La afirmación de que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien deba ser citado, la hará el solicitante bajo juramento sin el cumplimiento de cuyo requisito, el juez no admitirá la solicitud.^o, por tanto, es evidente que el juez omitió aplicar norma expresa y el juicio se tramitó sin atender dicha formalidad, llegando a dictarse sentencia a favor de los accionantes, la misma que ha quedado ejecutoriada por el ministerio de la ley, pues al no haber comparecido los demandados a juicio, ni herederos conocidos, presuntos ni desconocidos, no se ha recurrido de ella. **2.** Las accionantes han señalado en su demanda

que se encuentran en posesión del bien inmueble materia de la referida prescripción por más de cincuenta años, y por tanto, la citación por la prensa practicada en el referido juicio de prescripción adquisitiva ha tenido como único fin dejarlas en indefensión. Ahora bien, revisada la declaración de los testigos presentados por la parte actora a fs. 397vlt. y 398 en el presente proceso, se evidencia que con ellos han justificado sus asertos, esto es, que han vivido en dicho inmueble, al menos, por más de 20 años, por tanto, es evidente que Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez al momento de plantear la acción, no realizaron las gestiones necesarias a fin de localizar a los herederos de Francisco Rojas Pinzón, de allí que ni siquiera exista el juramento referido en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, más aún, cuando Carmen Rosa Rojas Churo no solo es heredera de dicho inmueble (heredera - sucesión por causa de muerte) sino que vivía en parte del terreno de quienes lo han ganado por usucapión, eso demuestra absoluta mala fe en el juicio planteado. Es menester precisar, además, que, de los testigos presentados por los accionados en el presente juicio, ninguno ha negado que Carmen Rosa Rojas Churo y Rocío Elizabeth Torres Rojas, vivan o hayan vivido en el referido predio.

b) Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la colusión implica un acuerdo fraudulento entre dos o más personas a fin de perjudicar a un tercero. Para establecer aquello, es necesario remitirse nuevamente a la demanda y a los actos colusorios que las accionantes afirman, consolidan el hecho colusorio, pues que, sin uno de ellos el perjuicio en su contra no se hubiera consolidado. Así se tiene que con el juicio de prescripción analizado en el párrafo precedente se ha despojado del dominio a la accionante Carmen Rosa Rojas Churo (heredera de Francisco Rojas Pinzón); con la *“ ESCRITURA DE COMPRAVENTA, de fecha 21 de mayo del año 2012, ante la Notaria Pública Primera del cantón Quilanga, Rubia Estrella Betancourt Ojeda, que los cónyuges Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez, dan en venta real y perpetua enajenación a favor de los cónyuges, señores Jorge Wilmer Ochoa Cueva y María Mercedes Torres Tacuri, el bien inmueble motivo del juicio de prescripción extraordinaria de dominio.º y ^a (1/4) el JUICIO DE REIVINDICACIÓN No. 057-2013, del JUZGADO OCTAVO MULTICOMPETENTE EN GONZANAMÁ Y QUILANGA (1/4)º (Sic), se prueba que, Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez, no conformes con despojar del dominio sobre el bien materia de la prescripción a la referida accionada, se coluden con su hermano y cónyuge respectivamente, demandados Jorge Wilmer Ochoa Cueva y María Mercedes Torres Tacuri, para transferirles el bien inmueble adquirido y que sean estos últimos quienes inicien el juicio reivindicatorio, a fin de privarles de la posesión, tanto a Carmen Rosa Rojas Churo, como a su hija, también posesionaria, Rocío Elizabeth Torres Rojas. Y es justamente ahí, con el inicio del juicio de reivindicación signado con el número 057-2013, que las accionantes evidencian el pacto colusorio generado en su contra para privarles de parte del terreno que ellas tenían en posesión, y es en ese mismo momento en el que se enteran del juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio*

seguido en contra de los herederos de su fallecido padre y abuelo, al cual no comparecieron al no haberseles citado en legal y debida forma. En tal virtud, justificada la colusión, la demanda es procedente.

c) Con respecto a las excepciones opuestas en las contestaciones a la demanda por Miguel Ángel Ochoa Cueva, Esperanza Godoy Álvarez, Jorge Wilmer Ochoa Cueva, María Mercedes Torres Tacuri, doctor Abelardo Salas Palacios y José Vicente Saritama Correa, que se resumen en las siguientes: Negativa pura y simple de los fundamentos pretenciosos y falaces de la demanda, falsedad de la acción y falta de derecho por no existir pacto colusorio alguno, este Tribunal considera, que aquellas deben ser desechadas de plano al haberse demostrado y justificado en legal y debida forma los fundamentos de la acción y la colusión entre Miguel Ángel Ochoa Cueva, Esperanza Godoy Álvarez, Wilmer Ochoa Cueva y María Mercedes Torres Tacuri a fin de perjudicar a Carmen Rosa Rojas Churo y Rocío Elizabeth Torres Rojas, en su derecho de dominio y posesión sobre el bien inmueble materia del juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio (039-2007).

c.1) La legitimación activa en la causa, está dada por cuanto quienes incoan la acción han justificado el historial en el derecho de dominio (Carmen Rosa Rojas Churo) y la posesión ostentada en el bien materia de controversia (Carmen Rosa Rojas Churo y Rocío Elizabeth Torres Rojas) y por tanto han demostrado ser las afectadas con el pacto colusorio planeado en su contra. *La legitimación en causa presupone que quien incoa una acción sea el titular del derecho sometido a la resolución jurisdiccional y el demandado la persona llamada por la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legitimo contradictor).*¹⁰

c.2) En lo atinente a la excepción de prescripción, aquella ha sido analizada a partir del considerando 17 y 17.1 del presente fallo, en donde se ha dejado sentado que no existe prescripción en la presente causa, por cuanto, el último acto colusorio con el que los demandados pretenden despojar ± ya no solo del dominio ± sino de la tenencia material del inmueble a las accionantes, es con el juicio reivindicatorio 057-2013, cuya demanda ha sido presentada el 8 de febrero de 2013, ante el Juzgado Octavo Multicompetente de Gonzanamá y Quilanga, y desde esa fecha hasta la citación con la demanda a los demandados en la presente causa (quienes han contestado a partir de julio del 2013), no han transcurrido los cinco años que prevé la norma para que opere la prescripción de la acción colusoria planteada. En consecuencia, tal excepción deviene en improcedente.

c.3) La responsabilidad de los abogados demandados, doctores Abelardo Salas Palacios y José Vicente Saritama no ha sido demostrada; no así la responsabilidad del juez del Juzgado Octavo de lo Civil de Loja, que tramitó la causa de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio signada con

¹⁰ Sentencia dictada dentro del juicio signado con el número 17711-2009-1057 por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de octubre de 2012.

el número 039-2007, doctor Ramiro Arévalo Malo, con respecto a quien se ha justificado su actuar malicioso, por lo que se procederá de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

19.- La acción colusoria entendida como un pacto ilícito en perjuicio de un tercero, ha de probar para su procedencia dos requisitos esenciales: 1) El acuerdo o convenio fraudulento o simulado entre dos o más personas; la discordancia intencional entre la voluntad y la declaración; y, el propósito de engañar, con perjuicio a un tercero, como consecuencia del acuerdo, convenio o contrato colusorio; y, 2) Que el acto colusorio o el perjuicio contra un tercero tenga como propósito la privación del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble, o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis o de cualquier otro derecho que le corresponda al perjudicado. Para contabilizar el tiempo de prescripción de la acción, han de considerarse todos los actos que a decir de los accionantes configuran el hecho colusorio, pues tratándose de un pacto fraudulento, con el objeto de privar a un tercero del dominio, posesión o cualquier derecho real, ha de entenderse que no siempre se configura con un solo acto, sino con un conjunto de actuaciones que tienen el único propósito de privar en forma real al tercero de derechos reales, correspondiendo al juez calificar, con prudencia, si los actos acusados como colusorios en verdad tienen tal calidad y han cumplido con el cometido de privar al tercero de ellos.

VI

RESOLUCIÓN

20.- Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil 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**, decide:

20.1.- CASAR la sentencia dictada la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, de 19 de julio de 2017, dentro de la causa civil que por colusión siguen las señoras Carmen Rosa Rojas Churo y Rocío Elizabeth Torres Rojas, en contra del Doctor Ramiro Arévalo Malo, Juez Octavo de lo Civil de Loja con sede en el cantón Gonzanamá; Doctor Vicente Saritama Correa; Miguel Ángel Ochoa Cueva; Esperanza Godoy Álvarez; Jorge Wilmer Ochoa Cueva; María Mercedes Torres Tacuri; y, Doctor Abelardo Salas Palacios.

20.2.- Declarar con lugar la demanda y, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley para el

Juzgamiento de la Colusión, se declara la nulidad de los siguientes actos que conformaron el hecho colusorio: a) Juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio signado con el número 039-2007, tramitado en el Juzgado Octavo de lo Civil con sede en el Cantón Gonzanamá, incoado por Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez en contra de los herederos desconocidos y presuntos de Francisco Rojas Pinzón, mediante el cual los accionantes adquieren el dominio sobre el lote de terreno urbano que se encuentra ubicado en la calle Sucre de la ciudad, parroquia y cantón de Quilanga, provincia de Loja, el mismo que tiene los siguientes linderos y dimensiones: Por el frente, en la extensión de diez metros noventa centímetros; Por el fondo, en la extensión de nueve metros ochenta centímetros con una quebrada; Por un costado, con la propiedad de la señora Rosa Rojas Churo, en la extensión de quince metros cincuenta centímetros; y, por el otro costado, con terrenos del señor Polivio Bravo en la extensión de quince metros cincuenta centímetros, dentro de cual se encuentra construida una casa de habitación; b) Inscripción de la sentencia emitida dentro del juicio 039-2007 en el Registro de la Propiedad con el número 165 y en el Repertorio 319 de fecha 09 de agosto de 2007; c) Escritura de compraventa realizada ante la Notaria Pública Primera del cantón Quilanga, Rubia Estrella Betancourt Ojeda, el 21 de mayo de 2012, a través de la cual, los cónyuges Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez dan en venta real y perpetua enajenación a los cónyuges Wilmer Ochoa Cueva y María Mercedes Torres Tacuri, el bien inmueble motivo del juicio de prescripción detallado en el literal a) de la parte resolutive de este fallo. Escritura que se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Quilanga con el número 38 y en el Repertorio 87 de 24 de mayo de 2012; y, d) Juicio de Reivindicación signado con el número 057-2013, tramitado en el Juzgado Octavo Multicompetente de Gonzanamá y Quilanga, incoado por Jorge Wilmer Ochoa Cueva y María Mercedes Torres Tacuri en contra de Carmen Rosa Rojas Churo y Rocío Elizabeth Torres Rojas; debiendo restituirse el dominio y posesión del bien inmueble materia del juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio a las accionantes, a fin de que las cosas vuelvan al estado anterior a la colusión.

20.3.- Por no haberse rendido caución no existe nada que devolver.

20.4.- Devuélvase los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoria de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.- **Notifíquese y cúmplase.-**

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL



165036250-DFE

Juicio No. 11333-2013-11758

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 8 de diciembre del 2021, las 11h43. **VISTOS:** Para resolver los recursos horizontales de aclaración y ampliación interpuestos por las partes procesales, este Tribunal considera necesario realizar las siguientes precisiones:

1. El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la presente causa, dispone que: *“La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. (1/4)°*

2. Los recurrentes Miguel Ángel Ochoa Cueva, Esperanza Godoy Álvarez, Jorge Wilmer Ochoa Cueva y María Elizabeth Torres Rojas, solicitan se amplíe y/o aclare la resolución dictada el 22 de noviembre de 2021, disponiendo *“ 1/4 que lo que debe restituirse, es la posesión a las actoras de este juicio, es la franja de terreno que fue materia del juicio reivindicatorio y no de todo el predio.”* [Sic] Por su parte, las accionantes Carmen Rosa Rojas Churo y Rocío Elizabeth Torres Rojas, solicitan que se disponga en forma similar *“ 1/4 LA RESTITUCIÓN DEL DOMINIO Y POSESIÓN DEL BIEN INMUEBLE MATERIA DEL JUICIO DE REIVINDICACIÓN No. 057-2013 tramitado en el Juzgado Octavo Multicompetente de Gonzanamá y Quilanga, que fuera resuelto a favor de los demandados Jorge Wilmer Ochoa Cueva y María Mercedes Torres Tacuri y cuya nulidad, así como de los actos conexos, se encuentra debidamente declarada por el Tribunal.”* [Sic]

3. Este Tribunal considera que conforme la cronología de los actos colusorios narrados en la sentencia, la colusión se inicia con el fallo dictado dentro del juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio signado con el número 039-2007, tramitado en el Juzgado Octavo de lo Civil de Loja, seguido por Miguel Ángel Ochoa Cueva y Esperanza Godoy Álvarez en contra de los herederos *“ desconocidos y presuntos”* (Sic) de Francisco Rojas Pinzón, sentencia que al declarar con lugar la demanda, despoja del dominio del inmueble a los herederos del causante Francisco Rojas Pinzón, motivo por el cual se ha ordenado en la parte dispositiva de la sentencia que se restituya *“ 1/4 el dominio y posesión del bien inmueble materia del juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio a las accionantes, a fin de que las cosas vuelvan al estado anterior a la colusión.”*, de allí que no deba restituirse únicamente la franja de terreno que fue materia del juicio reivindicatorio como afirman los demandados, sino la totalidad del bien cuya prescripción se demandó, siendo lo lógico

FUNCIÓN JUDICIAL

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
WILMAN GABRIEL
TERÁN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CI
1714429675

FUNCIÓN JUDICIAL

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTANEDA
C=EC
L=QUITO
CI
1706381975

FUNCIÓN JUDICIAL

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CI
0502022148

que, al restituirse el dominio y posesión de dicho inmueble, también se restituya el dominio y posesión del bien materia del juicio reivindicatorio, signado con el número 057-2013, tramitado en el Juzgado Octavo Multicompetente del cantón Gonzanamá y Quilanga, por encontrarse dentro del bien adquirido por *usucapión*.

4. Con lo expuesto, se deja atendida la petición de aclaración y ampliación solicitadas. Notifíquese y devuélvase.

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA

JUEZ NACIONAL (E)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

JUEZ NACIONAL (E)



164503718-DFE

Juicio No. 23331-2018-00276

JUEZ PONENTE: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 1 de diciembre del 2021, las 12h21. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Guzmán Castañeda, doctor David Isafas Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que fueron electos conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, que habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura; y, al ser encargados en los respectivos despachos acorde a las facultades de la Corte Nacional de Justicia, más el sorteo de ley realizado, por el cual ha correspondido conocer esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la resolución dictada por el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 2 de septiembre de 2019, dentro de la causa ordinaria que pretendiendo la nulidad absoluta de dos contratos de compraventa sigue Carlos Fabián Cabrera Beltrán en contra de Grace Ithamar Mera Andrade y Yadira Elizabeth Cabrera Mera.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció a virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada por el Juzgador de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Santo Domingo, el 22 de enero de 2019, que aceptó la demanda y declaró la nulidad absoluta de los contratos de compraventa celebrados mediante escritura pública de 4 de septiembre de 2008 ante el Notario Segundo del cantón Santo Domingo, inscrita el 15 de septiembre de 2008, a través de los cuales, la señora Grace Ithamar Mera Andrade por sus propios derechos y en calidad de mandataria del señor Luis Ariosto Cabrera Prieto, transfirió a favor de Yadira Elizabeth Cabrera Mera, el dominio, uso y goce de los lotes de terreno signados con los números 28 y 29, ubicados en la calle Arroyo del Río No. 203 y 273 de la Cooperativa de Vivienda ^a 17 de diciembre°.

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho recurso de apelación, la Sala Única de la Corte Provincial de

FUNCIÓN JUDICIAL Firmado por
WILMAN GABRIEL
TERAN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CI
1714429675
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

FUNCIÓN JUDICIAL Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTAÑEDA
C=EC
L=QUITO
CI
1706381975
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

FUNCIÓN JUDICIAL Firmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CI
0502022148
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en lo medular decide aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto, dejando sin efecto la condena en costas, ratificando en lo demás, los argumentos y decisión adoptados en la sentencia emitida por el juzgador de primera instancia.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la parte accionada, deduce recurso de casación, convirtiéndose de esta manera la parte demandada en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales admitidas en el recurso de casación: Al recibirse el planteamiento casacional, por sorteo, es conocido por la respectiva Conjuenza Nacional, doctora Rita Bravo Quijano, quien, mediante auto de 18 de marzo de 2021, luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido el mismo por los casos 2 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (*en adelante COGEP*).

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, el recurrente, doctor Emiliano Solórzano Moreira, en calidad de procurador judicial de las demandadas, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, el cual fue debatido por la contra parte, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

5.- Intervención de la defensa técnica del recurrente: En lo relevante, señala que la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, han expresado que para que una sentencia esté motivada, acorde a los artículos 76.7.1 de la Constitución y 89 del COGEP, debe contener tres requisitos: razonabilidad, lógica y comprensibilidad; los que, debiendo analizarse de manera independiente, forman parte de un todo. Alega que la falta de motivación se evidenciaría en el Considerando Sexto de la sentencia objetada, cuando señala que la demandada Grace Ithamar Mera Andrade actúa con malicia, en contra de las buenas costumbres, la moral y el orden público, ya que, conforme a la prueba documental, en el 2003, demandó la disolución de la sociedad conyugal habida con su cónyuge Luis Ariosto Cabrera Prieto, haciéndolo citar en su domicilio, diligencia cumplida por tres boletas; pero luego, en el 2005, al demandar la liquidación de la sociedad conyugal, indica que desconoce el domicilio de su cónyuge, por lo que, solicita se lo cite por la prensa, para luego, en el 2008 celebrar los contratos de compraventa a favor de su hija con un poder conferido por su esposo. Para imputar malicia a los actos, o definirlos como contrarios a las buenas costumbres y la moral, según la recurrente, debería dilucidarse aspectos psicológicos de quienes ejecutan el acto o contrato; y el fallo no estaría explicando qué es lo contrario a las buenas costumbres, qué se considera orden público y cómo el contrato vulneró dichos preceptos, omitiéndose indicar, cuáles son las leyes

consideradas de orden público omitidas de aplicar al elaborar el contrato. Respecto a las *“buenas costumbres”*, dice que en términos generales, son lo usual y ordinario, son una de las fuentes del derecho, más la sentencia impugnada no estaría explicando cómo los contratos cuya nulidad se demanda van en contra de aquellas. En lo atinente al caso cinco del artículo 268 del COGEP, aduce que la sentencia incurriría en errónea interpretación del artículo 1483 del Código Civil cuando en el Considerando Sexto dice: *“¼esencialmente la causa es el motivo que induce a la contratación¼ la causa deba ser lícita, calificativo que dice relación con su apego a la ley, las buenas costumbres, la moral y el orden público, el inciso segundo del Código Civil artículo 1483 indica, se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato y por causa ilícita la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público¼”*, pues sólo utiliza el segundo inciso de la norma y estaría omitiendo formar la proposición jurídica completa, ya que la norma, para lograr efecto jurídico debe interpretarse en su integralidad; el fallo no menciona el inciso tercero del artículo 1483 que explica con ejemplos a la causa ilícita, con lo cual se evidenciaría que ninguno de los elementos aludidos por la norma constan en los contratos de compraventa celebrados por las demandadas, interpretando así la norma de forma equivocada. La causa ilícita aludida en la sentencia sería aparente, pues al señalar que existió una publicación en el Diario La Hora, el 17 de agosto de 2003, donde se dice que Luis Ariosto Cabrera Prieto estaba desaparecido, motivo por el que no debió una de las comparecientes celebrar el contrato de compraventa a favor de la otra recurrente, es decir, solo se interpreta la causa final y se omitiría indicar que para establecer la ilicitud de la causa se debería contemplar los motivos psicológicos de quien ejecuta el acto, por ello, para establecer si una causa adolece o no de ilicitud se debería recurrir a los motivos psicológicos que la inducen a actuar jurídicamente; si se prescindiese de éstos, no hay causa ilícita; la sentencia de muerte presunta por desaparición de Luis Ariosto Cabrera Prieto se dictó el 24 de septiembre de 2010 y los contratos de compraventa, celebrados por Grace Ithamar Mera Andrade, mediante escritura pública de 4 de septiembre de 2008, inscritos en el Registro de la Propiedad el 15 de septiembre de 2008, por medio del poder general otorgado por su cónyuge dos años antes de que se lo declare desaparecido, por tanto, si la sentencia obliga y vincula desde el momento en que se dictó, no habría ilicitud en éstos.

6.- Intervención del abogado de la contraparte: Por principio de contradicción, se escuchó a la contraparte, quien en lo sustancial expresó que, la parte demandada acusa la falta de motivación, la cual debería ser concreta y específica, evidenciando cómo se volvería inejecutable lo resuelto por el Tribunal. El fallo, estaría debidamente motivado, al respetar los criterios de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, siendo suficiente, concreto y claro, resolviendo todos y cada uno de los puntos controvertidos de la traba de la litis, por lo que este vicio, no tendría razón de ser. Respecto a la errónea interpretación del artículo 1483 del Código Civil, aduce que, de la misma exposición de la recurrente, se evidenciaría que la señora Grace Ithamar Mera Andrade, actuó con manifiesto dolo,

premeditación y alevosía, con una serie de actos para conseguir su objetivo, así pues, demandó la disolución de la sociedad conyugal y pidió se cite a su cónyuge Luis Cabrera Prieto en su domicilio, a sabiendas de que él había desaparecido; luego, lo citó por la prensa con la demanda de liquidación de la sociedad conyugal; y, finalmente, con un poder general otorgado a su favor en 1996 por parte de su cónyuge Luis Cabrera Prieto, enajena todos los derechos que correspondían a la sociedad conyugal a favor de su hija Yadira Elizabeth Cabrera Mera y estaría perjudicando así el patrimonio del heredero Carlos Cabrera Beltrán, de tal suerte que, al evidenciarse el dolo, se declaró que en los contratos de compraventa hay causa ilícita, razón por la cual, el *Ad-quem*, habría adecuado de forma correcta y precisa, el artículo 1483 del Código Civil a los hechos probados. Pide se deseche el recurso, no se case la sentencia y se imponga condena en costas a las demandadas, por interponer este recurso para demorar la ejecución de lo juzgado.

III CONSIDERANDOS

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 4, 184, 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269, inciso primero, del COGEP y por efectos de la Resolución 03-2021 de la Corte Nacional de Justicia; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, así pues, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violación a solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de los casos invocados, admitidos en fase previa de admisibilidad: Como quedó establecido, en el párrafo 3 de esta sentencia, en concreto los casos admitidos por vía casacional, son los contenidos en los numerales dos y cinco del artículo 268 del COGEP, cuyos contenidos son:

“2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.

5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”

10.1.- El caso dos atiende a vicios *in procedendo*, se refiere a la falta de requisitos de forma y de fondo en la sentencia previstos principalmente en los artículos 90 y 95 del COGEP; así como a la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles en su parte dispositiva que hagan inejecutable la resolución recurrida.

10.2.- El caso cinco atiende a vicios *in iudicando*, atinentes a normas de derecho pertenecientes a la órbita sustantiva y han de ser invocados siempre que hayan sido determinantes o decisivos en la parte dispositiva de la sentencia. Con respecto a los vicios previstos en la norma podemos señalar que la aplicación indebida, radica en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador ha seleccionado una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la norma acertada para solucionar la cuestión. Mientras que la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar la controversia. Por último, se tiene que la errónea interpretación es un yerro, donde si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, se aleja del

espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra destinada la norma para dar la solución.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, se tiene que los yerros admitidos para estudio de este Tribunal, son: Por el caso dos del artículo 268 del COGEP, vulneración de los artículos 76.7.1 de la Constitución y 89 del COGEP, por falta de motivación; y, por el caso cinco del artículo 268 del COGEP, errónea interpretación del artículo 1483 del Código Civil por no haberse considerado en la sentencia que, para establecer la ilicitud de la causa, es necesario recurrir a los motivos psicológicos de quien ejecuta el acto.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- La acusación se concreta en que se patentaría una falta de motivación en el Considerando Sexto del fallo, al señalar que una de las demandadas, actuó con malicia, contra las buenas costumbres, la moral y el orden público; ya que en el 2003, demandó la disolución de la sociedad conyugal habida con su cónyuge declarado muerto por presunción, citándolo en su domicilio, por boletas; luego, en el 2005, pidió la liquidación de esa sociedad, citándolo por la prensa; después en el 2008, celebra las compraventas a favor de su hija con un poder dado por el causante. Siendo así, para asignar malicia al acto o precisarlo como contrario a las buenas costumbres y la moral, se debió ilustrar lo psicológico del ejecutor; más sin explicar cómo estos factores se vulneran en el contrato, ni citar las leyes públicas incumplidas, omitiéndolas como fuentes del derecho, carece de explicación. Con errónea interpretación del artículo 1483 del Código Civil, el Considerando Sexto dice que la causa es el motivo que induce a contratar, debiendo apegarse a la ley, las buenas costumbres, la moral y al orden público, mentando al inciso segundo de ese artículo, asumiéndose por causa al motivo que induce al acto o contrato y por causa ilícita la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público; sin considerar al inciso tercero, que ejemplifica la causa ilícita y evidenciaría la licitud contractual; la ilicitud atribuida sería fingida, al apuntar que por una publicación en la prensa (17 de agosto de 2003), cuando su cónyuge estaba desaparecido, le impediría celebrar la compraventa a favor de la otra recurrente, interpretándose la causa final sin meditar que para establecer la ilicitud de la causa se necesitan los motivos psicológicos del ejecutante del acto, imposibilitando la causa ilícita; el fallo de muerte presunta por desaparición, es de 24 de septiembre de 2010 y los contratos celebrados con el poder general otorgado por su cónyuge dos años antes de ser declarado desaparecido, se suscriben el 4 e inscriben el 15 de septiembre de 2008; y la sentencia vincula desde que se dicta, sin haber ilicitud en el contrato.

12.1.- Problema jurídico a resolver: De la abstracción realizada, surge la siguiente interrogante ¿Será válida la compraventa realizada con conocimiento de que el mandante se encuentra

desaparecido?; se resolverá la interrogante planteada, en los siguientes párrafos:

¿Será válida la compraventa realizada con conocimiento de que el mandante se encuentra desaparecido?

13.- Sobre el contrato de compraventa: A la luz del artículo 1732 del Código Civil, ^a *1/4 es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio*^o. Es una convención afianzada en la voluntad de los contratantes como expresión libre de su consentimiento ± esto implica ± un factor básico, concerniente a la existencia de los contratantes para que vierta esa libertad de manifestación de su voluntad; aspecto por el cual, sólo gracias a esa conciencia lograda por el conocer de las personas, es que el acto contractual asume una fuerza de valor obligatorio para materializar el intercambio entre las partes (cosa por precio); sólo así y con el conocimiento del acto hay libre voluntad en el consentir; por ello es que la existencia marca un presupuesto primordial para la manifestación de voluntad entre vivos ± con lo cual ± la compraventa adquiere la relevancia de pacto principal y fuerza auto suficiente, sin requerir de otro instrumento para efectivizar el intercambio y revelar un sentido contra ± prestacional, equivalente y bilateral, para obligar recíprocamente a los pactantes. Tres requisitos integran a esta clase de contratos¹; el primer requisito de carácter personal, se constituye por las partes: vendedor y comprador (cuya existencia ha de ser conocida), quienes deben ser existentes y por ende con plena capacidad, cualidad no solo dada por la facultad absoluta o relativa para consentir² que de manera general es indispensable en todo contrato, con las excepciones dadas en la ley; siendo por excelencia un acto entre vivos. El segundo presupuesto es formal; se avizora en las solemnidades que dotan de validez al contrato; así, en bienes raíces, para ser perfecta la compraventa, requiere de escritura pública debidamente inscrita (artículo 1740 *ibid.*). El tercer elemento es el real, que atiende al bien que se enajena y al precio que se paga; la enajenación pretendida en relación a la cosa, no debe ser prohibida por la ley (artículo 1749 *ibid.*); siendo un contrato oneroso, la contraprestación debe ser verdadera, por lo general en dinero, que represente al precio fijado por los contratantes (artículo 1747 *ibid.*), suma que debe equivaler al valor de lo que se adquiere. En el caso *in examine*, el inamovible cuadro fáctico de la sentencia acusada se sintetiza en el uso como habilitante para suscribir los contratos de compraventa cuya nulidad se demanda, de un poder general otorgado en el año de 1996 a favor de su cónyuge; siendo relevante, ya que tales contratos son del año 2008, época que por la falta de noticias del poderdante, judicialmente

1 Grisel Galiano Maritan, Los contratos en el Código Civil de Ecuador, Editorial Reus, Madrid.

2 El Código Civil en su artículo 1463 establece que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda (sic) que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas

es declarada su muerte presunta, desde el 2004.

14.- Sobre los bienes del desaparecido: Se ha de entender aquí que la acción ejercitada por el señor Carlos Fabián Cabrera Beltrán, uno de los sucesores de Luis Ariosto Cabrera Prieto; implica un reclamo de nulidad por un acto escriturario, respecto de los bienes del causante, realizado por la cónyuge sobreviviente del de cujus Grace Ithamar Mera Andrade en calidad de vendedora y en calidad de compradora la otra heredera Yadira Elizabeth Cabrera Mera, acto contractual que distrae los bienes yacentes del causante, obstaculizando la delación establecida en el artículo 998 del Código Civil y de manera consecuente la sucesión regular de los bienes relictos del causante; lo cual constituye un obstáculo para el ejercicio de los derechos sucesorios, esta distracción de los bienes es lo que llega a constituir el objeto y la causa ilícita del negocio jurídico; toda vez que el artículo 997 del Código Civil señala: *“La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte”*^{1/4}; pues a virtud del artículo 64 del Código en uso, *“La persona termina con la muerte”*; y a la luz del artículo 66 del Código invocado, *“Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones”*^{1/4} que expresa la ley; este supuesto de hecho, extingue a la personalidad jurídica. La presunción de muerte, la declara el juez del último domicilio, al justificarse el desconocimiento del paradero y agotarse toda averiguación, cuando desde la fecha de las últimas noticias de su existencia, han pasado, al menos, dos años, luego de haberse citado al desaparecido acorde a la ley procesal; pudiéndola pedir quien tenga interés en ella, luego de al menos tres meses, desde la última citación; fijándose judicialmente como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias; y pasados tres años desde esa fecha, concediéndose la posesión provisional de los bienes del desaparecido. Con la posesión provisional, se disuelve la sociedad conyugal del desaparecido; a falta de testamento rigen las reglas de la sucesión intestada, concediéndose la posesión provisional a los herederos presuntivos, sobre el patrimonio para la sucesión de los bienes, derechos y acciones del desaparecido, existentes al tiempo de la muerte presunta; estos poseedores provisionales deben formar un inventario solemne, representar a la sucesión en las acciones y defensas contra terceros y sólo pueden vender una parte o todos los muebles, si el juez lo autoriza; mientras que los raíces solo pueden enajenarse o hipotecarse antes de la posesión definitiva, por causa necesaria o de utilidad evidente declarada por el juez; venta que procede mediante subasta pública; y la posesión definitiva, termina al matrimonio (así se norma del artículo 66 al 80 del Código Civil). Esto denota el cuadro fáctico que se ha eludido al realizarse un uso simulado escriturario, como si lo hubiese realizado una persona presente. Habida cuenta de que el sucesor de su causante en todos sus derechos y obligaciones es el continuador de su personalidad, dotado con la facultad de ejercer las acciones que al mismo le corresponderían, siendo indudable que estas acciones competen a los sucesores del causante y por lo tanto cualquier limitación a éstas da el derecho para postular la ineficacia de un contrato con tacha de simulación absoluta, dada la nulidad radical del

mismo al no concurrir alguno de los requisitos que para su existencia exige la preceptiva contenida en el Código Civil.

14.1.- La presunción es la consecuencia deducida de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, que al ser determinada en la ley, se denomina legal, pudiéndose probar la inexistencia del hecho presumido así, pese a la veracidad de los antecedentes o circunstancias que infiere la ley; a menos que ésta rechace expresamente la prueba; y si por ley, se presume de derecho, es inadmisibile la prueba en contrario. El artículo 66 del Código Civil, establece los presupuestos de la presunción legal de la muerte, que al ser declarada, es irrefutable el conocimiento de la ausencia y falta de noticias de esa individualidad; de allí que, según el artículo 1483 *ibídem*, para que exista una obligación ésta debe tener causa real como lícita, sin necesitar expresarla; su sola liberalidad o beneficencia es causa suficiente; la causa es el motivo inductor del acto o contrato; y causa ilícita es la prohibida por ley (conociendo que la persona está desaparecida no se puede disponer de sus bienes sin autorización judicial), también la causa es ilícita, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público (como cuando se hace un acto o contrato no autorizado por la ley); la promesa de dar algo en pago de una deuda inexistente, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa por un delito o un hecho inmoral, es ilícita. De allí que lo nulo, es lo sin valor ni rigor para obligar o tener efecto, por contrariar las leyes o carecer de solemnidad requerida en la sustancia o en el modo; entre los tipos de nulidades, están las de los negocios jurídicos, se la reclama ya como acción o excepción, distinguiéndose las nulidades absolutas, máxima sanción radical al faltarle al contrato algún elemento esencial degenerando su existencia legal o si se celebra violando una prohibición legal (como en la especie: venta de bienes del ausente sin autorización judicial), es que se evidencia la nulidad de pleno derecho como el caso de ausencia del causante; según el artículo 1698 *supra*, la nulidad producida por un objeto o causa ilícita como la causada al omitirse algún requisito o formalidad prescrita en las leyes para su valor, en consideración a su naturaleza, lejos de la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, es absoluta. La declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas de dar, hacer o lo contrario sin poder haber obligación sin una causa real y lícita, entendiéndose por causa el motivo que induce al acto o contrato. Hay objeto ilícito entre otros, al enajenarse cosas fuera del comercio y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes. Hay causa ilícita en los contratos prohibidos por ley, contrarios a las buenas costumbres o al orden público, así cuando se promete dar algo en pago de una deuda inexistente, ese acto carece de causa y, la promesa de dar algo en recompensa de un delito u hecho inmoral, tiene en cambio, causa ilícita, como lo que se vende a sabiendas del desaparecido. La ilicitud de la causa supone la concurrencia de causa, que se vicia al oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal fin. Al prever la norma que la causa ilícita es lo contrario a las buenas costumbres, a la moral; la causa de un contrato es el interés jurídico que induce a realizarlo, siendo distinto e

independiente del motivo utilitario o subjetivo que pudo ser al ser celebrado, que al ser bilateral, la causa para una parte es la obligación contraída por la otra; más el mandato termina con la muerte del mandante; y la causa ilícita recae en un proceder malicioso como aquel realizado a sabiendas de la desaparición del cónyuge.

15.- Sobre la nulidad: En términos amplios significa ^a *Falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo.*^o, así lo define la Real Academia de la Lengua Española. Desde la perspectiva jurídica, hay varios tipos de nulidades y ópticas desde las que se la enfoca, por ejemplo: a) nulidades constitucionales como la prevista en el artículo 76.7.1, de la Constitución (falta de motivación), b) nulidades procesales, cuando se falta a alguna solemnidad sustancial o se incurre en algún vicio procedimental, como las señaladas en el artículo 107 del COGEP; y, c) nulidades de los negocios jurídicos, que pueden incoarse tanto como acción o excepción y dentro de estas, se encuentran las nulidades absolutas y relativas. Para comprender este último tópico (ya que el pleito *in examine*, está orientado a la nulidad de un negocio jurídico), recurriendo a la teoría de la nulidad de los contratos, se tiene que ^a *La nulidad y anulabilidad son las categorías típicas de la invalidez del negocio jurídico, expresivas de los que se ha denominado "ineficacia estructural", por cuanto su ineficacia deriva de defectos, vicios en la formación o celebración del negocio (imperfección inicial), en contraposición con la llamada ineficacia funcional, que supone un negocio regularmente formado que contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho*^{o3}. Esto por cuanto la nulidad y la anulabilidad aplicables a contratos y escrituras públicas de compraventa de inmuebles son los conceptos que más suelen confundirse en el derecho civil al ser usados con considerable imprecisión. La nulidad, surge cuando la convención se celebra violando una prohibición legal siendo entonces la sanción de pleno derecho. Es relevante destacar que la nulidad, radical o de pleno derecho, es la imperfección del contrato que le impide producir efectos que le son propios, como suscita en el caso *sub judice*, al haberse celebrado el acto jurídico sin las solemnidades previstas para el caso de disposición de bienes de personas desaparecidas. Visto el artículo 1698, inciso primero del Código Civil, que dice: ^a *La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas*^o; esta absolutez, es radical y de pleno derecho dicha nulidad.

16.- Objeto y causa en los contratos.- En la especie, se ha declarado por parte del Tribunal *Ad quem* que en los contratos de compraventa cuya nulidad se demanda, que existe causa ilícita, así que, para un mejor entendimiento, corresponde dilucidar entre objeto y causa del contrato. Conforme al artículo

³ Beltrán, Carmen, "La nulidad de los contratos", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2009, pág. 21

1476 del Código Civil, toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer y, según el artículo 1483 no puede haber obligación sin una causa real y lícita, siendo ^a *causa*° la razón que induce al acto o contrato. La doctrina sostiene que la causa ^a *1/4 no es otra cosa que el motivo determinante de la obligación*^{1/4} Pero las soluciones del derecho positivo representan una transacción entre las exigencias de la seguridad y las exigencias de la moralidad en la conclusión del contrato⁴, no obstante, por lo variados y diversos que pueden ser los motivos y la imposibilidad de conocerlos la mayor parte de las veces, es conducente buscar en los elementos materiales del contrato la razón de ser de la obligación. Señala el Código Civil, que hay objeto ilícito en la enajenación (i) de las cosas que no están en el comercio, (ii) de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, (iii) de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello⁵, así como también (iv) en las deudas contraídas en juegos de azar, (v) en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y, (vi) generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes.⁶ Mientras que, hay causa ilícita en aquellos actos o contratos prohibidos por ley, contrarios a las buenas costumbres o al orden público, en este sentido, ejemplifica el artículo 1483 que, cuando se promete dar algo en pago de una deuda que no existe, ese acto carece de causa y, la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene en cambio, causa ilícita. Por su parte, los dos últimos incisos del artículo 74 del Código Civil, establecen que ^a *(1/4) Los bienes raíces del desaparecido no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva, sino por causa necesaria o de utilidad evidente declarada por el juez. La venta de cualquier parte de los bienes del desaparecido se hará en pública subasta*°, cosa no apreciada en la especie. La ilicitud de la causa supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, ^a *elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio, descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes*°⁷

17.- Sobre la acusación de errónea interpretación.- Se acusó de errónea interpretación del artículo 1483 del Código Civil, cuyo texto literal dispone: *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o*

4 Boffi Boggero, Luis M.. 1973. *Tratado de las obligaciones*. 2. Buenos Aires: Astrea.

5 Artículo 1480 del Código Civil.

6 Artículo 1482 del Código Civil.

7 Sentencia 83/2009, de 19 de febrero de 2009. Tribunal Supremo de España - Sala Primera de lo Civil.

contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.^o Al revisar la sentencia impugnada, se desprende que los jueces aplican la norma en referencia respetando su sentido natural y obvio, atendiendo a su espíritu, al señalar que: *“El Art. 1483 del Código Civil, expresa que¼no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente”*. *Esencialmente la causa es el motivo que induce a la contratación¼ Lo importante, por ahora, es destacar que la causa debe ser lícita, calificativo que dice relación con su apego a la ley, las buenas costumbres, la moral y el orden público. En el presente caso, el Tribunal considera que no existe causa lícita, en razón de que los actos de la señora GRACE ITHAMAR MERA ANDRADE, demuestran que actuó con malicia, contrario a la moral y el orden público, debido a que conforme la prueba documental actuada, en el año 2003, demandó la disolución de la sociedad conyugal habida con su cónyuge señor Luis Ariosto Cabrera Prieto, haciendo constar en su demanda que al mismo debía citárselo en su domicilio, diligencia que se cumplió por tres boletas; y, luego en el año 2005 al demandar la liquidación de la sociedad, en cambio hace constar que desconoce el domicilio de su cónyuge Luis Ariosto Cabrera Prieto, motivo por el que se lo citó por la prensa, para posteriormente comparecer en septiembre de 2008, haciendo uso de un poder conferido por el señor Luis Ariosto Cabrera Prieto, en el año 1996, y vender dos propiedades habidas en la sociedad conyugal. Todo lo que refleja la mala fe que la señora GRACE ITHAMAR MERA ANDRADE¼° [Sic] Por tanto, haciendo un ejercicio lógico, si la norma prevé que la causa ilícita es aquella contraria a las buenas costumbres, o como lo dice posteriormente, aquella contraria a la moral; y, para los jueces la conducta de la demandada Grace Ithamar Mera Andrade fue contraria a la moral y buenas costumbres, no se evidencia cómo aquella norma podría haberse interpretado erróneamente, de hecho, la explicación y posterior conclusión a la que llega el Tribunal es correcta. Amén de esto, y visto que la norma en cuestión ha sido interpretada en su integralidad, corresponde dilucidar si los jueces de instancia debían recurrir a los motivos psicológicos de quien ejecuta el acto como lo ha sostenido el recurrente; para el efecto, es pertinente aclarar que, a criterio de este Tribunal, la causa de un contrato es el interés jurídico que induce a las partes a contratar, interés que es distinto e independiente del motivo utilitario o subjetivo que hayan podido tener en cuenta al momento de celebrar el contrato, debiendo entenderse por tanto que, “¼en los contratos bilaterales la causa para una de las partes constituye la obligación contraída por la otra.”⁸ En consecuencia, tal alegación también carece de asidero. Finalmente, con respecto al argumento relativo a que la sentencia de muerte presunta por desaparecimiento del señor Luis Ariosto Cabrera Prieto se dictó recién el 24 de septiembre del 2010, mientras que los contratos de compraventa fueron celebrados el 4 de septiembre del 2008, no es menos cierto que, conforme consta*

⁸ Somarriva U, Manuel. Las obligaciones y los contratos ante la Jurisprudencia. Editorial Nascimento. Santiago-Chile. 1939. P. 148

del numeral 5 del considerando QUINTO de la sentencia impugnada, el fallo emitido por el Juez del Juzgado Primero de lo Civil de Santo Domingo, mediante el cual se declara la muerte del señor Luis Ariosto Cabrera Prieto por desaparecimiento, señala como fecha de deceso el 31 de agosto de 2004, esto de conformidad con el artículo 67.5 del Código Civil que ordena que en los casos de muerte por desaparecimiento *“El juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos tres años desde la misma fecha, concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido;”*⁹; por tanto, todos los actos ejecutados *a posteriori* por su cónyuge Grace Ithamar Mera Andrade, en calidad de mandataria, devienen en ineficaces, más aun si se considera que según el artículo 2067.5 del Código Civil, el mandato termina con la muerte del mandante; y que, tal como lo señala la sentencia impugnada, la causa ilícita recae en el proceder malicioso de la demandada que, a sabiendas de la desaparición de su cónyuge no tuvo reparo en realizar, a partir del año 2003, una serie de actos conducentes a perjudicar los derechos hereditarios del hoy accionante. La jurisprudencia ha sido concordante en señalar que *“Si no se halla de buena fe, el objeto de venta^{1/4} se vicia de nulidad absoluta porque habrá objeto ilícito, -o causa ilícita, según la tesis doctrinaria que se escoja- ya que la verdadera finalidad del contrato no sería el posibilitar que nazca y se establezca esa correspondencia de obligaciones tuteladas y protegidas por el ordenamiento legal (el dar una cosa, o sea traspasar el dominio a cambio de un precio) que constituye la meta jurídica que se propone alcanzar toda compraventa... De esta manera, aparece configurado que la real intención de vendedores y compradora en este contrato, ha sido privar ilícitamente del dominio del inmueble a los actores, lo cual es un típico fraude a la ley que constituye objeto ilícito, y por no buscarse el fin lícito que procura alcanzar toda compraventa, sino metas contrarias al ordenamiento jurídico, desvirtuando de esta manera la función económica y social que cumplen las compraventas, a la vez se halla configurada causa ilícita...”*⁹ En consecuencia, con las consideraciones señaladas *ut supra*, se desecha el cargo de errónea interpretación del artículo 1483 del Código Civil.

18.- Sobre la motivación del fallo impugnado.- A fin de determinar si la sentencia impugnada se encuentra debidamente motivada, bajo los parámetros del artículo 76.7.1 de la Constitución en concordancia con los artículos 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 95 del COGEP, que son configuradoras del deber de las autoridades jurisdiccionales de *“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*

⁹ Res. Nro. 219-2003, de 28 de julio del 2003, de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, Juicio Nro. 120-2003, R.O. Nro. 190 de 15-X-2003. G.J. Nro. 13, S-XVII, págs. 4129-4137

se encuentren debidamente motivados serán nulos^o. La debida motivación es una obligación y al mismo tiempo un derecho fundamental, cual punto esencial del Estado Constitucional de derechos y justicia en el marco de lo social como pilar fundamental de la democracia; en todo sentido, coadyuva a garantizar la efectividad interconectada de otros derechos de los justiciables e incluso principios fundamentales que rigen la actividad jurisdiccional, para controlar que la misma, no sea arbitraria ni abusiva del poder; o mejor dicho, parafraseando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la debida motivación es un elemento esencial para descartar cualquier indicio de arbitrariedad en la autoridad, para suministrar las razones que tiene y otorgar credibilidad a las decisiones en el marco de una sociedad democrática;¹⁰ una sentencia ^a *debidamente motivada*^o, debe reunir: ^a $\frac{1}{4}$ *requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia ($\frac{1}{4}$) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal*^o.¹¹ Los requisitos de concreción, suficiencia y claridad, se refieren a lo sustancial de la causa, a la necesidad de abarcar los hechos y el derecho y que sea comprensible al auditorio social, es decir, que no sea obscura. Por su parte, los requisitos de coherencia y congruencia responden a los principios lógicos que guían el razonamiento correcto, siendo como lo son, requisitos transversales que afectan a los otros requisitos, así pues, la sustentación del *Ad-quem*, debe guiar a lo debidamente derivado o deducido, con la utilización de las máximas de la correcta utilización de la ley, la experiencia, la psicología y la fuerza del convencimiento, lo cual ha de llevar a lo adecuado de la sentencia; que a su vez, para que sea coherente debe ser congruente, es decir, que sus afirmaciones guarden una correlación armónica adecuada, inequívoca, que no dé lugar a dudas sobre las conclusiones a las que llega y no contradictoria, requiriendo que sus conclusiones sean concordantes, correspondientes a los elementos que le dotan del convencimiento, derivadas de aspectos verdaderos y suficientes para producir con efectividad la subsunción del derecho al hecho.

18.1.- Al estudiar la sentencia impugnada, se evidencia que ésta se encuentra dividida en siete apartados, comienza en su parte expositiva con la abstracción del contenido de la súplica de la pretensión del accionante; en su parte considerativa (considerandos primero, segundo, tercero y cuarto) reseña la jurisdicción y competencia del Tribunal, los actos procesales relevantes realizados en

10 Sentencia de 1 de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 118

11 Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E

primera instancia y los fundamentos del recurso de apelación deducido por las demandadas; posteriormente, en sus considerandos quinto y sexto, detalla, en virtud de la traba de la litis, las pruebas actuadas por las partes procesales y particularmente los contratos de compraventa cuya nulidad se ha demandado para posteriormente entrar al fondo del asunto y analizar cada uno de los presupuestos necesarios para la procedencia de la acción, es así que en ella se señala que: *“En el presente caso, el Tribunal considera que no existe causa lícita, en razón de que los actos de la señora GRACE ITHAMAR MERA ANDRADE, demuestran que actuó con malicia, contrario a la moral y el orden público, debido a que conforme la prueba documental actuada, en el año 2003, demandó la disolución de la sociedad conyugal habida con su cónyuge señor Luis Ariosto Cabrera Prieto, haciendo constar en su demanda que al mismo debía citárselo en su domicilio, diligencia que se cumplió por tres boletas; y, luego en el año 2005 al demandar la liquidación de la sociedad, en cambio hace constar que desconoce el domicilio de su cónyuge Luis Ariosto Cabrera Prieto, motivo por el que se lo citó por la prensa, para posteriormente comparecer en septiembre de 2008, haciendo uso de un poder conferido por el señor Luis Ariosto Cabrera Prieto, en el año 1996, y vender dos propiedades habidas en la sociedad conyugal. Todo lo que refleja la mala fe que la señora GRACE ITHAMAR MERA ANDRADE, que a pesar de conocer que su esposo estaba desaparecido, no solo por el hecho de convivir con el mismo, sino también por haberse dado la noticia por la prensa (Diario La Hora) de dicha desaparición el 17 de agosto de 2003, solicita en la demanda de disolución que la presenta el 14 de octubre de 2003, que su esposo sea citado en el mismo domicilio que cohabitaba; más sin embargo, el año 2005 al demandar la liquidación del haber de la sociedad conyugal en cambio solicita que a su esposo se lo cite por la prensa por desconocer su domicilio, contradicciones que dejan al descubierto que su intención el plantear la disolución citándole en su propio domicilio conociendo que había desaparecido, era allanar el camino para promover la liquidación y posterior la venta, en septiembre de 2008, haciendo uso del poder general que le otorgó su esposo en el año 1996, proceder a la venta de su parte y la de su esposo a su propia hija la señora YADIRA ELIZABETH CABRERA MERA, perjudicando de ésta manera los derechos hereditarios que le correspondían al hoy actor por el fallecimiento de su padre señor Luis Ariosto Cabrera Prieto, 1/4° explicando el Ad quem en forma clara y concreta porqué considera que son nulos los contratos celebrados, pues considera que la demandada Grace Ithamar Mera Andrade ha actuado dolosamente en contra de la moral y las buenas costumbres, al utilizar un poder otorgado por su cónyuge a sabiendas de que se encontraba desaparecido desde el año 2003 y que, con ese actuar, perjudicó los derechos hereditarios que le correspondían al accionante, lo que determina la existencia de causa ilícita en los contratos celebrados. Es preciso destacar, que si bien los conceptos de moral y buenas costumbres son sumamente esquivos, debido a su relatividad, éstos no pueden responder tampoco a estándares personales del juzgador (que pueden ser muy subjetivos) ni estándares religiosos (que se*

contraponen al concepto de Estado laico), razón por la cual, el juez para catalogar si un acto es contrario a la moral y buenas costumbres ha de atender a los conceptos básicos, así se podría señalar que ^a ¼ *la moral dice relación con la bondad o malicia de las conductas, en tanto las buenas costumbres parecen referirse más bien a un criterio de convivencia social.*¹² De allí que los juzgadores de instancia hayan establecido como premisa fáctica que ^a ¼ *los actos de la señora GRACE ITHAMAR MERA ANDRADE, demuestran que actuó con malicia, contrario a la moral y el orden público, debido a que conforme la prueba documental actuada, en el año 2003, demandó la disolución de la sociedad conyugal habida con su cónyuge señor Luis Ariosto Cabrera Prieto, ¼ a pesar de conocer que su esposo estaba desaparecido, no solo por el hecho de convivir con el mismo, sino también por haberse dado la noticia por la prensa (Diario La Hora) de dicha desaparición el 17 de agosto de 2003..º*, y hayan decidido en su parte resolutive, confirmar la sentencia emitida en primera instancia que declara con lugar la acción de nulidad propuesta por considerar que la demandada ha actuado con malicia, revocando únicamente lo relativo a las costas procesales. En consecuencia, este Tribunal encuentra que los razonamientos del *Ad quem* guardan una correlación armónica adecuada e inequívoca con la conclusión adoptada, no se evidencia contradicción alguna, siendo la sentencia completa, suficiente e íntegra, denotándose de su simple lectura coherencia en sus argumentos. Razón por la cual, el cargo de falta de motivación deviene en improcedente.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

19.- La compraventa, un contrato donde una parte se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero; quien da la cosa es el vendedor y el que paga el dinero, es el comprador; el dinero dado por la cosa es el precio. Se apoya en la voluntad libre y consentida de las partes, expuesta por el conocimiento y la conciencia, que obligan al trueque del bien por el precio; es un pacto autónomo, principal, de canje, equivalente y bilateral entre vivos, con formalidades que le dan plenitud. Así, la tradición de los bienes de quien está desaparecido, requiere autorización judicial y tanto lo que se enajena como su precio, debe ser legal y cierto. Por lo del desaparecido, los sucesores pueden exigir la nulidad de los actos contractuales que le asistirían al causante, al vulnerarse el trámite u autorización legal; más, si tales contratos distraen el acervo yacente, contra la delación y sucesión por causa de muerte, ese acto distractor es el objeto y la causa ilícita del instrumento. Al eludirse este procedimiento, por simulación escrituraria, como si supieren del paradero del desaparecido; el sucesor representa al causante y continúa su personalidad, para reclamar la nulidad contractual, por simulación absoluta, dado el vicio radical al afectarse alguna esencialidad. Al fijar la ley los elementos de la presunción legal de la muerte, es irrevocable el desconocimiento del paradero y falta de noticias del ausente; así, sabiéndose de la desaparición, mal se podría disponer sus bienes sin orden judicial y

12 Parraguez R, Luis. Régimen jurídico del contrato. Cevallos Editora Jurídica. Quito. 2021. P.103

acredita además lo contrario a las buenas costumbres o al orden público; pues la compraventa simulando conocimiento del paradero del desaparecido sin venia del juez, es nula, sin fuerza para obligar o causar efecto, por contrariar las leyes al carecer de la solemnidad de su sustancia o modo; decae en absoluta, la máxima sanción por carencia de solemnidad, patentizándose la nulidad de pleno derecho, tanto por un objeto y causa ilícita al adolecer de su formalidad legal, dada su naturaleza, lejos de la calidad o estado de los pactantes. Hay objeto ilícito al enajenar lo que prohíbe la ley. Hay causa ilícita si el contrato es prohibido en la ley y contrario a las buenas costumbres u orden público, al venderse sabiendo de la desaparición.

VI. DECISIÓN

18. Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil 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**, decide:

18.1.- Rechazar el recurso de casación planteado por Grace Ithamar Mera Andrade y Yadira Elizabeth Cabrera Mera, respecto de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 2 de septiembre de 2019.

18.2.- Devolver el valor total de la caución a la parte accionante que ha sido perjudicada por la demora.

18.3.- Devolver los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoria de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.-

Notifíquese y cúmplase.-

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

164517967-DFE

Juicio No. 01333-2014-0643

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 1 de diciembre del 2021, las 14h15. **VISTOS:** En virtud del recurso de casación planteado por María Leonor Saldaña Paredes, demandada, en contra de la sentencia de 29 de enero del 2018, las 11h40, emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, la misma que resuelve desestimar el recurso de apelación interpuesto por la accionada, así como la adhesión al recurso de los actores, confirmando la sentencia emitida por la Jueza *a quo*¹, que acepta la demanda de reivindicación; la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; el doctor Luis Antonio Cando Arevalo, Conjuez Nacional, admitió a trámite el medio de impugnación planteado, mediante auto de 14 de diciembre del 2018, las 09h30; así, al Tribunal de Jueces, designado por el resorteo correspondiente, le corresponde conocer y resolver el recurso extraordinario planteado; agotado el trámite de ley, el suscrito órgano jurisdiccional, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en las garantías normativas de la Ley de Casación, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, motiva la resolución por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

PRIMERO:**JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**

Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y conforme la Resolución No. 03-2021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores David Isaías Jacho Chicaiza², Wilman Gabriel Terán Carrillo³ y Himmler Roberto Guzmán Castañeda⁴, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de los doctores Carlos Ramírez Romero, Vicente Robalino Villafuerte y María Rosa Merchán Larrea, ex Jueces Nacionales, respectivamente, por ausencia definitiva de los indicados

1 Sentencia dictada el 28 de Diciembre del 2015, las 09h00, emitida por la doctora Lucía del Carmen Carrasco Veintimilla, Jueza de la Unidad Judicial Civil de Cuenca.

2 Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

3 Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

4 Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CI
0502022148

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTAÑEDA
C=EC
L=QUITO
CI
1706381975

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
WILMAN GABRIEL
TERÁN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CI
1714429675

operadores de justicia.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante sorteo de ley, efectuado el 9 de julio del 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, las garantías normativas de la Ley de Casación; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación planteado y admitido; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio de la presente resolución.

SEGUNDO:

LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*.

2.1) Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3⁵ de la Constitución de la República del Ecuador, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, establecida en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos⁶, considerando que el

5 Constitución de la República del Ecuador: ^a Art. 76.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (1/4)°.*

6 Código Orgánico General de procesos: ^a **DISPOSICIONES TRANSITORIAS: PRIMERA.-** *Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su*

caso *in examine* inició con la vigencia de la Ley de Casación y las reglas del Código de Procedimiento Civil, cuerpos normativos ultractivos para la presente causa, el presente medio de impugnación es tratado conforme los preceptos legales de dichos cuerpos de leyes.

TERCERO:

VALIDEZ PROCESAL.

3.1) El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en la Ley de Casación y el Código de Procedimiento Civil; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de la causa, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

CUARTO:

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

4.1) Los ciudadanos Gabriel Moises García Galarza y Julia Carmela Muñoz Zeas, presentan una demanda la reivindicación de un inmueble, en contra de la señora María Leonor Saldaña Paredes, en el siguiente contexto:

^a (1/4) Somos propietarios de un cuerpo de terreno ubicado en el sector "Ladera" de la parroquia Sayausi, cantón Cuenca, provincia de Azuay, que lo adquirimos mediante dos compras de derechos y acciones singulares, otorgados: La primera compraventa, por escritura pública celebrada en la Notaria Quinta de este cantón, el 18 de junio de 1999, inscrita en el Registro de la Propiedad UNO, con el número 6151, el 11 de agosto de 1999, donde la segunda compareciente, adquiere para la sociedad conyugal a la señora ROSARIO DE JESUS BACULIMA ZUMBA, viuda del señor MANUEL SANGURIMA, el 50 % de los derechos y acciones singulares, que le corresponden sus gananciales y como

presentación.^o

cónyuge sobreviviente del mentado caballero; bien raíz que se ubica en el sector "LADERA" de la parroquia SAYAUSI de este cantón y provincia, con lo siguientes linderos generales: " Por la cabecera, camino público; por el pie, terrenos de Manuela Baculima, hoy de Néstor Ortiz, mojones al medio; por el un lado, terrenos de los herederos de Manuel Sangurima; y, por el otro lado propiedades de Transito Illares, hoy Paulo Zeas." La segunda compraventa, mediante Escritura Pública celebrada en la Notaría Quinta de este cantón, el 10 de noviembre del 2009, inscrita en el Registro de Propiedad de este cantón, con el número 9960, el 30 de julio de 2010, donde la segunda compareciente, adquiere para la sociedad conyugal, a los señores MARIA DOLORES, MARIA GUADALUPE, BLANCA ROSA, JOSE MIGUEL, FLAVIO ROGRIGO y EDUARDO MARCELO SANGURIMA BACULIMA, el 50 % de los derechos y acciones singulares, que les corresponden por herencia a su finado el padre señor MANUEL SANGURIMA casado con ROSARIO DE JESUS BACULIMA ZUMBA, en el cuerpo de terreno ubicado en el sector "LADERA" de la parroquia Sayausi de este cantón y provincia, cuyos linderos son: " Por la cabecera, camino público; por el pie, terrenos de Manuela Baculima, hoy de Néstor Ortiz, mojones al medio; por el un lado, terrenos de los herederos de Manuel Sangurima; y, por el otro lado propiedades de Transito Illares, hoy Paulo Zeas" mismos que ya fueron descritos en líneas anteriores, con lo que consolidamos el 100 % de los derechos y acciones de esta propiedad para nosotros, razón por la que, al ser legítimos propietarios de la integridad del predio, con el Arquitecto Fernando Pérez, lo lotizamos, subdividiéndolos en ocho lotes como y fuera aprobado por el Concejo Cantonal de la I. Municipalidad de Cuenca, con fecha 15 de Septiembre del 2011, debidamente protocolizada en la Notaría Cuarta de este cantón el 8 de Diciembre del 2011; e inscrita en el Registro de la Propiedad de Cuenca con el No. 890 del Registro de Tomos Separados, el 16 de diciembre del 2011.-

El caso Señor Juez, es que por bondad y condescendencia con una señora de nombres MARIA LEONOR SALDAÑA PAREDES que había sabido con nuestros vendedores, ocupar las hierbas de la propiedad, cuando compramos los primeros derechos y acciones a la viuda; y luego a los herederos de Manuel Sangurima, le permitimos que siga aprovechándose de las hierbas con su ganado, pero en la parte de la propiedad que la separamos con una cerca de alambres reservándola para utilizarla como corral y un rancho que proyectamos construir. Más sucede Señor Juez, que esta señora María Leonor Saldaña Paredes en provecho de nuestra bondad y buena fe y como no siempre

pasábamos en casa por unos viajes que hemos tenido que realizar, aprovechándose de que el pasto cultivado se separa con una cerca del llano natural y como en principio se le permitió siga utilizando las hierbas, arbitrariamente ha continuado ocupando esa parte de la heredad pastando sus animales y ahora último nos enteramos, está vendiendo o arrendando el corte a un vecino de nombres Paulo Zeas aduciendo ser la dueña. Cuando le reclamamos el particular, dijo tener escrituras del terreno, ser de ella y que por tal razón, hasta lo va a vender. Ya no reconoce nuestra propiedad, pretende seguirla ocupando aún sin nuestro consentimiento, dice estar en posesión del terreno y efectivamente lo ha puesto en venta, colocando al interior de la heredad un letrero con la leyenda "SE VENDE". Naturalmente que le reclamamos sobre el particular y de una forma por demás cordial, exhibiéndole nuestros títulos le hemos pedido que desocupe nuestra propiedad y que ya no ponga más sus animales ni los de terceros; pero lo único que hemos obtenido por respuesta, han sido insultos y groserías, negándose esta señora a restituírnos la heredad, acusándonos más bien de que le queremos perjudicar, porque esas tierras dice son de ella y que tiene los títulos que lo justifican. El hecho Señor Juez, es que como la demandada señora MARIA LEONOR SALDAÑA PAREDES en forma ilegal y arbitraria, abusivamente y sin que medie permiso de parte nuestra, ha procedido a tomar posesión de una parte del predio, perturbando nuestra legítima propiedad y a pesar de las constantes reclamaciones que se han hecho, haciendo caso omiso de las mismas obstaculizando el libre uso y goce de nuestra propiedad continúa en posesión ilegal y arbitraria de la propiedad, por lo que hemos decidido demandarla. Con los antecedentes expuestos y como a la fecha, la señora MARIA LEONOR SALDAÑA PAREDES se encuentra en posesión ilegal y arbitraria de una parte de nuestra propiedad, en un área que se determina en 27.50 m por la cabecera hacia el camino público; en 24.70 m por el pie, con terrenos de Manuel Baculima hoy de Néstor Ortiz; por el un lado en 52.20 m con terrenos de Nataly Zeas, antes de Paulo Zeas; y por el otro lado en 51 m. con nuestros terrenos, afectando los lotes que han sido signados con los números 4, 5 y 6 de la lotización, como se ha de demostrar oportunamente.

Con los antecedentes expuestos y en fundamento de los artículos 933, 934, 937, 939, 950, 954 y 959 del Código Civil, demandamos a la señora MARIA LEONOR SALDAÑA PAREDES, la REINVINDICACION del mencionado inmueble y el pago de las costas a los daños y perjuicios que la posesión arbitraria ha ocasionado, reclamamos además, los deterioros que por hecho o culpa la poseedora ilegítima ha sufrido el terreno y la

restitución de todos los daños como también los frutos que el dueño hubiere podido percibir y que no lo ha hecho por encontrarse el terreno ocupado por dicha señora, de conformidad con el artículo número 971 ibídem (1/4)° (Sic).

4.2) De autos se verifica la contestación a la demanda y las excepciones planteadas, por la accionada María Leonor Saldaña Paredes, en los siguientes términos:

“Que con relación al contenido de la demanda, nada tengo que reivindicar, ya que el terreno materia del presente juicio, de mi exclusiva propiedad y de mi cónyuge, José David Tenenpaguay Illares.

No entiendo ni me explico cómo los actores, proceden a comprar derechos y acciones en un terreno que fue adquirido, por mi persona en forma legítima, de acuerdo a los títulos que estoy exhibiendo como son:

a) Una prescripción de dominio, a favor de mi cónyuge José David Tenenpaguay Illares y de mi cuñado Juan Julio Tenenpaguay Illares, ya fallecido, mediante sentencia dictada por el señor Juez Primero de lo Civil de Cuenca, en fecha 20 de Junio de 1.991, protocolizada. Ante el señor notario Primero del cantón Cuenca, en fecha el 19 de Julio de 1.991, e inscrita con el número 4.739, en fecha 20 de Agosto de 1.991.

b) Una escritura pública celebrada el día 19 de Mayo de 1.999, ante el señor notario Quinto del cantón Cuenca, e inscrita con el número 9072, en fecha 8 de Septiembre de 2.000, por el cual la compareciente María Leonor Saldaña, compra a los herederos Juan Julio Tenenpaguay Illares, Marcelo, Iván, Isabel, Patricio, Alberto Tenenpaguay Pulla, como únicos y universales herederos del causante Juan Julio Tenenpaguay Illares; y a la cónyuge sobreviviente Sra. María Josefina Pulla, los derechos y acciones singularizados, quedando con esta compra, consolidado como cuerpo cierto todo el terreno, a favor de la compareciente y mi cónyuge José David Tenenpaguay Illares en una extensión de unos 1.800 metros cuadrados aproximadamente, inmueble que nos encontramos en posesión desde el hace más de treinta años a la fecha, en forma pacífica tranquila e

ininterrumpida, como dueños y señores que lo somos, el área de terreno lo tenemos cercado con postes de cemento y de madera de alambre de pua.

Con estos antecedentes me permito presentar las siguientes excepciones:

1. Improcedencia de la acción, la misma que no reúne con los requisitos de Ley, y se está reivindicando o tratando de reivindicar algo que no tiene derecho, ya que el inmueble nos pertenece, tanto a la compareciente como a mi cónyuge, por lo que dicha acción es de nulidad absoluta.

2. Ilegitimidad de personería, tanto activa como pasiva.

3. Falta de derecho y prescripción de la acción (1/4)" (Sic)

4.3) Desarrollado el proceso, llevada a efecto la junta de conciliación, y concedido el término de prueba correspondiente, encontrándose la causa para resolver, la doctora Lucía del Carmen Carrasco Veintimilla, Jueza de la Unidad Judicial Civil de Cuenca, mediante sentencia de 28 de Diciembre del 2015, las 09h00, resuelve lo siguiente:

“(1/4)ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, declara con lugar la demanda de Reivindicación de Dominio del cuerpo de terreno ubicado en el Sector denominado “La Ladera”, de San Miguel de Putushi, de la Parroquia Sayausí del Cantón Cuenca, Provincia del Azuay. Comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones: Por el Noroeste, en 51.90m., con propiedades de Gabriel Moisés García Galarza. Por el Sureste, en 53.60m., con terrenos antes de Tránsito Illares hoy de Paulo Zeas. Por el Noreste, en 13.27m., y en 15.00m., con Camino Público. Y por el Suoeste, en 25.77m., con propiedades de antes de Manuela Baculima hoy de Néstor Ortiz. Inmueble que debe ser restituido a los actores Gabriel Moisés García Galarza y Julia Carmela Muñoz Zeas, por parte de la demandada María Leonor

Saldaña Paredes, en un término de ocho días una vez ejecutoriada esta resolución. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese.º (Sic)

4.4) Frente al recurso de apelación interpuesto por María Leonor Saldaña Paredes, demandada, y la adhesión al mismo por parte de los accionantes, el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Azuay, en sentencia de fecha 29 de enero del 2018, las 11h40, desestima el recurso de apelación interpuesto, en los siguientes términos:

ª (1/4) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la demandada María Leonor Saldaña Paredes, así como también la adhesión al recurso de los actores, confirma la sentencia recurrida. Sin costas. Con el ejecutorial, devuélvase el proceso al Juzgado de origen, para los fines de ley. HÁGASE SABER. (sic)

4.5) Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, María Leonor Saldaña Paredes, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

4.6) El abogado Luis Antonio Cando Arevalo, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 14 de diciembre de 2018, las 09h30, admitió el recurso de casación planteado por María Leonor Saldaña Paredes, y dió trámite al mismo, bajo los siguientes parámetros:

ª (1/4)SEXTO: RESOLUCIÓN.- (1/4) ADMITE a trámite la censura por las causales primera y segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, INADMITE el recurso por la causal tercera del artículo citado, por lo que de conformidad con lo ordenado en el Art. 13 ibídem, se dispone correr traslado a la contraparte para que conteste fundamentadamente el recurso dentro del término de cinco días y para los demás fines de ley, debiendo remitirse el expediente al Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia para continuar con el trámite. Notifíquese y cúmplase.º (Sic).

4.7) El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, emite providencia, disponiendo que pasen los autos para resolver, conforme las garantías normativas de la Ley de Casación.

QUINTO:

LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y MERCANTIL ECUATORIANA.

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es *“...un Estado constitucional de derechos y justicia...”*. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

*“...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...”*⁷.

⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la Constitución de la República establece lo siguiente:

“...En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...”.

Este derecho, *per se*, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la Constitución de la República es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión⁸; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión⁹.

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

8 Constitución de la República del Ecuador: Art. 182: “(¼) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”; **Art. 184:** “Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (¼)°.

9 Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190: “Art. 190.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

“...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (1/4) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (1/4) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...”¹⁰.

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la Constitución de la República del Ecuador acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

“...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos...”^o
(Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 ibídem declara lo siguiente:

“...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...”^o.

¹⁰ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *“...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”*.

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que *“...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”*.

En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) Finalmente, la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

*“...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).”¹¹, concluye sobre el tema indicando que *“(1/4) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos,**

¹¹ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

no puede sino ser una organización social y política justa...^{o 12}.

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de materializar los fines de este instituto procesal y cristalizar la justicia especializada en materia civil y mercantil, como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...^{o 13}.

La garantía normativa de la casación, está determinada en las reglas de la Ley de Casación, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 1, 2 y 3, del cuerpo normativo

12 *Ibíd*em, Pág. 28

13 Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

invocado establecen lo siguiente:

***Art. 1.-Competencia.**- El recurso de que trata esta Ley es de competencia de la Corte Suprema de Justicia que actúa como Corte de Casación en todas las materias, a través de sus salas especializadas.*

***Art. 2.-Procedencia.**- El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.*

Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.(1/4)

***Art. 3.-Causales.**-El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales:*

1ra. 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.

2da. 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.

3ra. 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.

4ta. 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.

5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.^o

Por su parte, el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, determina la siguiente regla procesal: *“La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso^o”;* de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad.

El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en la Ley de Casación, conforme lo dispuesto en su artículo 3, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la resolución impugnada.

Es preciso indicar que, *“la casación civil es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede^o, en este sentido, “rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley.”^{o14}*

El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta

14 Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y AsociADOS, Quito, 2005, pag. 41.

técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*. Mario Nájera, lo define como un ^a *recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia*^o.¹⁵

En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que ^a (1/4) *La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia*^o.¹⁶

Ahora bien, las garantías normativas de la ley de Casación, al delimitar la forma de una propuesta casacional, en su artículo 6, textualmente señala:

^a Art. 6.-Requisitos formales. - En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:

- 1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;*
- 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;*
- 3. La determinación de las causales en que se funda;*
- 4. Los fundamentos en que se apoya el recurso*^o.

Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *"...es un instituto procesal, un medio acordado*

¹⁵ Nájera, Mario, Derecho Procesal Civil, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.

¹⁶ Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica...¹⁷.

El jurista Piero Calamandrei define la casación como un instituto judicial *“...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...¹⁸”*.

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *“in iudicando”* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de casación; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

SEXTO:

ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

6.1) La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los *errores in iudicando*, los errores de derecho, existentes en la sentencia del Tribunal *ad quem*; por ello, *per se*, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación.

¹⁷ Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casacion*, Victor P. de Zavalía Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

¹⁸ Piero Calamandrei, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

A través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales previstas en la Ley de Casación, aplicable al caso.

En el *in examine*, el Conjuez Nacional designado, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **4.6)** de la presente resolución, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los cargos descritos en los **numerales 1 y 2 del artículo 3 de la Ley de Casación**; ergo, inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

Ahora bien, dada la pluralidad de cargos admitidos a trámite, es de relevancia puntualizar, el orden lógico que corresponde para su análisis, para el efecto, se considera lo que ha establecido esta Alta Corte:

“ Cuando en casación se invoca varias causales, existe un orden lógico para el estudio de las mismas. Se comienza por la causal segunda, pues si esta acusación prospera, le está vedado al juzgador de casación el seguir adelante con sus análisis y entrar a resolver sobre el fondo de la controversia, sino que, declarando la nulidad procesal a partir del instante en que el vicio se produjo, ha de reenviar el proceso en cumplimiento de lo que dispone el Art. 15 de la Ley de Casación; luego se estudia la causal quinta, que describe vicios relativos a la estructura de la sentencia (su congruencia y motivación) que subsana dictando una nueva sentencia; la cuarta, relativa a los vicios de ultra, citra, o extra petita; luego la tercera, que trata de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas relativas a la valoración de la prueba que hayan llevado a la violación de una norma sustantiva; finalmente, se estudiará la causal primera, que se refiere la infracción de normas sustantivas de derecho” .¹⁹

Conforme lo indicado *ut supra*, una de las causales admitidas a trámite, es la establecida en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley de Casación; ergo, corresponde primigeniamente el análisis de dicho cargo, al tenor de la jurisprudencia invocada.

¹⁹ Gaceta Judicial serie XVII No. 10 del año 2002, pág. 3063.

6.2) Estudio de la causal segunda prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación, en relación con el argumento planteado por la casacionista.

El debido proceso es un derecho de protección que contiene múltiples garantías para las personas; *per se*, implica la existencia de mecanismos de tutela y de efectividad concretos dentro de un proceso, e incorpora la exigencia del cumplimiento de requisitos y condiciones formales previamente establecidas en las normas como seguridad para las partes procesales de que sus derechos serán discutidos en un proceso justo e imparcial; el mandato de optimización analizado involucra la existencia de un procedimiento que debe desarrollarse conforme parámetros mínimos que permitan la defensa de sus intereses, en igualdad de armas.

La ordenación del proceso exige el cumplimiento de unos requisitos y condiciones mínimas de orden formal; partiendo de ese presupuesto, los Jueces tienen el deber de conducir los procesos dentro de los lineamientos preestablecidos, sin contradicciones, evitando yerros u omisiones que ocasionen perjuicios a las partes procesales; las actuaciones judiciales deben enmarcarse en los principios de legalidad y seguridad jurídica, en cuanto no es discrecional al Juez ni a las partes, apartarse de la ley procesal que señala un camino y un orden para los actos procesales, de modo que deben - los Jueces- observar plenamente las formalidades propias de cada juicio, las mismas que se establecen como garantías normativas en la legislación procesal, observando el respeto de los derechos fundamentales y los principios que rigen el sistema procesal vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia.

La dirección de los procesos a cargo de los Jueces, debe respetar la forma del trámite fijado en la ley y sus actuaciones están sometidas a las reglas fijadas en ella, como límites-garantías para las partes procesales, considerando desde luego las formalidades esenciales o sustanciales que no pueden dejarse al arbitrio ni del Juez ni de las partes procesales, y las accidentales que no vulneren derechos fundamentales del debido proceso (derecho de defensa, etc.), esto es, que el debido proceso no se refiere a las meras formas.

En la estructura del Código de Procedimiento Civil, la nulidad, *per se*, no es un recurso taxativo; es

una garantía normativa que procura que el órgano jurisdiccional verifique las actuaciones de la causa en el ámbito procesal, para la concreción del debido proceso, en cualquier etapa del procedimiento o estado del juicio; la existencia de una causal de nulidad, acarrea una sanción extremadamente grave que se reserva para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, la observancia de los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que, para acceder a ésta, se deben observar ciertos principios procesales como: especificidad (*taxatividad*), trascendencia y convalidación, a saber: **a)** principio de especificidad o legalidad, el cual consiste en que no hay nulidad sin texto legal expreso; **b)** principio de trascendencia, que establece que en virtud del carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino que además exista un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad, y **c)** principio de convalidación, el cual hace referencia a que, toda anomalía formal que constituya causal de nulidad no siempre genera la invalidez del acto procesal, toda vez que se permite en principio su saneamiento y convalidación, siendo la excepción a esta regla la existencia de nulidades insanables.

Ergo, para arribar a una nulidad, la causa de la misma, debe estar expresamente consignada como tal en la norma jurídica y dicho motivo debe haber influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: en primer término, se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo término, el órgano jurisdiccional sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

La nulidad solo debe ser declarada si el evento procesal que la ha causado, ha tenido influencia en la decisión de la causa, lo cual atiende al principio de trascendencia, que rige a esta institución procesal. La nulidad es, básicamente, un concepto genérico que hace referencia a una sanción hacia el acto procesal. La nulidad en el proceso es una declaración judicial que deja sin efecto un acto procesal por violaciones de las garantías constitucionales y de la ley; que busca excluir todo o una parte del proceso en cuya sustanciación no se ha cumplido con las solemnidades esenciales exigidas por la ley adjetiva. La razón jurídica para la existencia de la nulidad es porque es el medio idóneo para impugnar la vigencia de un proceso que adolece de vicios sustanciales. Mediante éste se pone de manifiesto el interés del Estado para que se sustancien procesos que sean firmes y estén libres de vicios que afecten al ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales.

El Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador señala:

^a (...) El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades^o.

El fin inmediato de la ley procesal es entonces la aplicación de la disposición legal al caso concreto. Lo que se busca en todo este andamiaje constitucional, es hacer cumplir los derechos que el Estado garantiza a todo ciudadano, entre ellos el derecho al debido proceso y sobre todo la defensa.

En razón de lo anotado, se puede colegir que las causales de nulidad procesal buscan *^a (1/4) proteger el orden lógico en el que se deben desarrollar los actos procesales, al igual que las formalidades que son de obligatorio cumplimiento para dotarlos de validez (1/4)^o20.*

Al hablar de las nulidades procesales, la Corte Nacional de Justicia, ha indicado:

^a (1/4) la infracción a una solemnidad sustancial, inclusive aunque haya causado perjuicio a las partes litigantes en un primer momento, no puede servir para declarar la nulidad, si tal detrimento ha quedado subsanado mediante un acto posterior del juez o de las partes, que ha servido para garantizar la efectiva vigencia de los derechos procesales que fueron puestos en riesgo, por la omisión de los requisitos de validez de determinado acto (1/4)^o21.

6.2.1) Ahora bien, en el régimen procesal aplicable al caso, como garantía normativa, para garantizar el debido proceso, se ha establecido una causal de casación, la misma que procede cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales,

20 Ecuador, CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, caso Nro. 647-2014. Acurio López.

21 Ecuador, CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, caso Nro. 627-2012. Estado ecuatoriano Vs. García Sabando.

que hayan viciado al proceso de nulidad.

En el *in examine*, la causal elegida, por la parte recurrente, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es precisamente la causal referida en el párrafo precedente, establecida en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 3.- Causales.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes Causales:(1/4)

2da. 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°.

Conforme las ideas desarrolladas *ut supra*, en relación con la causal objeto de análisis, no toda violación del procedimiento es motivo de casación. La garantía normativa es explícita al señalar que el cargo procede únicamente por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocando indefensión, bajo el supuesto de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

Santiago Andrade Ubidia, sobre este punto refiere:

“Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado en la ley como causa de nulidad; b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las

partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia).

Los vicios que privan al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no existe en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso, inciden en la constitución de la realidad procesal²².

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma procesal violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo elegido (*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*), debe ir relacionado con la violación de una norma procesal, que debe

²² Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, Andrade&Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 2005, 1era edición, p. 116 y 117.

ser identificada claramente.

- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (*debida fundamentación y demostración*).
- La violación de la norma procesal, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, debe haber viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y haber influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. (*principio de trascendencia*).

6.2.2) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con el yerro *in iure* acusado por la parte recurrente, quien señala:

^a (1/4) *FALTA DE APLICACIÓN DE NORMAS PROCESALES (1/4)*

Señores Jueces, al comparecer a este proceso y dar contestación a la infundada demanda, establecí en mi generales de ley, que soy de estado civil casada, adjunte dentro de la etapa probatoria el título escriturario con el que adquirí los derechos y acciones que poseían tanto la viuda del señor Juan Tenempaguay Illares así como a sus herederos, título escriturario de fecha 19 de mayo de 1999, en el que en la cláusula segunda se dice que la compradora, es decir la suscrita es casada con el señor José David Tenempaguay, es decir se demostró que mi estado civil es el de casada, ya en esta instancia se adjuntó la respectiva partida de matrimonio de la suscrita con el señor JOSE DAVID TENEMPAGUAY ILLARES, partida de matrimonio en la que no se encuentra inscrita sentencia alguna de divorcio o de disolución de la sociedad conyugal, por lo tanto si la suscrita se encontraba en posesión del predio materia de la litis como legítima propietaria, esta posesión no es a título personal, es decir que esta posesión era a favor de la sociedad conyugal que la tengo formada con mi cónyuge JOSE DAVID TENEMPAGUAY ILLARES, sociedad conyugal o de bienes que hasta la fecha se encuentra vigente y que no ha

sido disuelta, por lo que al no haber sido demandado y citado dentro de este proceso, se lo ha dejado en clara indefensión, es decir que esta omisión de la parte actora ha hecho que se provoque la indefensión de mi antes citado cónyuge, puesto que no se le ha permitido acceder a la administración de justicia a hacer valer sus derechos, no se lo ha permitido a deducir excepciones. La norma legal contenida en el Art. 346 del C. Procedimiento Civil establece cuales son la solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, y en su numeral tercero establece la legitimidad de personería, norma legal que no ha sido aplicada por los señores Jueces al emitir la sentencia recurrida, y que por esta omisión de dicha formalidad debió ser rechazada la demanda pero nada se ha pronunciado esta Sala; es decir que la falta de aplicación de la norma legal antes citada ha llevado a la indefensión de mi cónyuge en este proceso. La Sala Especializada de lo Civil de la Corte Nacional en la sentencia dictada dentro del proceso ordinario reivindicatorio propuesto por Elder Coello Astudillo en contra de Manuel Mayaguari Berrezueta y otros, la misma que consta publicada en la Gaceta Judicial Serie XVIII No. 8 pág. 2763, "La legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso. Es decir que, para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones. Por lo dicho "... no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquellas debían ser partes en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso", (Hernando Devis Echandía Teoría General del Proceso, 3ra Edición, Buenos Aires, Editorial Universal, 2004, p 259), es decir no existe la litis consorcio necesaria, pues la legitimación estaría incompleta y no será posible la sentencia de fondo. La falta de legitimación en causa implica el rechazo de la demanda no la nulidad procesal" por lo que acogiendo lo antes transcrito, se puede deducir es que la demanda que nos ocupa debió ser rechazada por no haber contado con las personas que debieron comparecer al proceso, como es el caso de mi cónyuge antes nombrado, pues que no existe la legitimación al no haberse también contado con el copropietario del bien inmueble materia de este proceso, por lo que esta demanda de plano debe ser rechazada.(1/4)".

6.2.3) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de falta de aplicación del artículo 346 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

^a Art. 346.- Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias:

(1/4)

3. Legitimidad de personería; (1/4)^o

Ahora bien, **la falta de aplicación** de la ley, en el caso 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas procesales, que a su vez vician el proceso de nulidad insanable o provocan indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

6.2.4) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta impugnatoria, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen la casación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto, se analiza lo siguiente:

6.2.4.1) Como primer punto corresponde establecer la naturaleza jurídica de la institución jurídica de la reivindicación, objeto de la controversia, así como quienes son los llamados a constituirse como legitimados activos y como legitimados pasivos.

La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

En torno al legitimado para ejercer la reivindicación, el artículo 937 del Código Civil, indica que *^a La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa^o*, sin embargo, también, se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por

prescripción, pero dicha acción no valdrá, ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho (artículo 938 del Código Civil).

Por otra parte, el legitimado pasivo, es decir, contra quién se puede reivindicar, el artículo 939 del Código Civil, señala: *“La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor”*. El mero tenedor de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene. Si alguno, de mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reivindica, sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor. La acción de dominio tendrá también lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que, por haberla enajenado, se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio. El reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación. Se precisa recordar que *“1/4 la acción reivindicatoria 1/4, se origina en el derecho de dominio, por lo que el actor tiene que comprobar su calidad de dueño de la cosa materia de la reivindicación y que los demandados la poseen en la actualidad”*²³, en este sentido, los requisitos indicados en el artículo 933 y siguientes del Código Civil, según la jurisprudencia son: la existencia de la cosa singular sobre la que va a versar la acción; la existencia del dueño de la cosa singular, y que la posesión de la cosa no la tenga el titular del dominio²⁴.

Ahora bien, la norma cuya falta de aplicación se acusa (artículo 346 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil), tiene relación con la legitimidad de personería, como solemnidad sustancial común a todos los juicios. Para abordar el tema, en breves líneas, corresponde referirnos a la *“Legitimatio ad processum”* y *“legitimatio ad causam”*. La legitimación en la causa, conocida también como *legitimatio ad causam*, es la que le permite a una persona formular o contradecir una pretensión. Para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legítimo contradictor). En cambio, la *legitimatio ad processum* se refiere a la capacidad jurídico procesal de las partes o a la representación para intervenir en juicio a nombre de otro. En este segundo caso sí estamos frente a un presupuesto procesal, de modo que la falta de capacidad de quien se presenta como parte procesal o el no tener la representación que se invoca, ocasiona lo que en nuestro lenguaje procesal se conoce como ilegitimidad de personería.

23 (Gaceta Judicial, Serie XII, No. 2, pág. 363)

24 (Gaceta Judicial XV, No. 1 pág. 196-197, 27-X-1987)

Dicho lo anterior, es claro que el cuestionamiento de la recurrente, tiene relación exclusiva con la legitimación en la causa (*legitimatío ad causam*) que tiene su cónyuge José David Tenempaguay Illares, en la presente acción, ya que increpa que dicha persona tenía derecho para formular excepciones y contestar la demanda como legitimado pasivo.

Hernando Devis Echandía, al respecto señala: ^a1/4 *no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas; y b) Cuando aquellas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso*^{o25}.

El núcleo del cargo casacional, aduce la falta de *litisconsorcio pasivo necesario*, sin embargo, dicha cuestión, conforme el régimen procesal aplicable, no determina la existencia de un error *in procedendo*, a contrario sensu, dicha cuestión es parte de la determinación fáctica y procesal que incide en la decisión del órgano judicial en torno a la posibilidad o no de emitir un pronunciamiento sobre el fondo del conflicto, como se analizará más adelante.

6.3) Estudio de la causal primera prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación, en relación con el argumento planteado por la recurrente.

La causal elegida, por la recurrente, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es la establecida en el artículo 3 numeral 1 de la Ley de Casación, cuyo tenor es el siguiente:

Art. 3.-Causales.-El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: (1/4)

Ira. 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^o.

²⁵ Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004. Pág. 259.

Esta Alta Corte, ha delimitado el cargo objeto de análisis, en el siguiente contexto:

“ 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 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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la 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 del artículo 3 de la Ley de Casación, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distintas a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al 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, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.”²⁶

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma:

²⁶ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más..

Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).

- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo casacional elegido (*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (*debida fundamentación y demostración*)
- La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, debe haber sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

6.3.1) En el caso *in examine*, *prima facie*, se establece que, al plantear el cargo casacional, la recurrente, invoca la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, la cual contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutive²⁷, ante lo cual esta Alta Corte ha

²⁷ Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Editorial Andrade & Asociados Quito, 2005

señalado:

^a ¼ se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente^o 28

6.3.2) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con el yerro *in iure* acusado por la parte recurrente, quien señala y acusa lo siguiente:

*^a El Art. 3 causal 1 de la Codificación de la Ley de Casación dispone: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, hayan sido determinantes de su parte dispositiva". En la sentencia dictada en esta instancia por parte del Tribunal ad quem, se ha realizado **una aplicación indebida de la norma legal contenida en el Art. 1757 del Código Civil; errónea interpretación de los Art. 933, , 937, 939 del Código Civil vigente; así como también una errónea interpretación del precedente jurisprudencial** al que hace referencia en el auto definitivo que resuelve el recurso horizontal de aclaración de la sentencia, este es el contenido en la Gaceta Judicial CI, serie XVI I, No. 4, página 939, 06-09-2000.*

La casacionista afirma en su fundamentación, lo siguiente:

^a (¼) Señores Jueces, ante la ilegal sentencia dictada en primera instancia y en la que se declaraba con lugar la demanda presentada por los cónyuges García Muñoz, es que la suscrita interpuso el correspondiente recurso de apelación, recurso que fuera legalmente fundamentado en el momento procesal oportuno y que

28 Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 19999

corre a fojas cuatro del expediente de segunda instancia, sentencia recurrida en la que en su numeral cuatro dice la señora Juez A quo, que la suscrita al contestar la demanda alega que a más de ser poseedora del bien materia de la reivindicación, tengo el dominio del inmueble, y **que adjunto la copia certificada de la sentencia ejecutoriada y ejecutada y debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, sentencia que no es otra de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio otorgada a favor de mi cónyuge y mi cuñado, pero se dice que no he demostrado ser cónyuge del señor a quien se lo otorgó la prescripción, así mismo se indica que la suscrita ha adjuntado un título escriturario de fecha 19 de mayo de 1999 inscrito con el numero 9072 el 8 de septiembre del 2000, titulo escriturario con el que adquiero el cincuenta por ciento del inmueble que le correspondía a mi cuñado Juan Julio Tenempaguay y su cónyuge María Josefina Pulla; es decir que, el inmueble materia de este proceso fue adquirido por uno de los modos de adquirir el dominio de los bienes como es la PRESCRIPCION ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO, esto es mediante sentencia dictada por el señor Juez Primero de lo Civil de Cuenca con fecha 20 de junio de 1991 e inscrita con el número 4739 con fecha 20 de agosto de 1991, dentro de la demanda presentada por los hermanos JUAN JULIO y JOSE DAVID TENEMPAGUAY ILLARES en contra de la señora ROSARIO BACULIMA ZUMBA, quien fuera citada y quien comparece al proceso contesta la demanda y propone excepciones, y que luego del trámite de rigor el señor juez dicta la sentencia correspondiente y es a la que hecho referencia en líneas anteriores, la misma que se encuentra ejecutoriada y ejecutada, conforme así lo reconoce la señora juez A quo. Señores Jueces, la sentencia antes citada, no solo da el dominio del predio a los demandantes, sino a la sociedad conyugal que tiene formado cada uno de ellos, es decir a la sociedad conyugal formada por un lado por: JOSE DAVID TENEMPAGUAY ILLARES y MARIA LEONOR SALDAÑA PAREDES (demandada); y por otro lado la sociedad conyugal formada por JUAN JULIO TENEMPAGUAY y MARIA JOSEFINA PULLA ILLARES; tanto es así que luego del fallecimiento del señor Juan Julio Tenempaguay Illares, la suscrita compra mediante escritura celebrada con fecha 19 de mayo de 1999 ante el señor Notario Quinto de este cantón, los derechos y acciones singulares fincados en el predio materia de este proceso, tanto a la cónyuge sobreviviente María Josefina Pulla Illares así como a sus legítimos herederos de apellido Pulla Illares; en la cláusula segunda de dicho título escriturario se indica que los vendedores dan en venta y perpetua**

enajenación con transmisión de dominio y posesión a favor de la señora María Leonor Saldaña Paredes casada con el señor José David Tenempaguay, título escriturario que fuera adjuntado al proceso en primera instancia y reproducido como prueba, pero la señora Juez A quo, o no leyó este título escriturario o no quiso darle el valor jurídico, a más de que en este mismo documento se hace constar los linderos del predio sobre el cual reposan los derechos y acciones que la suscrita adquiriría, y en que se indica que por un costado con Rosario Baculima y herederos de José Sangurima, debiendo resaltar que estos colindantes son los vendedores a los hoy actores de este proceso; y que además que con esta compra consolidaba el derecho sobre la totalidad del inmueble; por lo tanto el lote de terreno en el cien por ciento paso a ser de los cónyuges JOSE DAVID TENEMPAGUAY ILLARES y MARIA LEONOR SALDAÑA PAREDES; predio sobre el cual hemos estado en posesión por más de treinta años. La señora Jueza A quo también ha indicado en su ilegal sentencia que el derecho de dominio sobre un bien inmueble se demuestra con el correspondiente título de propiedad, lo que adjunto la suscrita es precisamente los dos títulos de propiedad, es decir la sentencia dictada por el señor Juez Primero de lo Civil de Cuenca del año 1991 así como la escritura de compraventa de los derechos y acciones detallada en líneas anteriores, además indica la señora juez que la suscrita no ha presentado el certificado del señor Registrador de la Propiedad que de fe que los títulos presentados están vigentes. La apreciación equivocada que hace la señora Juez A quo sobre la inscripción de los títulos le lleva a determinar que el título de los actores está inscrito antes que el título que ostenta la suscrita, sin realizar un minucioso estudio del origen del título de la parte demandada, que data del año 1991 y que no es más que una sentencia ejecutoriada y ejecutada, legalmente protocolizada e inscrita en el Registro de la Propiedad, la misma que hasta la fecha no ha sido declara nula por sentencia ejecutoriada; siendo las razones antes descritas por las que se declara con lugar la demanda.

Señores Jueces, como lo decía anteriormente, ante la ilegal e infundada sentencia, es que presente recurso de apelación para que en segunda instancia, y luego del trámite de rigor, sea un Tribunal conformado por jueces especialistas en derecho civil, ya que la Sala a la que correspondía conocer el proceso en segunda instancia es la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, es que podía obtener una sentencia justa y apegada a derecho, pero por el contrario hoy nos encontramos ante una sentencia que ha ratificado la ilegalidad cometida en primera instancia, y que pese a haber

demostrado hasta la saciedad que la suscrita es la verdadera propietaria del inmueble materia de este proceso ha desestimado el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia, sentencia contra la que hoy me veo en la imperiosa necesidad de presentar el recurso de casación que me asiste a fin de que la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional acogiendo este recurso sea quien haga justicia y declare que no procede la acción reivindicatoria del predio materia de este proceso.

*En líneas anteriores, indicaba que este recurso de casación lo fundamentaba en el numeral 1 del Art. 3 de la Codificación de la Ley de Casación, y en primer lugar indicaba que en la sentencia recurrida se había realizado una aplicación indebida de la norma de derecho contenida en el Art. 1757 del Código Civil, fundamentado sobre esta causal debo indicar que; en el numeral cuarto del considerando quinto de la sentencia, Ustedes han citado la norma legal contenida en el Art. 1757 del C. Civil, norma legal que se encuentra dentro del Libro Cuarto del Código Civil, de las Obligaciones en General y de los Contratos, dentro del Título XXII Parágrafo 5 y que regula el contrato de COMPRAVENTA, el porqué de la aplicación de dicha norma, si en este proceso estamos frente a la Institución de la Reivindicación, regulado en el Título XIII del Libro Segundo del Código Civil, de los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso, Goce y Limitaciones. Señores Jueces, respetando el criterio vertido en la sentencia dictada en esta instancia, pero dejando en claro que no se lo comparte, no se entiende el por qué aplicar la norma legal contenida en el Art. 1757 del Código Civil, **si no estamos frente a una compra venta realizada simultáneamente a dos personas, que es lo que regula dicha norma legal, no es el caso, estamos frente a un proceso reivindicatorio en donde, se discute el dominio o la propiedad de un bien inmueble, tanto es así que la reivindicación es la acción que tiene el dueño de un bien o cosa singular que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela, según la norma legal contenida en el Art. 933 del Código Civil; es decir que, es propio de este tipo de procesos la discusión de la posesión y el dominio del bien objeto de la reivindicación, la norma legal del Art. 1757 dispone: "Si alguno vende separadamente una cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro. Si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido. Si no se ha entregado a ninguno, prevalecerá el más antiguo"** debo recalcar una vez más, no estamos frente a una venta a dos personas, es decir que Rosario Baculima y los herederos*

*de José Sangurima, no han dado en venta simultáneamente tanto a los actores así como a la demanda el predio materia de este proceso, conforme a la prueba documental presentada por al suscrita, ha quedado demostrado que el predio materia de este proceso fue adquirida por los hermanos JOSE DAVID y JUAN JULIO TENEMPAGUAY ILLARES mediante sentencia dictada por juez competente, en el año de 1991, sentencia que a la fecha se encuentra ejecutoriada y ejecutada y que así mismo a la fecha no ha sido declarada nula, sentencia que tiene calidad de título de propiedad a favor de los antes citados hermanos; siendo la suscrita cónyuge de José David Tenempaguay Illares, conforme lo he demostrado con la partida de matrimonio adjuntada en esta instancia, por el contrario, los actores han adquirido por compra venta, en primer lugar derechos y acciones a la señora Rosario Baculima en el 1999, y en el año 2010 por compra de derechos y acciones a los herederos de Manuel Sangurima; por lo tanto estamos frente a dos modos de adquirir el dominio de un inmueble, por un lado la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, declarada por un juez competente mediante una sentencia ejecutoriada y ejecutada válida hasta la fecha; y por otro lado dos contratos de compra venta de derechos y acciones, que recién con el contrato celebrado en el año 2010 se consolida la propiedad a favor de los actores; por lo tanto **no es aplicable la norma legal del Art. 1757 el Código Civil como erróneamente lo han aplicado. Ustedes Señores Jueces. En el supuesto no consentido que se debía aplicar dicha norma legal, quienes hemos estado en posesión desde hace más de treinta años somos la demandada y mi cónyuge, razón de la sentencia de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio; así como el título más antiguo ostentamos la suscrita y mi cónyuge, la sentencia data de 1991; existe la confusión de Ustedes Señores Jueces, el título de propiedad del año 1986 es de la hoy fallecida Rosario Baculima, y no de los actores, que datan del año 1999 y 2010.***

Señores Jueces, en el auto dictado con fecha Cuenca, lunes 26 de febrero de 2018, las 15h51, se dice, contrario a lo afirmado en la sentencia, que el Tribunal ha confrontado los dos títulos a fin de establecer cuál de los dos títulos es eficaz para que opere la tradición, pero en la sentencia se aplica el contenido del Art. 1757 del Código Civil; lo que da a entender que para Ustedes carece de eficacia una sentencia ejecutoriada y ejecutada dictada dentro de un proceso judicial declarado válido y por juez competente y que a la fecha no ha sido declarada nula, con este

critério, respetado pero no compartido, me pregunto, que seguridad jurídica existe en este país con el criterio impuesto por vosotros en este proceso en donde se deja sin ningún valor jurídico a una sentencia dictada dentro de un proceso. Señores Jueces, lo que no se ha entendido o no se ha querido entender es que, el predio materia de esta litis formó parte de un cuerpo de mayor extensión que fuera de propiedad de la señora Rosario Baculima, la misma que fue demandada por los hermanos JOSE DAVID y JUAN JULIO TENEMPAGUAY ILLARES, por haber poseído dicho cuerpo de terreno desde el año de 1970, y luego del trámite de rigor el señor Juez de la causa dicta a favor de los citados hermanos la sentencia por el cual adquieren el dominio del inmueble y siendo dicha sentencia el título de propiedad que a la fecha se halla vigente; por lo tanto el título más antiguo es la sentencia dictada en el año de 1991 y la posesión la hemos tenido desde el año de 1970; la confrontación y estudio al que este Tribunal debió someter son los títulos de propiedad de las partes procesales, es decir de actor y demandado, y no de terceras personas ajenas a la litis, como es el título de Rosario Baculima del año de 1986, lo lógico y legal solo los títulos de quienes han comparecido al proceso, DE ACTOR Y DEMANDADO (1/4)

ERRONEA INTERPRETACION DE LAS NORMAS LEGALES CONTENIDAS EN LOS ART. 933, 937, 939 DEL CODIGO CIVIL.

En el considerando quinto de la sentencia, se indica que la reivindicación esta reglada por nuestra ley sustantiva en el Art. 933 del C Civil, y se transcribe el contenido de dicha norma legal, que muy claramente dispone que la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela; además se indica en este mismo considerando que, son tres los elementos que necesariamente debe concurrir para que prospere la acción de dominio: un dueño no poseedor, un poseedor no dueño, y una cosa singular; y se hace alusión a que la doctrina y la jurisprudencia añade un cuarto elemento, que no es más que, la plena identidad entre el bien que impetra reivindicar el dueño no poseedor y el bien que el reivindicado no dueño se encuentra en posesión, se ha demostrado hasta la saciedad, tanto en primera instancia como en esta instancia con títulos de propiedad, que la suscrita es legítima propietaria del bien inmueble que los actores pretender reivindicar, además que Ustedes manifiestan en el numeral 4 del

mismo considerando quinto, que "El auxiliar que interviene en la causa determina que en definitiva se trata del mismo cuerpo de terreno cuando expresamente señala a Fs. 75 del cuaderno de primer nivel: Como se puede observar de la revisión de los títulos escriturarios presentados tanto por la parte actora como por parte demandada, los linderos y colindantes corresponden al mismo terreno", es decir que si la acción reivindicatoria es la que tiene el dueño no poseedor contra el poseedor no dueño, el por qué Ustedes Señores Jueces me consideran solo como poseedora y no como legítima propietaria del bien, y se confirma la sentencia de primera instancia y además se dice que en esta caso se hallan cumplidos todos y cada uno de los presupuestos facticos para que prospere la acción.

Las normas legales contenidas en los Art. 937 y 939 del Código Civil, son claras y muy bien entendibles, ya que se dispone que la acción reivindicatoria o de dominio corresponde al propietario de la cosa que se pretende reivindicar, en el caso que nos ocupa, al propietario del bien inmueble ubicado en el sector la Ladera de la parroquia Sayausi, predio que luego de haber sido inspeccionado por la señora Juez A qua y emitido el informe por el señor auxiliar de justicia, se llega a determinar que se trata del mismo bien inmueble del que tanto actores como demandados dicen tener título de propiedad, debiendo acotar que en esta instancia se me negó la inspección judicial, solicitada como prueba por la suscrita, y que no tenía otra finalidad que Usted Señores Jueces, en base al principio de inmediación, conozcan el predio a fin de que se haga el examen o reconocimiento del predio materia del litigio; es decir que estamos frente a dos propietarios, al existir dos títulos de propiedad, ya no cabe la acción reivindicatoria, puesto que los actores al decir que son dueños, la suscrita por lado también alega que, a más de ser poseedora, es también propietaria, según lo dispuesto por la norma legal contenida en el Art. 939 del Código Civil la acción de dominio se debe dirigir contra el actual poseedor, no se dice contra otro propietario, en este caso, no se cumple los requisitos establecidos por la norma legal del Art. 933 del Código Civil, como así se indica en la sentencia recurrida, que se dice que se hallan cumplidos cada uno de los presupuestos facticos para que prospere la acción, si la acción de dominio es la que tiene el dueño no poseedor en contra de poseedor no dueño para que se lo restituya en este caso el predio singularizado y determinado por el señor perito, pero la suscrita no solo es poseedora sino también ostento título de propiedad como es una sentencia dictada por juez competente, ejecutoriada y ejecutada.º. (Sic)

6.3.3) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener los cargos de aplicación indebida y errónea interpretación de la ley sustantiva.

La indebida aplicación de la ley, opera cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución.

La aplicación indebida, de acuerdo a la técnica de la casación, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma que corresponde realmente.

De los conceptos expuestos, se evidencian dos presupuestos: 1. Que la norma con la que se subsumieron los hechos, no es la aplicable al caso; y 2. Que producto de ello, la disposición que la regula fue inaplicada, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

El autor Humberto Murcia Ballén, explicando la aplicación indebida señala:

^a el error in judicando no se encuentra en la premisa mayor del silogismo, osea, al seleccionar la norma aplicable y determinar su validez, sino en la premisa menor porque es al subsumir los hechos establecidos dentro de la hipótesis de la norma elegida cuando el error puede cometerse²⁹.

El cargo de **errónea interpretación de la ley**, por su parte, opera cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso en concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal, soslayando el ámbito teleológico de la norma cuestionada.

²⁹Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Sexta Edición, Bogotá, Colombia, p. 331.

El autor Jorge Carrión Lugo explicando esta causal señala:

^a Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla³⁰.

Per se, la errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juzgador al dar desacertadamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador, que utiliza para resolver la controversia judicial³¹.

6.3.4) La norma cuya aplicación indebida se acusa, es la descrita en el artículo 1757 del Código Civil, cuyo tenor establece:

^a Si alguno vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro. Si ha hecho la entrega a los dos, aquél a quien se haya hecho primero será preferido. Si no se ha entregado a ninguno, prevalecerá el título más antiguo.^o

Por su parte, las normas cuya errónea interpretación se sostiene son las determinadas en los artículos, 933, 937, 939 del Código Civil, que establecen:

^a Art. 933- La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela^o.

^a Art. 937.- La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa^o.

³⁰ Jorge Carrión Lugo, *El Recurso de Casación en el Perú, Volumen I*, Segunda Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 218.

³¹ Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2558. (Quito, 20 de enero de 1998)

ª Art. 939.- La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.º.

6.3.5) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen la casación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto, se analiza lo siguiente:

Como primer punto corresponde establecer la naturaleza jurídica de la institución jurídica de **la reivindicación**, objeto de la controversia.

La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

Respecto de las cosas que pueden reivindicarse, la legislación sustantiva indica que pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles. Exceptúanse las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. El artículo 936 del Código Civil, indica que *ª Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singularº.*

En torno al legitimado para ejercer la reivindicación, el artículo 937 del Código Civil, indica que *ª La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosaº,* sin embargo, también, se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción, pero dicha acción no valdrá, ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho (artículo 938 del Código Civil).

Por otra parte, el legitimado pasivo, es decir, contra quién se puede reivindicar, el artículo 939 del Código Civil, señala: *ª La acción de dominio se dirige contra el actual poseedorº.* El mero tenedor

de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene. Si alguno, de mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reivindica, sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor. La acción de dominio tendrá también lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que, por haberla enajenado, se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio. El reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación. Contra el que poseía de mala fe, y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyese. De cualquier modo que haya dejado de poseer, y aunque el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor, respecto del tiempo que ha estado la cosa en su poder tendrá las obligaciones y derechos que corresponden a los poseedores de mala fe, por razón de frutos, deterioros y expensas.

6.3.6) Del ámbito conceptual y normativo desarrollado *ut supra*, en relación con lo que la doctrina enseña sobre la reivindicación, se establece que para la procedencia de dicha acción, deben confluír los siguientes requisitos: **a)** Que el actor demuestre ser dueño del inmueble a reivindicar; **b)** Que el bien se encuentre en posesión del demandado a fin de que sea éste quien lo restituya; y, **c)** Que se trate de una cosa singular, debidamente individualizada. Se precisa recordar que ^a $\frac{1}{4}$ *la acción reivindicatoria* $\frac{1}{4}$, *se origina en el derecho de dominio, por lo que el actor tiene que comprobar su calidad de dueño de la cosa materia de la reivindicación y que los demandados la poseen en la actualidad*³², en este sentido, los requisitos indicados en el artículo 933 y siguientes del Código Civil, según la jurisprudencia son: la existencia de la cosa singular sobre la que va a versar la acción; la existencia del dueño de la cosa singular, y que la posesión de la cosa no la tenga el titular del dominio³³.

6.3.7) Dicho lo anterior, es claro que el cuestionamiento de la recurrente, en su contexto, conforme lo descrito en el apartado **6.2.4.1)** de esta resolución, tiene relación con la legitimación en la causa (*legitimatio ad causam*) que tiene su cónyuge José David Tenempaguay Illares, en la presente acción, ya que increpa que dicha persona tenía derecho para formular excepciones y contestar la demanda como legitimado pasivo, con lo cual, el núcleo de la propuesta casacional, se refiere a la falta de *litisconsorcio pasivo necesario*, lo que derivaría en la errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil, en torno a uno de los requisitos de la reivindicación.

32 (Gaceta Judicial, Serie XII, No. 2, pág. 363)

33 (Gaceta Judicial XV, No. 1 pág. 196-197, 27-X-1987)

6.3.8) En relación a la legitimación pasiva (legitimación en causa), respecto a la acción reivindicatoria, la doctrina señala lo siguiente:

^a (1/4) Legitimación pasiva (contra quien se puede reivindicar)

La acción reivindicatoria debe dirigirse normalmente contra el actual poseedor de la cosa que se pretende recuperar. Por excepción puede entablarse contra el que dejó de poseerla, caso en el cual alguna doctrina y jurisprudencia la denomina reivindicación figurada o ficta³⁴; e incluso, más excepcional todavía, contra el mero tenedor.

1. Contra el poseedor actual de la cosa (1/4)

2. Contra poseedores proindiviso

Si dos o más personas poseen en común la cosa que se pretende reivindicar, la acción debe dirigirse contra todos los comuneros, debido a que en esa modalidad de dominio ninguno de ellos representa a los demás³⁵

3. Contra los herederos del poseedor (1/4)

4. Contra el ex poseedor de la cosa (1/4)^o ³⁶

Ergo, la acción reivindicatoria cabe contra poseedores proindiviso, entonces, si dos o más personas poseen en común la cosa que se pretende reivindicar, la acción debe dirigirse contra todos los comuneros, debido a que en esa modalidad de dominio ninguno de ellos representa a los demás; ergo, para la procedencia de la acción, la legitimación pasiva (legitimación en causa) necesariamente estará conformada por todos quienes están en posesión del bien.

6.3.9) Dicho lo anterior, en relación con el caso concreto, se avizora que de los hechos fijados como ciertos, se tiene lo siguiente:

³⁴ Cfr., Sentencia de la Corte Suprema de Chile, Sala 1a, 28 de Junio de 2011 (<http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-333062882>).

³⁵ Cfr., A. Alessandri Rodríguez y M. Somarriva Undurraga; op. Cit., Derecho civil^{1/4}, Tomo II, p.807.

³⁶ Luis Parraguez Ruiz, Régimen Jurídico de los bienes, Editoria Jurídica Cevallos, Quito-Ecuador, 2021, p. 752-755.

- Los cónyuges Gabriel Moises García Galarza y Julia Carmela Muñoz Zeas, ostentan títulos de propiedad de un cuerpo de terreno ubicado en el sector ^aLadera° de la parroquia Sayausi, cantón Cuenca, que lo adquirieron mediante dos compras de derechos y acciones singulares, otorgados: *La primera compraventa*, por escritura pública celebrada en la Notaría Quinta del cantón Cuenca, el 18 de junio de 1999, inscrita en el Registro de la Propiedad, el 11 de agosto de 1999, por la cual, adquieren a la señora Rosario de Jesús Baculima Zumba, viuda del señor Manuel Sangurima, el 50 % de los derechos y acciones singulares, que le corresponden a sus gananciales y como cónyuge sobreviviente del mentado caballero; bien raíz que se ubica en el sector ^aLadera° de la parroquia Sayausi, con lo siguientes linderos generales: Por la cabecera, camino público; por el pie, terrenos de Manuela Baculima, hoy de Néstor Ortiz, mojones al medio; por el un lado, terrenos de los herederos de Manuel Sangurima; y, por el otro lado propiedades de Transito Illares, hoy Paulo Zeas°. *La segunda compraventa*, mediante escritura pública celebrada en la Notaría Quinta del cantón Cuenca, el 10 de noviembre del 2009, inscrita en el Registro de Propiedad, el 30 de julio de 2010, por la cual adquieren a los señores María Dolores, María Guadalupe, Blanca Rosa, José Miguel, Flavio Rodrigo y Eduardo Marcelo Sangurima Baculima, el 50 % de los derechos y acciones singulares, que les corresponden por herencia a su finado padre señor Manuel Sangurima casado con Rosario de Jesús Baculima Zumba, en el cuerpo de terreno ubicado en el sector ^aLadera° de la parroquia Sayausi de este cantón y provincia, cuyos linderos son: ^aPor la cabecera, camino público; por el pie, terrenos de Manuela Baculima, hoy de Néstor Ortiz, mojones al medio; por el un lado, terrenos de los herederos de Manuel Sangurima; y, por el otro lado propiedades de Transito Illares, hoy Paulo Zeas.
- Los cónyuges María Leonor Saldaña Paredes y José David Tenenpaguay Illares, tienen títulos de propiedad respecto del bien inmueble cuya reivindicación se persigue: a) Uno de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, según sentencia dictada por el Juez Primero de lo Civil de Cuenca, de 20 de Junio de 1991, protocolizada, ante el Notario Primero del cantón Cuenca, el 19 de Julio de 1991, e inscrita el 20 de agosto de 1991; y, b) Una escritura pública celebrada el día 19 de

Mayo de 1999, ante el Notario Quinto del cantón Cuenca, e inscrita el 8 de Septiembre de 2.000, por la cual, María Leonor Saldaña (casada con José David Tenenpaguay Illares), compra a los herederos Juan Julio Tenenpaguay Illares, Marcelo, Iván, Isabel, Patricio, Alberto Tenenpaguay Pulla, como únicos y universales herederos del causante Juan Julio Tenenpaguay Illares, y a la cónyuge sobreviviente señora María Josefina Pulla, los derechos y acciones singularizados, quedando con dicha compra, consolidado como cuerpo cierto todo el terreno objeto de reivindicación.

- Los títulos de propiedad que ostentan tanto los accionantes, cuanto la demandada, tienen relación con el mismo bien inmueble.
- María Leonor Saldaña Paredes ostenta el estado civil de casada con José David Tenenpaguay Illares, lo que jurídicamente genera la sociedad conyugal entre sí, la misma que no ha sido enervada según los hechos fijados procesalmente.
- En los títulos de propiedad ostentados por la demandada, se fija como cierto que: en cuanto al título de dominio del bien adquirido vía prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, uno de los legitimados activos fue José David Tenenpaguay Illares (cónyuge de María Leonor Saldaña Paredes); por otra parte, en cuanto al título de compra venta, se tiene como cierto que se ha consolidado a favor de María Leonor Saldaña Paredes casada con José David Tenenpaguay Illares, la propiedad del inmueble en disputa.

De los hechos fijados como ciertos, señalados *ut supra*, se establece que los cónyuges María Leonor Saldaña Paredes y José David Tenenpaguay Illares, constituyeron por mandato legal la sociedad conyugal, la misma que no ha sido enervada según los hechos fijados como ciertos; *per se*, la reivindicación o acción de dominio, según lo resaltado por este Tribunal, debía ser ejercida mediante la demanda dirigida a dichas personas en conjunto, puesto que, en el caso objeto del litigio, al tener

títulos de propiedad, dichos ciudadanos en su esfera cognitiva y volitiva tenían la seguridad de tener el dominio del inmueble objeto de la controversia y por tal efecto la posesión del mismo, tanto más que, en efecto, se establecen actos posesorios como señores y dueños y no como meros tenedores de la cosa.

Sin embargo, la acción reivindicatoria, fue planteada únicamente en contra de la ciudadana María Leonor Saldaña Paredes, bajo el supuesto de que era la única poseionaria -excluyendo a quien como cónyuge y como legitimado activo en la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio (que dio origen a uno de los títulos de propiedad), también estaba en posesión del bien objeto del litigio, según la teoría del caso, jurídica, y probatoria, planteada en la contestación a la demanda y las excepciones planteadas por la demandada-; referida hipótesis (única poseionaria) constituye una falacia argumentativa, ya que los hechos fijados como ciertos, determinan que María Leonor Saldaña Paredes y José David Tenenpaguay Illares, tenían la convicción de tener el dominio del bien inmueble cuya reivindicación se reclama, y también ostentaban el *corpus* y el *animus* que configura la posesión.

Sobre la base de los hechos fijados como ciertos, es evidente que el *ad quem*, incurrió en una errónea interpretación de los artículos 933 y 939 del Código Civil, al sostener que *“la ilegitimidad de personería hace relación a la capacidad para comparecer a juicio por sí mismo, y no por el ministerio de otra u otras personas, capacidad que constituye la regla general, siendo la incapacidad la excepción, pudiendo ser ésta absoluta, como el caso de los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, cuyos actos no producen ni aún obligaciones naturales y no son susceptibles de ratificación; relativa, como el caso de los menores adultos y las personas jurídicas, cuyos actos pueden ser ratificados por quien tiene su representación legal; y especial o particular, como la que la ley ha establecido para ciertas personas, como el notario que no puede ser heredero o legatario de la persona cuyo testamento solemniza, o el juez que tiene la prohibición de adquirir los bienes del deudor que se venden por su ministerio. En la especie, ninguna de estas incapacidades se ha demostrado conforme a derecho (1/4) Consecuentemente de conformidad con el análisis expuesto y, de la prueba analizada, se aprecia que en el caso materia de nuestro juzgamiento, se hallan cumplidos todos y cada uno de los presupuestos fácticos para que prospere la acción así: de la inspección judicial y sobre todo del informe pericial, se identifica a plenitud el inmueble que pertenece a los accionantes; en cuanto a la titularidad de los demandantes del derecho de dominio demandado, se lo prueba plenamente a través de los*

certificados del Registro de la Propiedad ya examinados; igualmente, existe plena identidad entre el inmueble pretendido por los actores y poseído por la demandada; y por último la posesión material de la demandada, se encuentra acreditada con la prueba testimonial de la actora.^o, dejando de lado la interpretación singular que tienen referidas normas en tratándose de poseedores proindiviso, conforme los postulados desarrollados *ut supra*; ya que, al estar determinado y fijado como cierto que los cónyuges María Leonor Saldaña Paredes y José David Tenenpaguay Illares, ostentan el *corpus* y el *animus* que configura la posesión, sería insólito, por decir lo menos, configurar el *litisconsorcio pasivo necesario*, sin contar con uno de ellos, para configurar el tercer requisito de la institución analizada, referente a que la acción de dominio procede contra el actual poseedor o actuales poseedores del bien; *per se*, se vislumbra la primera parte de la proposición jurídica del cargo de errónea interpretación.

Por otra parte, la veraz interpretación que corresponde dar a los artículos 933 y 937 del Código Civil, en tratándose de poseedores proindiviso, como el caso que nos ocupa, derivado de una sociedad conyugal que tiene títulos de dominio respecto de un bien inmueble que está en su posesión, es que, la reivindicación o acción de dominio debe dirigirse contra todos los poseedores, para configurar el *litisconsorcio pasivo necesario*.

Configurada la proposición jurídica completa en torno a la errónea interpretación de las normas acusadas, se avizora además que, el yerro *in iure* en el que incurrió el Tribunal de apelación, es trascendente para la causa, ya que, para la procedencia de la reivindicación o acción de dominio, emprendida, debía configurarse una adecuada legitimación en causa (pasiva), que en el caso concreto, se lograba con una acción de dominio incoada en contra de los dos cónyuges y no solo de uno de ellos, como de autos consta.

6.4) Sobre la base de lo indicado *ut supra*, la legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso. Es decir que, para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones. Por lo dicho ^a *no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllas*

*debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso.*³⁷, es decir, no existe el litisconsorcio necesario, pues la legitimación estaría incompleta y no será posible la sentencia de fondo. La falta de legitimación en causa, en el caso, implica el rechazo de la demanda, no la nulidad procesal.

Ergo, por la inadecuada configuración de la legitimación en causa, la demanda no podía prosperar, *a contrario sensu*, de lo que el *ad quem* decide, en torno a la confirmación de la sentencia del *a quo*, que acepta la demanda de reivindicación, lo que a todas luces es trascendente en el *in examine*, por lo cual el cargo casacional objeto de análisis es procedente.

6.5) Conforme la garantía normativa establecida en el artículo 16 de la Ley de Casación, dada la procedencia del recurso de casación planteado, corresponde casar la sentencia en mérito de los hechos establecidos en la sentencia; ergo, en ese escenario, se reitera la motivación esgrimida en apartados anteriores; además, por cuanto, de los hechos fijados como ciertos, se verifica que la reivindicación o acción de dominio demandada versa sobre un bien inmueble cuya posesión la tienen los cónyuges María Leonor Saldaña Paredes y José David Tenenpaguay Illares; toda vez que, la acción de dominio, en tratándose de poseedores proindiviso, como el caso que nos ocupa, derivado de una sociedad conyugal que tiene títulos de propiedad respecto de un bien inmueble que está en su posesión, debe dirigirse contra todos los poseedores, para configurar el *litisconsorcio pasivo necesario*; se concluye que, la acción incoada en contra de tan solo María Leonor Saldaña Paredes, deriva en una incompleta conformación de litis consorcio, y por ende en una falta de legitimación en causa, *per se*, dicha circunstancia es razón suficiente para emitir sentencia inhibitoria.

SÉPTIMO:

DECISIÓN.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 16 y más pertinentes de la Ley de Casación, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS**

³⁷ Hernando Devis Echandia, Teoría General del Proceso, 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universal, 2004, p. 259

LEYES DE LA REPÚBLICA,**RESUELVE:**

7.1) Declarar la procedencia del recurso de casación planteado por María Leonor Saldaña Paredes, demandada, por el caso 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, en torno a la errónea interpretación de los artículos 933 y 939 del Código Civil, normas de derecho sustantivo, determinantes en la parte dispositiva de la sentencia impugnada.

7.2) Casar la sentencia emitida el 29 de enero del 2018, las 11h40, por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Azuay; ergo, conforme la garantía normativa establecida en el artículo 16 de la Ley de Casación, tomando en cuenta que, la acción de reivindicación incoada tan solo en contra de María Leonor Saldaña Paredes, pese a verificarse la existencia de poseedores proindiviso, deriva en una incompleta conformación del litisconsorcio pasivo necesario, y por ende en una falta de legitimación en causa, *per se*, se dicta sentencia inhibitoria respecto de la demanda planteada por Gabriel Moises García Galarza y Julia Carmela Muñoz Zeas; se dejan a salvo las acciones correspondientes, que tengan los legitimados activos en torno a su ^a petitum°.

7.3) Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, dada la aceptación del medio de impugnación, conforme el artículo 12 de la Ley de Casación, corresponde que el Tribunal *a quo*, cancele la misma.

7.4) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

164910807-DFE

Juicio No. 17230-2018-04360

JUEZ PONENTE: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 7 de diciembre del 2021, las 10h59. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Himmler Guzmán Castañeda, doctor David Isaías Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que fueron electos conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, que habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura; y, al ser encargados en los respectivos despachos acorde a las facultades de la Corte Nacional de Justicia, más el sorteo de ley realizado, por el cual ha correspondido conocer esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la Resolución dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 29 de julio de 2020, dentro de la causa ordinaria que, pretendiendo la nulidad absoluta de un convenio privado de compraventa, sigue el doctor Fernando Rodrigo Heredia Arroyo en calidad de procurador judicial de Pablo Vinicio Núñez Tubón en contra de la Corporación Ecuatoriana de Construcciones S.A. CECSA, representada por su Gerente General y Presidente, señores Seve Lech Burgos Neacato y Gustavo Alberto Burgos Cabezas, respectivamente.

1.1.- Proceso que dicha Sala, lo conoció a virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada por el Juzgador de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, el 21 de noviembre de 2019, que aceptó parcialmente la demanda y declaró la nulidad absoluta del convenio de compraventa suscrito el 29 de marzo de 2008 entre Pablo Vinicio Núñez Tubón y la Corporación Ecuatoriana de Construcciones S.A. CECSA, disponiendo que esta última cancele al accionante la suma de dieciséis mil noventa y nueve dólares con veinte centavos, más los intereses de mora calculados desde la fecha de citación con la demanda; desechando el pago de daños y perjuicios.

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
WILMAN GABRIEL
TERAN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CJ
1714429675
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTANEDA
C=EC
L=QUITO
CJ
1706381975
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CJ
0502022148
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho recurso de apelación, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en lo medular, decide rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia subida en grado.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la parte accionada, deduce recurso de casación, convirtiéndose de esta manera en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales admitidas en el recurso de casación: Al recibirse el planteamiento casacional, por sorteo, es conocido por el respectivo Conjuez Nacional, doctor Carlos Vinicio Pazos Medina, quien, mediante auto de 13 de abril de 2021, luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido el mismo por el único caso invocado, esto es, por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (*en adelante COGEP*).

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, la compañía recurrente, a través de su abogado defensor, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, el cual fue debatido por la contra parte, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

5.- Intervención de la defensa técnica de la compañía recurrente: En lo relevante señala que la sentencia impugnada incurriría en falta de aplicación de los artículos 2392, 2414 y 2415 del Código Civil, lo cual se subsumiría al hipotético del caso cinco del artículo 268 del COGEP. Aduce que el fallo en su apartado 3.2., establece como premisa fáctica, que el contrato fue suscrito el 29 de marzo de 2008, por tanto, para que pueda pedirse su nulidad debería haberse ejercido la correspondiente acción dentro de los diez años contados desde su suscripción como lo dispone el artículo 2415 del Código Civil; no obstante, al momento de presentarse la demanda, la acción ya se habría encontrado prescrita. Adiciona que la sentencia en su punto 3.4., analiza el artículo 18 del cuerpo legal invocado que consagra las reglas de interpretación de la ley, pero esto sería un mero enunciado, tanto más que no se estaría analizando en su sentido natural y obvio el contenido de los artículos 2392, 2414 y 2415 *ídem*. Así mismo, la sentencia en su número 3.6., al efectuar el análisis de la causa no estaría revisando la prescripción alegada. Solicita se case la sentencia y se rechace la demanda por encontrarse prescrita la acción.

6.- Intervención del abogado de la contraparte: Por principio de contradicción, se escuchó a la contraparte, quien en lo sustancial expresó que la fundamentación realizada por la compañía

recurrente estaría omitiendo contar hechos relevantes en la causa, como por ejemplo, que cuando se habría presentado la demanda por nulidad de contrato y devolución de dinero, la acción habría estado vigente; que, en primera instancia se acogió la excepción de prescripción de la acción deducida por la parte demandada, de la cual se interpuso recurso de apelación y los jueces provinciales lo habrían aceptado, tomando como fundamento el último inciso del artículo 2414 del Código Civil que especifica que el tiempo para que opere la prescripción extintiva, se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible; por tanto, si la compañía demandada se sentía perjudicada, podía haber interpuesto recurso de casación de dicha resolución pero no lo hizo. Hechos que evidenciarían que lo relativo a la prescripción de la acción ya fue analizado y resuelto oportunamente, y que, lo único que estaría pretendiendo el casacionista, es demorar la ejecución de la sentencia. En esa virtud, solicita se rechace el recurso interpuesto.

III CONSIDERANDOS

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 4, 184, 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269, inciso primero, del COGEP y por efectos de la Resolución 03-2021 de la Corte Nacional de Justicia; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, así pues, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violación a solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de los casos invocados, admitidos en fase previa de admisibilidad: Como quedó establecido, en el párrafo 3 de esta sentencia, en concreto los casos admitidos por vía casacional, son los contenidos en el numeral cinco del artículo 268 del COGEP, cuyo contenido es:

“5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”

10.1.- El caso cinco atiende a vicios *in iudicando*, atingentes a normas de derecho pertenecientes a la órbita sustantiva y han de ser invocados siempre que hayan sido determinantes o decisivos en la parte dispositiva de la sentencia. Con respecto a los vicios previstos en la norma podemos señalar que la aplicación indebida, radica en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador ha seleccionado una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la norma acertada para solucionar la cuestión. Mientras que la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar la controversia. Por último, se tiene que la errónea interpretación es un yerro, donde si bien el juzgador selecciona la norma adecuada, se aleja del espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra destinada la norma para dar la solución a la problemática planteada.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, se tiene que el yerro delimitado para estudio de este Tribunal, es la falta de aplicación de los artículos 2392, 2414 y 2415 del Código Civil, relativos a la prescripción de las acciones ordinarias.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- Se acusa de falta de aplicación de los artículos 2392, 2414 y 2415 del Código Civil. El apartado 3.2., del fallo muestra la premisa fáctica, de que el contrato es de 29 de marzo de 2008; y, para

demandar su nulidad se debió hacerlo dentro de los diez años contados desde su suscripción acorde al artículo 2415 *ibídem*; más, cuando se demandó, la acción ya había prescrito. El punto 3.4., de la sentencia, deja enunciado el artículo 18 *supra* sobre las reglas de interpretación de la ley, sin analizar el sentido natural y obvio de los artículos 2392, 2414 y 2415 *ídem*. Dentro del punto 3.6., la sentencia, omite revisar la prescripción alegada.

12.1.- Problema jurídico a resolver: De la abstracción realizada, surge la siguiente interrogante ¿Cuáles son los plazos de prescripción extintiva ante la nulidad absoluta de documentos que contienen relaciones jurídicas contractuales? interrogante que será analizada y resuelta en los siguientes párrafos:

¿Cuáles son los plazos de prescripción extintiva ante la nulidad absoluta de documentos que contienen relaciones jurídicas contractuales?

13.- Sobre el instrumento privado: De manera genérica se asume que el documento privado es aquel celebrado por escrito sin solemnidad alguna; y cuando este contiene una convención de la que se distingue un concurso real de las voluntades, en los términos del artículo 1453 del Código Civil, se ha de verificar si una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, como lo dicta el artículo 1454 *supra*, donde se ha de distinguir sobre todo ^a¼ *las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales*° (Art. 1460 del C.C.). Para esta distinción, conforme el artículo 1719 del Código Civil, ^a *El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos*°. De la revisión de la sentencia impugnada, se tiene que en el número 3, del Apartado VII ^a *Motivación*°, aparece que de ^a¼ *las exposiciones de los justiciables, es primordial que*¼ *analice detenidamente el documento*¼ *denominado "CONVENIO DE COMPRA VENTA"*°, *motivo de la controversia y que fue anunciado y producido como prueba de las dos partes; y, que fue reconocido que fue suscrito por los contendientes, lo cual, no es motivo de controversia*¼ °, en el presente caso habla de un reconocimiento simple del instrumento, ya que por su esencia ha de degenerarse a otro contrato diferente, que en la especie no ha sido elevado a escritura pública, preservando su sustancia de documento privado, sin dejar de acatar las exigencias de ley por su objeto y por su causa; más adelante añade en el número 3.1, de dicho apartado que: ^a¼ *En el No. 1, de ese documento*¼

CECSA, ^a ¼ se compromete a mantener reservado, sin ser vendido la Casa # 12B (¼); hasta que el Sr.(a) Pablo¼ Núñez¼ haya abonado el 30% del costo total de la propiedad, momento en el cual se entregara la documentación¼ para el trámite ante la Institución Financiera que prestara el 70% restante o la cancelación directa por parte del cliente.º ¼ de esta cláusula, en su sentido natural y obvio, se infiere: a) Que la¼ demandada, mantendrá reservada y sin ser vendida la vivienda, hasta que el actor cancele el 30% del valor¼ de la Casa No.12-B; y, b) Que la¼ demandada se compromete a entregar la documentación suficiente para el trámite ante la Institución Financiera que prestará el 70% restante o le entregará rectamente la documentación respectiva al actor, si éste cancela directamente.- (¼) muestra claramente que la intención de CECSA, es venderle una casa al accionante¼ para que esto se produzca, primero el actor debe cubrir el 30% del valor total de la casa¼ para que CECSA le entregue la documentación¼ para el financiamiento del restante 70%; o al mismo cliente si aquél cancela o paga directamente sin financiamiento; mientras tanto, CECSA se compromete a mantener reservada la casa y a no venderla¼ °. De este contenido se advierte que hay una intención precontractual, por lo que acorde al artículo 1570 del Código Civil, ^a La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes (¼) °; la indicada norma contiene dos presupuestos, uno negativo y otro positivo. En lo que respecta a lo negativo, dice que: ^a La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna¼ °, lo cual guarda armonía con el artículo 7 numeral 6 del Código en uso, al establecer que ^a Las meras expectativas no constituyen derechoº. Por lo tanto, el punto de partida yace que en un primer momento la promesa ± expectativa, por sí sola no produce derechos. La segunda parte, ^a ¼ salvo que concurran las circunstancias siguientes (¼) °, es decir que la ley marca de forma taxativa los casos y los motivos en que una promesa pueda producir alguna obligación; estos presupuestos, son:

- ^a 1. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código;
2. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces;
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y,
4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.º

13.1.- De esto, se advierte que al tratarse de inmuebles, para su validez, el documento requiere se realice por escrito, conforme al artículo 1740 inciso segundo del Código Civil, que estipula: ^a La venta de bienes raíces¼ no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se

ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito^o, por lo que, la promesa es un acto previo a materializar la compraventa, que requiere la solemnidad de la escritura pública; por lo que la promesa de compraventa de bienes raíces, debe hacerse por escritura pública y como fuente de obligaciones el precontrato, al reunir los presupuestos definidos en el artículo 1570 del Código Civil, su límite de rango de alcance de la obligación, se circunscribe dentro del contenido de las cláusulas del contrato a tono con la ley. En este sentido, el instrumento descrito en el numeral 3 y los subsiguientes numerales del acápite VII, del fallo indicado, carece del presupuesto del artículo 1719 del Código Civil, para que tenga el valor de escritura pública; en consecuencia, de forma irremediable, se trata de un instrumento privado, que a la luz del artículo 1723, *ibid.*, ^a *¼ hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato*^¼^o. Por ello, el documento denominado ^a *CONVENIO DE COMPRA VENTA*^o, es un acuerdo entre dos partes, sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas, constreñidas en el objeto del pacto; no se trata sólo de la generación de una obligación o compromiso, sino de regular una relación jurídica existente entre las partes, que no se limita a la expectativa de transferencia de propiedad, sino también a la obligación de las partes de instrumentar el contrato con apego a la ley, al ser un consentimiento mutuo para adquirir o enajenar un derecho, constreñido en una actuación privada que revela una declaración de voluntad capaz de producir efectos jurídicos al no encontrarse las partes incurso en lo preceptuado en el artículo 1461, por ende, el instrumento privado que contiene una manifestación de voluntad, tiene fuerza vinculante para las partes, al cumplirse ciertos complementos o esencialidades dispuestas en la Ley.

14.- Sobre la acción de nulidad contra instrumento privado: Lo nulo, de manera general es lo ^a *Falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo.*^o, así lo define la Real Academia de la Lengua Española. La acción de nulidad respecto de instrumentos atinentes a negocios jurídicos, puede incoarse tanto como acción o excepción y dentro de estas, se encuentran las nulidades absolutas y relativas. Para comprender este último tópico (ya que el pleito *in examine*, esta orientado a la nulidad absoluta de un negocio jurídico), recurriendo a la teoría de la nulidad de los contratos, se tiene que ^a *La nulidad y anulabilidad son las categorías típicas de la invalidez del negocio jurídico, expresivas de los que se ha denominado ^a ineficacia estructural^o, por cuanto su ineficacia deriva de defectos, vicios en la formación o celebración del negocio (imperfección inicial), en contraposición con la*

*llamada ineficacia funcional, que supone un negocio regularmente formado que contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho*¹. Esto por cuanto la nulidad y la anulabilidad aplicables a contratos y escrituras públicas de compraventa de inmuebles son los conceptos que más suelen confundirse en el derecho civil al ser usados con considerable imprecisión. La nulidad, surge cuando la convención se celebra violando una prohibición legal siendo entonces la sanción de pleno derecho. Es relevante destacar que la nulidad, radical o de pleno derecho, es la imperfección del contrato que le impide producir efectos que le son propios, como suscita en el caso *sub judice*, al haberse celebrado el acto jurídico sin las solemnidades previstas para el caso de bienes inmuebles. Visto el artículo 1698, inciso primero del Código Civil, que dice: *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas*”²; esta absolutez, es radical y de pleno derecho dicha nulidad. Conforme al artículo 1476 del Código Civil, toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer: y, según el artículo 1483 no puede haber obligación sin una causa real y lícita, siendo *“causa”* la razón que induce al acto o contrato. La doctrina sostiene que la causa *“1/4 no es otra cosa que el motivo determinante de la obligación”*^{1/4} Pero las soluciones del derecho positivo representan una transacción entre las exigencias de la seguridad y las exigencias de la moralidad en la conclusión del contrato², no obstante, por lo variados y diversos que pueden ser los motivos y la imposibilidad de conocerlos la mayor parte de las veces, es conducente buscar en los elementos materiales del contrato la razón de ser de la obligación; en el número 3.4 del acápite VII, del fallo en estudio, reza: *“1/4 la Regla 2a. del Art. 18 del Código Civil dispone que: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas”*^{1/4} pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal;”²; mientras que el Art. 1481 *ibídem*, no distingue entre contrato y convención y los tiene como sinónimos; así: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”*²; sin embargo, la doctrina las distingue^{1/4} manifestando que la convención o convenio es un acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico que puede o no consistir en crear o extinguir derechos; mientras que el contrato es una especie, clase o tipo de convención que tiene por objeto crear derechos personales o créditos^{1/4} el contrato es la convención generadora de obligaciones; por tanto, no hay duda que nos encontramos frente a un contrato de compraventa y no a un convenio de compraventa, aún cuando la parte demandada así lo haya denominado y quiera darle el sentido de *“contrato de reserva”*^{1/4}²; pues

1 Beltrán, Carmen, “La nulidad de los contratos”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2009, pág. 21

2 Boffi Boggero, Luis M.. 1973. *Tratado de las obligaciones*. 2. Buenos Aires: Astrea.

la ilicitud de la causa supone la concurrencia de causa, que se vicia al oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal fin. Señala el Código Civil, que hay objeto ilícito en la enajenación (i) de las cosas que no están en el comercio, (ii) de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, (iii) de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello³, así como también (iv) en las deudas contraídas en juegos de azar, (v) en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y, (vi) generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes.⁴ Mientras que, hay causa ilícita en aquellos actos o contratos prohibidos por ley, contrarios a las buenas costumbres o al orden público, en este sentido, ejemplifica el artículo 1483 que, cuando se promete dar algo en pago de una deuda que no existe, ese acto carece de causa y, la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene en cambio, causa ilícita. La ilicitud de la causa supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, *“ elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio, descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes”*⁵

14.1.- La ley declara eficaz y la reputa perfecta a la compraventa de bienes raíces celebrados mediante escritura pública debidamente inscrita; y la promesa de compraventa, debe instrumentarse de la misma manera para cobrar rigor, respondiendo a una condición, de tal suerte que el cumplimiento de esta sea el elemento que falta para materializar la tradición, para que así acorde al último inciso del artículo 1560 del Código Civil, al ir *“ Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente”*, norma constreñida en el artículo 1569 *supra*, que determina *“ Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya: 1. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y, 2. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.”*, dotando de esta manera entidad de fuerza legal a la obligación. En consecuencia la fuerza de las obligaciones radica en que constituyen negociaciones preliminares que no siempre conducen a la elaboración del pretendido contrato definitivo, sino que en ocasiones desembocan en un contrato preparatorio en virtud del cual las partes se comprometen a celebrar otro contrato cuyas bases dejan definidas, se lo podría denominar un precontrato, el cual es bilateral, pues engendra obligaciones para ambas partes; cumple una función económica y social de relevancia si

³ Artículo 1480 del Código Civil.

⁴ Artículo 1482 del Código Civil.

⁵ Sentencia 83/2009, de 19 de febrero de 2009. Tribunal Supremo de España - Sala Primera de lo Civil.

existen razones que impiden a los pactantes concluir en ese acto el contrato definitivo; ya, por estar ligados por un vínculo contractual incompatible; ya, por carecer de posibilidades económicas en ese momento; ya, por tener que ser solucionadas algunas cuestiones relativas al bien objeto del contrato; ya, en fin, en muchas ocasiones, se pretende con el precontrato asegurar situaciones jurídicas futuras estableciendo una inicial vinculación entre las partes, pero sin provocar aún la inmediata eficacia del negocio fin; dice el número 3.3, del apartado VII, del fallo recurrido, que: *“^a ¼ resulta lógico que el propósito, la intención y el anhelo de las partes, era la compraventa de la Casa No. 12-B, que la intención no era sólo la de ^a reservar^o ¼ aquella vivienda, pues de acuerdo con las constancias procesales la actividad comercial de ¼ CECSA, no es la de ^a reservar^o casas, sino de construirlas y venderlas en el futuro, siendo el pago de la reserva un mecanismo de asegurar una futura venta; por tanto, no tiene sustento jurídico la impugnación ¼ respecto de que en aquel convenio, en ningún momento se estableció que el bien inmueble al que se refiere, se daría en venta o que se prometió vender; en ese orden, de ideas, el Art. 1576 del Código Civil que dispone: ^a Conocida la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.^o; tomando en cuenta que en aquél convenio taxativamente se considera al accionante como promitente comprador (Cláusula No.10); quien con las facturas originales ¼ que según la cláusula No. 4, son las únicas válidas para cualquier reclamo posterior, ya dio el primer paso para comprar una vivienda; pues, pagó el porcentaje del 10% de la reserva y se encontraba cancelando el 20% restante mediante cuotas mensuales, para cubrir el 30% de la entrada y con ello tener acceso a la documentación respectiva para el financiamiento o directamente si cancelaba sin financiamiento y suscribir la escrituras definitivas ¼^o; el inamovible cuadro fáctico de la sentencia denota un pre contrato, que desde una postura clásica, este instrumento al concurrir sus presupuestos de exigibilidad es un verdadero contrato en virtud del cual las partes se obligan a contratar en el futuro el contrato definitivo. El objeto del precontrato es la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual. En caso de incumplimiento solo existiría la posibilidad de reclamar ya su penalidad o los daños y perjuicios y más no la de exigir la ejecución del contrato definitivo; para lo cual el instrumento ha de estar blindado con el cumplimiento de sus esencialidades propias, por ello, es que la sentencia cuestionada acota en el punto 3.6 del apartado en estudio, que ^a ¼ el Art. 1740 del Código Civil, dispone que: ^a La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: La venta de bienes raíces ¼ no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito ¼^o, en concordancia con ¼ el Art. 1570 ibídem ¼ ^a La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código.^o; mientras*

que el Art. 1697 del mismo cuerpo legal decreta que: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa." ; mientras que el Art. 1698 *ibídem* manda que: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito de formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas." ¼ al amparo de estas disposiciones¼ el contrato que se discute, no se ha celebrado cumpliendo¼ las solemnidades dispuestas por la ley¼ que tratándose de un bien raíz, la compraventa o¼ promesa¼ tuvo que efectuarse mediante escritura pública¼ el Art. 1699 del Código Civil, establece que: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y no puede sanarse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que pase de quince años.", de lo cual se deduce la correcta aplicación de la ley por parte del *Ad-quem*.

15. Sobre la prescripción extintiva en particular de la acción de nulidad absoluta.- La prescripción en los términos del artículo 2392 del Código Civil, es un modo de adquirir las cosas ajenas o, de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. La prescripción extintiva o prescripción de acciones, es aquella por la que se extinguen o prescriben las acciones por el mero lapso de tiempo fijado por la ley, unido a su no ejercicio; el artículo 2414, prevé que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Entonces la prescripción de las acciones judiciales, ocasiona la inexigibilidad de las obligaciones civiles (extinción) lo que las transforma en obligaciones naturales. Ahora bien, la legislación prevé que quien quiera aprovecharse de la prescripción, debe alegarla, encontrándose el juez, imposibilitado de declararla de oficio, esto en virtud del principio de justicia rogada que rige al proceso civil en concordancia con el derecho a la seguridad jurídica "De lo contrario, el riesgo de error judicial podría ser elevado, dado que si los hechos en que se basa la pretensión no han sido expuestos por las partes, el juez puede no estar en condiciones de apreciar los avatares que aquella haya sufrido (vgr. interrupción, suspensión) y, por lo tanto, podría provocarse indefensión al demandante, que no podría formular alegaciones en contra, ni practicar pruebas tendentes a desvirtuarla. Además, en términos procesales, la excepción se configura como un hecho nuevo y excluyente, pero no extintivo de la pretensión o del derecho del demandante."⁶ Regla que no se aplica a la acción de nulidad absoluta, pues por disposición legal ésta

6 Camino Sanciñena Asurmendi - Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla - Pedro del OLMO GARCIA -

no solo puede, sino que debe ser declarada de oficio por el juez cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. Por su parte, el artículo 2415 del Código Civil, prevé [en alusión a la prescripción] que este tiempo es *“^a 1/4 en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.^o”*, entendiéndose que la regla general es que las acciones ordinarias prescriben en diez años contados desde que la obligación se haya hecho exigible, como lo ordena el inciso final del artículo 2414 *ídem*. Sin embargo, no todas las acciones que se tramitan en vía ordinaria prescriben en diez años, el mismo Código Civil establece varias distinciones o excepciones, como el caso de la nulidad relativa que por disposición del artículo 1708 del Código Civil prescribe en cuatro años, siempre que alguna ley especial no hubiere designado otro plazo; similar situación ocurre con la nulidad absoluta, cuando el artículo 1699 especifica que ésta *“^a 1/4 no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.^o”* Debiendo especificarse que si bien la ley no habla propiamente de prescripción sino de ratificación, por lógica jurídica se entiende que si el acto no es susceptible de ratificación o confirmación tampoco lo es de prescripción, al menos durante el tiempo que la propia norma fija, pues sería contradictorio negar la confirmación y admitir la prescripción, ya que esto equivaldría a permitir la confirmación tácita del acto por el solo transcurso del lapso de la prescripción.⁷ En este sentido la doctrina ha dejado sentado que, si ni la voluntad de las partes puede hacer revivir un acto viciado, menos aún, podría hacerlo el solo transcurso del tiempo, pues si pudiera sanearse una falencia de aquellas que provocan la nulidad absoluta de un acto o contrato ± como por ejemplo la causa u objeto ilícitos ± menudo favor haría la prescripción a la justicia y a la seguridad jurídica, valores supremos a los que debe apuntar todo ordenamiento jurídico.⁸ No obstante, si bien *a priori* la nulidad absoluta deviene en imprescriptible según las múltiples doctrinas que han sido citadas, y según nuestra propia legislación que al redactar la norma ha establecido una doble negación cuando señala que *“^a 1/4 no puede sanearse por la ratificación de las partes, **ni** por un lapso que **no** pase de quince años.^o”*, lo que permite deducir que la nulidad no podría sanearse ni transcurridos más de quince años, no es menos cierto que dicho plazo, en la práctica, ha sido entendido como un tiempo especial de prescripción de la acción de nulidad absoluta, de hecho, en este sentido se ha pronunciado la ex Corte Suprema de Justicia al señalar que: *“Por tal motivo, y a pesar de su repugnancia para estimar consolidada una situación anormal, como es la de los actos que adolecen de nulidad absoluta, el Código Civil ha tenido que reconocer que, pasado el plazo que contempla, de quince años, la situación ilícita, anormal o ilegal ha perdido mucho de su vicio reprochable, máxime si se*

Manuel Espejo Lerdo de Tejada - Esther Arroyo Amayuelas - Francisca Ramón Fernández - Andrés Domínguez Luelmo - Manuel Jesús Marín López. La Prescripción Extintiva. Tirant Lo Blanch. 2014. ISBN: 9788490861066. P. 248.

7 Zannoni, Eduardo A. Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Primera Edición. 2007. ISBN: 978-950-508-188-X. P. 239.

8 Academia Nacional, de Derecho y Ciencias Sociales. Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. 2019. ISSN: 950-508-630-x. P. 12.

considera que durante ese tiempo no se ha solicitado la declaración de nulidad absoluta por ninguna de las muchas personas que tienen derecho de hacerlo. En consecuencia, tanto para consolidar una situación anormal que se ha mantenido durante tanto tiempo, como para sancionar la negligencia de las personas que están facultadas para pedir la nulidad absoluta, el Código Civil prohíbe que pasado el plazo de quince años se la pueda alegar. **Jurídicamente, se trata de una prescripción extintiva de la acción de nulidad, que en vez de seguir la regla general de las acciones que se extinguen por el plazo máximo de diez años, tiene una regla propia;**⁹ (Las negrillas le pertenecen al Tribunal). Aplicando derecho comparado, en países como Chile, se han sostenido que: *“La nulidad absoluta sólo puede sanearse por un lapso de tiempo que pase de treinta años (art. 1683). En rigor de derecho, un acto nulo de nulidad absoluta no adquiere valor con el transcurso del tiempo, por largo que sea: Quod nullum est, nullo lapsu temporis convalescere potest. La prescripción de treinta años que establece nuestro Código para la nulidad absoluta no tiende a dar existencia legal a un acto prohibido por la ley, sino a destruir el efecto de las acciones que pasados treinta años quisieran intentarse contra el que tiene en su favor una situación de hecho prolongada durante tanto tiempo. Procede así la ley, por consideraciones de interés general. El resultado es el mismo; pero entendida así la disposición, se conforma mejor con los principios de Derecho que rigen esta materia*⁴ *el Código ha fijado uniformemente el plazo de treinta años, como el plazo más largo para la prescripción de cualquiera acción; quiere que se consolide la situación de hecho que ha durado más de treinta años, pues estima que un transcurso considerable de tiempo basta para sanear todo vicio.*¹⁰ (El subrayado le pertenece al Tribunal) Por tanto, no se avizora que el *Ad quem* haya incurrido en falta de aplicación de las normas acusadas, pues la acción de nulidad absoluta no se rige por las reglas generales de la prescripción contenidas en dichas normas, sino por la contenida en el artículo 1699 *ídem*, que establece un plazo especial de quince años para su procedencia; entonces, verificado que el contrato cuya nulidad se demanda fue suscrito el 29 de marzo de 2008 y, habiéndose citado a la empresa accionada el 31 de mayo de 2018, se observa que han transcurrido diez años y dos meses, encontrándose expedita la vía para demandarse en la forma que se lo ha hecho. Así también, como se desprende del apartado V de la sentencia impugnada, bien hizo el *Ad quem* en aceptar ± oportunamente - el recurso de apelación deducido por el accionante respecto de la excepción de prescripción acogida en un primer momento por el juez de primera instancia y, ordenar se continúe con la tramitación de la causa. En consecuencia, el cargo deviene en improcedente.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

⁹ 31-III-99 (Expediente No. 210-99, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 211-S, 14-VI-99)

¹⁰ Barros Errázuriz, Alfredo. Curso de Derecho Civil. Segundo Año. Primera parte. De las obligaciones en general. Cuarta Edición. Volumen II. Editorial Nascimento. 1932. P. 288.

16.- Documento privado es el celebrado por escrito y sin solemnidad; si contiene un concurso real de voluntades, donde alguien se obliga hacia otro a dar, hacer o dejar sin hacer algo; al verificarse sus contenidos, ya por su esencia, naturaleza o accidentalidad, revelará su validez. Si lo reconocen los pactantes con la forma y requisitos de ley, vale como escritura pública para los suscribientes y para quienes a cuyo favor, se transfieren obligaciones y derechos. Su llano reconocimiento, cuando por su esencia debe converger en otro contrato como la escritura pública, preserva su sustancia, debiendo acatar las exigencias de ley por su objeto y causa; así, si la intención es precontractual, como la promesa de celebrar un contrato, sólo obliga al satisfacer condiciones legales; pues, para ser exigible, debe: ser escrita y por escritura pública, cuando la ley exige para validez del contrato final tal solemnidad; que lo permita la ley; que tenga plazo o condición para celebrar el contrato; y, que detalle lo prometido, faltando para su perfección, la tradición o solemnidades legales. En inmuebles, para ser válida la compraventa debe ser con escritura pública, protocolizada e inscrita; y, siendo la promesa un acto previo, se solemniza con escritura pública. El precontrato como fuente de obligaciones, con los presupuestos de ley, se constriñe a sus cláusulas y sin su solemnidad de escritura pública, pese a su reconocimiento, es un documento privado, que hace fe entre las partes en lo meramente enunciativo, por su relación directa con lo pactado; es un pacto de voluntad para regir relaciones jurídicas, definidas en el acuerdo; procura transferir un patrimonio; e, implica la obligación de luego suscribir el contrato con apego a la ley, por el consentir mutuo de enajenar o adquirir un derecho, descrito en el acto privado que registra la relación jurídica por la capacidad de las partes que se vinculan, con las esencialidades legales; de lo contrario carece de imperio, al faltar solemnidades para su sustancia o modo. La nulidad de instrumentos sobre negocios jurídicos, ya sea como acción o excepción, puede ser absoluta o relativa; sin profundizar en tales especies; la nulidad, surge si la convención viola una prohibición legal. La nulidad absoluta, se da por la falla que le impide ser, al omitirse solemnidades o tener un objeto o causa ilícita, según su naturaleza más que la calidad o estado de quienes la ejecuten o acuerden. Es eficaz y se reputa perfecta la compraventa de inmuebles por escritura pública inscrita; y así debe darse la promesa de compraventa, para su vigor y exigibilidad, dando legalidad al negocio previo al contrato proyectado, donde las partes se obligan a celebrarlo, por distintas causas que limitan su concreción: ya, por una incompatibilidad; ya, por falta de capacidad económica en ese momento; ya, por aspectos pendientes del bien objeto del contrato; bien, puede procurar asegurar aspectos jurídicos futuros sellando un inicial vínculo, sin inmediata eficacia del negocio fin; con sus presupuestos de exigibilidad es un verdadero contrato, cuyo objeto, es la futura prestación de un nuevo asentimiento contractual, que de quebrantarse, puede demandarse aspectos puntualizados en la ley y para ello debe cumplir sus esencialidades propias; y sin la solemnidad de escritura pública, decae en nulidad absoluta, que puede y debe ser declarada en cualquier tiempo, aún sin petición, por su manifiesto contenido; puede alegarla quien tenga interés; sin poderse sanear con la ratificación de las

partes, ni por un lapso que al menos pase de quince años. Entonces la prescripción como modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por falta de su ejercicio, por cierto tiempo y concurrir los presupuestos legales, acarrea la inexigibilidad de la obligación civil; que por lo general, en acciones ordinarias es de diez años, contados desde que la obligación es exigible con las excepciones de ley, como el caso de la nulidad relativa que prescribe en cuatro años; y la absoluta, que está impedida de sanearse por la ratificación de las partes aun cuando pasen quince años; da la seguridad jurídica, que al superar ese plazo, se merma en gran parte su repudio, al estar durante ese tiempo impune; por lo que, se consolida la anomalía dada por tanto tiempo, sancionándose la negligencia de los facultados a pedirla, pues el Código Civil prohíbe que luego de ese lapso se la pueda alegar y es una prescripción extintiva de la acción de nulidad, con regla propia.

VI. DECISIÓN

17. Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil 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**, decide:

17.1.- Rechazar el recurso de casación planteado por el Ing. Steve Lech Burgos Neacato, en calidad de Gerente General de la Corporación Ecuatoriana de Construcciones S.A. CECSA, respecto de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 29 de julio de 2020.

17.2.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos, entregar el valor de la caución a la parte accionante que ha sido perjudicada por la demora.

17.3. Devolver los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoria de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.-

Notifíquese y cúmplase.-

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

165096128-DFE

Juicio No. 17230-2018-09905

**JUEZ PONENTE: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)****AUTOR/A: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y
MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, miércoles 8 de diciembre del

2021, las 16h36. **VISTOS:** En virtud del recurso de casación planteado por Patricia Alexandra Hidalgo Coelho de Souza, actora, por intermedio de sus procuradores judiciales, en contra de la sentencia dictada el miércoles 5 de agosto del 2020, las 12h49, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la misma que acepta el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada (Rancho San Francisco), y revoca la sentencia emitida por la Jueza *a quo*¹, declarando sin lugar la demanda planteada; la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; el doctor Pablo Loayza Ortega, Conjuez Nacional, admitió a trámite el medio de impugnación planteado, mediante auto de 8 de marzo del 2021, las 09h04; en esa virtud, el Tribunal de Jueces, convocó a audiencia oral, pública y de contradictorio para la fundamentación del recurso admitido; instalada la referida diligencia judicial, escuchados los sujetos procesales, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 268 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, estimó improcedente el recurso de casación interpuesto; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

PRIMERO:**JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**

Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y

¹ Sentencia de 18 de febrero del 2020, dictada por la doctora Celma Cecilia Espinosa Venegas, Jueza de la Unidad Civil con sede en la Parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito.

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
Cl
0502022148**FUNCIÓN JUDICIAL**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTANEDA
C=EC
L=QUITO
Cl
1706381975**FUNCIÓN JUDICIAL**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
WILMAN GABRIEL
TERAN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
Cl
1714429675

conforme la Resolución No. 03-2021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores David Isaías Jacho Chicaiza², Wilman Gabriel Terán Carrillo³ y Himmler Roberto Guzmán Castañeda⁴, Conjuceces Nacionales, para que asuman los despachos de los doctores Carlos Ramírez Romero, Vicente Robalino Villafuerte y María Rosa Merchán Larrea, ex Jueces Nacionales, respectivamente, por ausencia definitiva de los indicados operadores de justicia.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante sorteo de ley, efectuado el miércoles 24 de marzo del 2021, a las 11h45, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación planteado y admitido; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio de la presente resolución.

SEGUNDO:

LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*.

2 Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

3 Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

4 Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

2.1) Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3⁵ de la Constitución de la República del Ecuador, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las garantías normativas de dicho cuerpo normativo.

TERCERO:

VALIDEZ PROCESAL.

3.1) El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

CUARTO:

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

4.1) La ciudadana Patricia Alexandra Hidalgo Coelho de Souza, mediante procedimiento ordinario, demanda al Club Rancho San Francisco, en el siguiente contexto:

^a (1/4) SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DE HECHO:

5 Constitución de la República del Ecuador: ^a Art. 76.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (1/4)*^o.

2.1 Conforme aparece del certificado de membresía adjunto (ANEXO 3), soy propietaria de una membresía en el CLUB RANCHO SAN FRANCISCO, manteniendo la calidad de socia preferente del mismo desde el año 2003. Conforme lo dispuesto en el artículo primero del Estatuto de dicha entidad (ANEXO 4), el CLUB RANCHO SAN FRANCISCO "se someterá a la constitución de la República y a las leyes de la materia así como al presente Estatuto, su Reglamento Interno, otros reglamentos del Club y demás Leyes y Reglamentos conexos"®

2.2. Es del caso, señor(a) Juez(a) que con fecha 17 de noviembre de 2017 la Comisión de Disciplina del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO, de forma ilegal, violando el debido proceso y atentando contra mis derechos constitucionales, me sancionó con un mes de suspensión de membresía, lo cual se encuentra recogido en el Acta de Comisión de Disciplina de 17 de noviembre de 2017 (ANEXO 5). Cabe indicar que tal ilegal sanción me ha causado graves perjuicios, no solamente por la suspensión de mi membresía y los costos legales en que he tenido que incurrir para acudir ante su Autoridad para hacer respetar mis derechos, sino también me ha causado graves e irreparables perjuicios contra mi honra y buen nombre, lo cual ha producido en mi persona daños psicológicos y morales.

2.3. A fin de verificar el irregular procedimiento realizado, mediante oficio de 16 de mayo de 2018, recibido por el CLUB RANCHO SAN FRANCISCO el 17 de mayo de 2018, 14h46 (ANEXO 6) solicité la documentación pertinente, solicitando adicionalmente una copia de las grabaciones magnetofónicas de respaldo, por cuanto, al menos durante mi comparecencia que es lo que me consta, se grabó en una grabadora de color negro lo sucedido.

2.4. Mediante oficio de 5 de junio de 2018 suscrito por el señor Santiago Rosero, Gerente General del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO (ANEXO 7) se me entregaron varios documentos, sin embargo en el Acta de Entrega Recepción de los mismos (ANEXO 8), el CLUB RANCHO SAN FRANCISCO faltando a la verdad indica que "Se especifica que no es posible entregar la copia magnetofónica de la sesión de Comisión de Disciplina de 17 de noviembre del 2017, puesto que ninguna sesión de las diferentes comisiones del Club Rancho San Francisco es grabada en formato alguno"® En el presente proceso se demostrará la

falsedad de dicha información y la evidente mala fe con que ha procedido el demandado con el ánimo de obstruir la justicia.

2.5. Conforme podrá apreciar del Acta de Comisión de Disciplina de 14 de noviembre de 2017 (ANEXO 9), en la cual dicha comisión avoca conocimiento del reclamo en mi contra que dio origen al ilegal proceso sancionatorio materia de la presente demanda, la misma Comisión de Disciplina resuelve convocarme "para que el día jueves 16 de noviembre de 2017 presente la explicación respectiva de lo sucedido de forma escrita y verbal ante los miembros de la Comisión, en conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Reglamento de Aplicación de Sanciones"

2.6. Sin embargo, al día siguiente, aproximadamente a las 11h00 en que me acerqué a las instalaciones del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO para rendir mi versión de los hechos, me encontré con la novedad que solamente se encontraban presentes dos personas: el señor Santiago Rosero, Gerente General del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO y la señora Katherine Calvachi, asesora legal, no estando presente ningún miembro de la Comisión de Disciplina del Club; sin embargo de lo cual éstos decidieron proceder, contraviniendo expresamente el artículo 48 del Estatuto del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO (1/4)

2.7. Conforme se aprecia con claridad del Acta de Comisión de Disciplina de 16 de noviembre de 2017 (ANEXO 10), misma que hábilmente el CLUB RANCHO SAN FRANCISCO pretende denominarla Acta de "Vigencia" de Comisión de Disciplina al emitir la copia certificada solicitada, a la sesión de 16 de noviembre de 2017, no asistió ningún miembro de la Comisión de Disciplina, no habiéndose conformado legalmente el quórum necesario para siquiera instalar la sesión de dicha comisión, ocasionando, por lo tanto, la nulidad de la referida acta y de todo el proceso de juzgamiento en mi contra, toda vez que no se me escuchó en igualdad de condiciones y, para ser más exacta, ni siquiera fui formalmente escuchada por el órgano competente, al no haberse constituido éste legalmente. Si bien a nivel formal este hecho es suficiente para causar nulidad, adicionalmente a nivel sustancial reporta una clara violación a mi derecho a la legítima defensa, por cuanto tenía derecho a que todos los miembros de la Comisión de Disciplina escuchen oralmente mi defensa o, como mínimo, tres de sus miembros para que ésta, como órgano legalmente

conformado valore mi defensa oral.

2.8. Adicionalmente a la falta de órgano competente para juzgar la supuesta infracción la cual de forma ilegal se me ha hecho responsable, es importante hacerle conocer, señor(a) Juez(a) que el CLUB RANCHO SAN FRANCISCO dentro de dicho proceso violó expresamente su Reglamento de Aplicación de Sanciones (ANEXO I 1) mismo que textualmente dispone en sus artículos cuarto y quinto lo siguiente:

a. "ARTÍCULO 4.- La revisión de casos disciplinarios por parte de la Comisión podrá iniciar ya sea por hechos manifiestos y públicos sucedidos en el Club que alteren su orden; o, por reclamo escrito de un empleado, colaborador o socio principal del Club. El Reclamo deberá contener los nombres completos del reclamante, la calidad en la que comparece... sí comparece como socio deberá especificar el número de membresía v la declaración de encontrarse al día en el pago de sus obligaciones para con el Club... Todo reclamo deberá contar con la firma del reclamante y deberá adjuntarse fotocopia de su cédula de identidad©

b. "ARTÍCULO 5- La Comisión Disciplinaria, a fin de precautelar el derecho a la defensa del socio reclamado, dentro de los tres días posteriores a la presentación del Reclamo solicitará al socio reclamado que un máximo de cuarenta v ocho horas se pronuncie al respecto del reclamo presentado en su contra, el cual, deberá ser presentado por escrito. De considerarlo la Comisión pertinente, se podrá escuchar a las partes ya sea en conjunto o por separado ©

2.9. Mediante oficio de 8 de noviembre de 2017 dirigido a los señores Guido Macchiavello, Presidente del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO, en ese entonces, y Santiago Rosero, Gerente General, suscrito por el señor Santiago Aguilar Cevallos, Socio (ANEXO I 2), dicho individuo presentó en mi contra el reclamo que dio origen al ilegal procedimiento sancionatorio del que he sido objeto. Conforme se puede constatar del simple análisis del documento, éste no cumple con lo dispuesto por el artículo cuarto del Reglamento de Aplicación de Sanciones, por cuanto el señor Santiago Aguilar Cevallos incumplió con los

requisitos de especificar su número de membresía y contener dicho reclamo la declaración de encontrarse al día en el pago de sus obligaciones para con el CLUB RANCHO SAN FRANCISCO. Esto quiere decir que la Comisión de Disciplina ni siquiera debió aceptar a trámite dicho reclamo por cuanto no cumplía con los requisitos básicos dispuesto por el Reglamento de Aplicación de Sanciones.

2.10 Conforme aparece del Acta de Comisión de Disciplina de 14 de noviembre de 2017 (ANEXO 9), recién a esta fecha, es decir seis días después de presentado el reclamo en mi contra, dicha comisión avoca conocimiento del mismo, cuando, conforme el Reglamento de Aplicación de Sanciones, y a fin de precautelar mi derecho a la defensa, debió ponerlo en mi conocimiento en los tres días posteriores de presentado, haciéndome conocer que la respuesta debía ser presentada en las siguientes cuarenta y ocho horas, y por escrito. La Comisión de Disciplina nuevamente viola el Reglamento de Aplicación de Sanciones, en su artículo quinto en esta ocasión, por cuanto omite esta parte fundamental del procedimiento y simplemente resuelve convocarme "para que el día jueves 16 de noviembre de 2017 presente la explicación respectiva de lo sucedido" invalidando inclusive procesalmente mi defensa planteada, por haberse presentado fuera del plazo reglamentariamente previsto.

2.1.1. Como usted podrá apreciar, señor(a) Juez(a), y sin perjuicio de las improcedentes consideraciones de fondo utilizadas para sancionarme ilegalmente, el procedimiento formal al que tenía derecho, es decir, el debido proceso para juzgar este tipo de infracciones, fui irrespetado y violentado, causando la nulidad de todo lo actuado, motivo por el cual comparezco con la presente demanda.

TERCERO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

3.1. El artículo 66 de la Constitución de la República, en su numeral vigésimo tercero (1/4)

3.2. El artículo 76 de la Carta Magna establece que (1/4) 1. (1/4) 2 (1/4) 3 (1/4) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías... c) (1/4) d) (1/4) e) (1/4) En el

presente caso es evidente que:

a. La autoridad competente como conocer, escuchar, realizar diligencias y resolver mi caso era la Comisión de Disciplina legalmente constituida con el quórum reglamentario y no comisiones parciales o ad-hoc, como en efecto sucedió.

b. La Comisión de Disciplina inobservó flagrantemente el trámite propio del procedimiento.

c. No se me escuchó en igualdad de condiciones al no haber estado presentes ni siquiera los miembros mínimos de la Comisión de Disciplina, ni se lo hizo con presencia de un abogado que defienda mis derechos.

d. Los documentos y actuaciones del proceso, nunca fueron puestos en mi conocimiento previamente a imponerme la ilegal sanción materia del presente caso. Recién tuve conocimiento de éstas actuaciones mucho tiempo después cuando expresamente y por escrito tuve que solicitar copias certificadas de lo actuado.

3.3. Sin perjuicio de las normas de debido proceso contenidas en los artículos cuarto y quinto del Reglamento de Aplicación de Sanciones del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO, el artículo 107 del Código Orgánico de Procesos establece que "Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos... 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe... ④ En el presente caso, la Comisión de Disciplina del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO que conoció y resolvió con una sanción en mi contra el reclamo presentado por el señor Santiago Aguilar Cevallos, no se conformó con el número de miembros necesarios, establecidos en el artículo 48 del Estatuto del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO.

3.4. Más adelante, el artículo 109 del Código Orgánico de Procesos establece el efecto de la nulidad en los siguientes términos(1/4) Como se ha explicado, en el presente caso

existen repetidas nulidades, como por ejemplo: la indebida calificación del reclamo presentado por el señor Santiago Aguilar Cevallos, la errónea y extemporánea notificación del mismo a la compareciente, la ilegal conformación de la Comisión, entre otras, que traen consigo la nulidad de todo lo actuado, así como de la (resolución tomada por la Comisión de Disciplina del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO con fecha 17 de noviembre de 2017, la cual se encuentra recogida en el Acta de Comisión de Disciplina de 17 de noviembre de 2017 (ANEXO 5).

3.5. El artículo 1461 del Código Civil por su parte, establece (1/4) mientras que el artículo 1478 dispone (1/4) Como se ha explicado reiteradamente y será debidamente probado dentro del presente juicio, la ilegal resolución tomada por la Comisión de Disciplina del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO con fecha 17 de noviembre de 2017 antes referida, y el proceso mediante la cual se me sancionó con suspensión de mi membresía no puede obligarme por cuanto adolecen de objeto lícito, habiéndose violentado expresamente mis derechos constitucionales e inobservándose de forma evidente los procedimientos establecidos para el efecto.

3.6. Más adelante, el artículo 1697 establece que (1/4) el artículo 1698 indica que "(1/4) mientras que el artículo 1699 dispone (1/4) Finalmente, el artículo 1704 establece (1/4)

3.7. Respecto a la prueba, cabe citar el artículo 217 del Código Orgánico General de Procesos que establece que (1/4) y el artículo 219 que indica que (1/4)

3.8. Finalmente, respecto al procedimiento, el artículo 289 del mismo cuerpo normativo sostiene que "Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación"

3.9. Respecto al Estatuto del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO cabe reiterar que el artículo primero establece expresamente que dicho Club "se someterá a la Constitución de la República v a las leyes de la materia así como al presente Estatuto, su Reglamento

Interno, otros reglamentos del Club y demás Leves y Reglamentos conexos©Mientras que el artículo tercero dispone que "Para el cumplimiento de su finalidad el Club podrá realizar todos los actos y celebrar todos los contratos permitidos por las leyes... ©

3.10. Sobre la Comisión de Disciplina, dicho estatuto indica en su artículo 48 (1/4)

SEXO.-PRETENSIONES:

En base a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, solicito a su Autoridad que en sentencia:

6.1. *Se declare la nulidad de todo el procedimiento de juzgamiento y sanción disciplinaria realizado por la Comisión de Disciplina del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO en contra de PATRICIA ALEXANDRA HIDALGO COELHO DE SOUZA, en su calidad de Socia, iniciando mediante oficio de 8 de noviembre de 2017 suscrito por el señor Santiago Aguilar Cevallos, Socio del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO, dirigido a los señores Guido Macchiavello, Presidente, en ese entonces, y Santiago Rosero, Gerente General; y concluido mediante resolución la comisión de Disciplina de 17 de noviembre de 2017, que de forma ilegal e ilegítimamente sancionó a la compareciente.*

6.2. *Se declare la nulidad de la resolución de 17 de noviembre de 2017 tomada por la Comisión de Disciplina del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO en contra de PATRICIA ALEXANDRA HIDLAGO COELHO DE SOUZA, en su calidad de Socia.*

6.3. *Se condene al demandado, CLUB RANCHO SAN FRANCISCO al pago de las costas procesales (1/4)*

6.4. *Se condene al demandado, CLUB RANCHO SAN FRANCISCO al pago de los honorarios de mis abogados patrocinadores (1/4)^o (Sic).*

4.2) De autos se verifica que Simón Espinoza Maldonado, Gerente General del Club Rancho San Francisco, contesta la demanda y formula las excepciones correspondientes, en el siguiente contexto:

^a (1/4) 4. EXCEPCIONES DE FONDO

4.1. Fundamento mi contestación a la demanda en los artículos 6 de la Ley de Educación Física, Deportes y Recreación; en estricta concordancia con el Art. 382 de la Constitución, que establece la autonomía del CLUB, en lo que concierne al libre ejercicio de sus funciones.

En tal virtud, opongo las siguientes excepciones:

4.1.1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción en lo que no hubiese sido aceptado a lo largo de esta contestación;

4.1.2. En virtud de lo que ha sido esta contestación, primeramente, planteamos la falta de Jurisdicción de la señora Juez para conocer esta causa. El COGEP considera como elemento obvio que el juzgador tenga al menos jurisdicción para tratar las acciones sometidas a su resolución. De la definición de jurisdicción contenida en el COGEP se desprende que los jueces deben verificar el cumplimiento o no de la normativa respecto del hecho específico; es decir, la aplicación del silogismo jurídico básico: Normas de derecho aplicadas a los hechos. El Art. 425 de la Constitución establece qué cuerpos normativos conforman el ordenamiento jurídico de la República del Ecuador y consecuentemente sobre la materia que los jueces pueden ejercer su función jurisdiccional: (¼) El Reglamento de Aplicación de Sanciones del CLUB, no forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino que es un régimen interno creado por acuerdo entre partes. La potestad pública para juzgar, no alcanza al ámbito de las relaciones y decisiones privadas, internas, convencionales y autónomas, menos las de un Club al cual ex profeso se da tal calidad, según las disposiciones constantes en los Arts. 382 y 425 de la Constitución, en estricta concordancia con lo que establece el Art. 6 de la Ley de LDEFER.

4.2. En el evento jamás admitido y más bien cuestionado de que la señora Juez no declare la falta de jurisdicción que según el Art. 107 del COGEP es una solemnidad sustancial a todos los juicios, alegamos las siguientes excepciones subsidiarias, sin perjuicio de las acciones constitucionales a las que tenemos derecho:

4.2.1. Alego la improcedencia de la demanda que busca declarar la nulidad de un proceso interno del club y a la vez declarar un acto nulo.

4.2.2. Desglosando además la excepción anterior:

4.2.2.1. Alego la falta de derecho de la actora para solicitarle a usted señora Juez que declare la "nulidad" de un proceso sancionatorio realizado en una entidad autónoma privada, tanto por lo absurdo del pedido como su impertinencia, al no ser un proceso jurisdiccional.

4.2.2.2. Alego igualmente, la falta de derecho de la actora para reclamar a un juez de lo civil, la nulidad de un acto dictado sobre la base de normas que no corresponden al derecho positivo ecuatoriano, sino normas jurídicas privadas de un CLUB a quien la Constitución le atribuye la calidad de entidad autónoma.

4.2.2.3. Niego que se hubiesen violado derechos de la actora.

4.2.2.4. Por lo arriba expuesto, alego la falta de derecho de la actora para presentar esta acción, en virtud de falta de título de derecho, por las consideraciones largamente tratadas arriba.

4.2.2.5. Por lo indicado arriba, alegamos también la improcedencia de la demanda en la forma y en el fondo (1/4)°

4.3) Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, la doctora Celma Cecilia Espinosa Venegas, Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, emite su sentencia aceptando la demanda, la misma que es reducida a escrito el 18 de febrero del 2020, las 16h14, en el siguiente contexto:

ª (1/4) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA, se acepta la demanda, y en consecuencia, se declara la nulidad de la resolución de 17 de noviembre de 2017, dictada pro al Comisión de Disciplina del Club Rancho San Francisco; y la nulidad del procedimiento de juzgamiento y sanción disciplinaria tramitada por la prenombrada Comisión, volviendo al estado de que la señora Patricia Hidalgo, sea notificada conforme lo establece el numeral 5 del Reglamento de Disciplina del Club Rancho San Francisco. De conformidad con lo establecido en los artículos 284 y 286 del Código Orgánico General de Procesosº (sic)

4.4) Frente al recurso de apelación interpuesto por el Luis Carlos Fernández Gilbert, Procurador Judicial del Club Rancho San Francisco, demandado, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de fecha miércoles 5 de agosto del 2020, las 12h49, resuelve aceptar el recurso de apelación interpuesto, en el siguiente contexto:

ª (1/4) Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA, acepta el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revoca la sentencia subida en grado, y en su lugar rechaza la demanda por improcedente.º (Sic)

4.5) Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Patricia Alexandra Hidalgo Coelho de Souza, actora, por intermedio de sus procuradores judiciales, interpone recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia.

4.6) El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de lunes 8 de marzo del 2021, las 09h04, admitió el recurso de casación planteado por Patricia Alexandra Hidalgo Coelho de Souza, y dio trámite al mismo, bajo los siguientes parámetros:

“ Por lo expuesto, considerando que el recurso interpuesto por PATRICIA ALEXANDRA HIDALGO COELHO DE SOUZA ha sido presentado dentro del término legal y que cumple con los requisitos de los Arts. 266 y 267 del COGEP, se lo ADMITE a trámite por el caso 5 del Art. 268 del COGEP; por lo tanto, de conformidad con lo ordenado en el Art. 270 del COGEP, se le corre traslado a la contraparte para que, en el término de treinta días, conteste el recurso de manera fundada. Transcurrido el término indicado, con la contestación o sin ella, remítase el expediente a la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte de la Corte Nacional de Justicia. Cúmplase y notifíquese.” (sic).

4.7) El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del Código Orgánico General de Procesos, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

QUINTO:

LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y MERCANTIL ECUATORIANA.

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es *“...un Estado constitucional de derechos y justicia...”*. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

“...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...”⁶.

Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la Constitución de la República establece lo siguiente:

“...En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...”^o.

Este derecho, *per se*, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la Constitución de la República es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y

⁶ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión⁷; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión⁸.

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

“...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (1/4) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (1/4) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...”⁹.

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la Constitución de la República del Ecuador acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

7 Constitución de la República del Ecuador: Art. 182: *“ (1/4) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”*; **Art. 184:** *“ Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (1/4)”*.

8 Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190: *“ Art. 190.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;*

⁹ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

^a...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos...^o
(Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 *ibidem* declara lo siguiente:

^a...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...^o.

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *^a...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...^o.*

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que *^a...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...^o.*

En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de

impugnación.

c) Finalmente, la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

“...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).”¹⁰, concluye sobre el tema indicando que “(1/4) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa...”¹¹.

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de materializar los fines de este instituto procesal y cristalizar la justicia especializada en materia civil y mercantil, como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

¹⁰ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

¹¹ Ibídem, Pág. 28

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”*¹²

La garantía normativa de la casación está determinada en las reglas del Código Orgánico General de Procesos, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 266, 268 y 269, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

“Art. 266.- Procedencia. *El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.*

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o

¹² Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

aclaración°.

Art. 268.- Casos. *El recurso de casación procederá en los siguientes casos:*

1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.

3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia.

4. Cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto.

5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

Art. 269.- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley (1/4)^o

Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, determina la siguiente regla procesal: *“ Art. 250.- (1/4) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad^o; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, “...La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas...”^o 13.*

El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el Código Orgánico General de Procesos, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la sentencia impugnada.

Ahora bien, la Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

“...Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la

13 Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión*, Temis, Bogotá, 2008, p. 67

sentencia impugnada...^o 14.

La cita transcrita *ut supra*, guarda relación con lo determinado en el artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos, que textualmente señala:

^a Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.

3. La determinación de las causales en que se funda.

4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada^o.

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *^a ...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica...^o 15.*

14 Ecuador, Sentencia Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.

15 Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación*, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

Por su parte, el jurista Piero Calamandrei define la casación como un instituto judicial ^a...*consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...*^o.¹⁶

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores ^a*in iudicando*^o existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de casación; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

SEXTO:

ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

6.1) La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los *errores in iudicando*, los errores de derecho, existentes, en el caso concreto, en la sentencia del Tribunal *ad quem*; por ello, *per se*, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y Justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación.

A través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales

¹⁶ Piero Calamandrei, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

previstas en el Código Orgánico General de Procesos, aplicable al caso.

En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral 4.6) de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación limitando el mismo al cargo establecido en el numeral 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; ergo, inexorablemente la parte recurrente debía referirse en su fundamentación exclusivamente a esta causal, siendo por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

6.2) Análisis de la causal 5 descrita en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en el caso concreto.

La causal elegida, por la parte recurrente, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es la establecida en el numeral 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (¼)

5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto°.

En el mentado caso, *ª 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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la 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 (1/4) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurrir 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, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.^{(1/4)^o 17}

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo casacional elegido (*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.

17 Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más..

- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (*debida fundamentación y demostración*)
- La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

La causal 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutive, sobre la misma, esta Alta Corte ha señalado:

a 1/4 se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente^{o 18}

Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

a (1/4) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella 1/4 que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material^o (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un

18 Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 19999

efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otras normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (1/4)^o 19

6.3) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con el yerro *in iure* acusado por la parte recurrente, quien al fundamentar el medio de impugnación señala:

^a El presente recurso de casación se funda en la causal contenida en el numeral quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos: (1/4)

Como se expondrá a continuación, la sentencia materia del presente recurso incurre en el vicio de falta de aplicación de normas de derecho sustantivo, lo cual será analizado de forma detallada, con la especificación de las normas no aplicadas, a fin de identificar con claridad la forma en que esto incidió en la decisión de la causa.^o (Sic)

4.6. Vistos los antecedentes expuestos es procedente analizar en detalle como el Tribunal de instancia incurre en el vicio referido, respecto a la falta de aplicación de normas sustantivas. El artículo 76 de la Constitución de la República al establecer las garantías básicas del debido proceso establece de forma clarísima y contundente (1/4) el Tribunal de instancia debió aplicar esta norma, en particular, en sus numerales 1, 3 y 7, literales c) y e), para emitir su resolución^o, (1/4)

19 Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

4.8. *De igual manera que el derecho al debido proceso, el Tribunal de instancia debió aplicar de forma directa el derecho a la tutela efectiva de derechos consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República (1/4)*

4.9. *De igual manera, el Tribunal de instancia incurre en falta de aplicación del artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial (1/4)*

4.10. *De igual manera, el Tribunal de instancia incurre en el vicio de falta de aplicación del artículo 567 del Código Civil (1/4)*

4.11. *Finalmente, y en concordancia con las normas previamente enunciadas, el Tribunal de instancia incurre en el vicio de falta de aplicación de los artículos 1478, 1697 y 1698 del Código Civil (1/4)*

Las normas cuya falta de aplicación se acusa, son los artículos 75 y 76 numerales 1, 3 y 7, literales c) y e) de la Constitución de la República, 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 567, 1478, 1697 y 1698 del Código Civil, que establecen:

Constitución de la República del Ecuador:

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

ª 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (1/4)

ª 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (1/4)

ª 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías (1/4)

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (1/4)

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.(1/4)º

Código Orgánico de la Función Judicial:

ª Art. 25.- Principio de seguridad jurídica.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.º

Código Civil:

ª Art. 567.- Las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, que fueren formados por

ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del Presidente de la República, que se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres.

Todos aquellos a quienes los estatutos de la corporación irrogaren perjuicio, podrán recurrir al Presidente de la República para que se corrijan, en lo que perjudicaren a terceros; y aún después de aprobados les quedará expedito su recurso a la justicia, contra toda lesión o perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos les haya resultado o pueda resultarle .(1/4)°

ª Art. 1478.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. (1/4)°

ª Art. 1697.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. (1/4)°

ª Art. 1730.-La confesión que alguno hiciere en juicio, por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvo los casos comprendidos en el Art. 1718, inciso primero, y los demás que las leyes exceptúen.

No podrá el confesante revocarla, a no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho° .

La casacionista, en su fundamentación afirma lo siguiente:

ª (...) Determinación de las normas a aplicarse a los hechos materia de la litis y que el Tribunal de instancia dejó de aplicarlas.

l. Los hechos materia de la litis probados de autos demuestran la realización de un procedimiento disciplinario privado -proceso donde se determinan derechos y obligaciones

/ un acto- dentro de un club deportivo constituido legalmente y regido bajo un Estatuto y un Reglamento de Aplicación de Sanciones; proceso en el cual se vulneró el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República especialmente en el numeral tercero, por cuanto no se observó el trámite propio del procedimiento contenido en los artículos 4 y 5 del Reglamento de Aplicación de Sanciones; y en el numeral séptimo, literales c) y e) del citado artículo 76 de la Constitución de la República por cuanto la recurrente no fue escuchada en igualdad de condiciones -ningún miembro con derecho a voto de la Comisión de Disciplina que la juzgó estuvo presente en su declaración- Y en dicha declaración no contó con la presencia de su abogado patrocinador.

Con relación al trámite propio del procedimiento, el Reglamento de Aplicación de Sanciones del CLUB RANCHO SAN FRANCISCO en su parte pertinente indica lo siguiente:

ARTÍCULO 4.- La revisión de casos disciplinarios por parte de la Comisión podrá iniciar ya sea por hechos manifiestos y públicos sucedidos en el Club que alteren su orden; o, por reclamo escrito de un empleado, colaborador o socio principal del Club. El Reclamo deberá contener los nombres completos del reclamante, la calidad en la que comparece... si comparece como socio deberá especificar el número de membresía y la declaración de encontrarse al día en el pago de sus obligaciones para con el Club... Todo reclamo deberá contar con la firma del reclamante y deberá adjuntarse fotocopia de su cédula de identidad

"ARTÍCULO 5.- La Comisión Disciplinaria, a fin de precautelar el derecho a la defensa del socio reclamado, dentro de los tres días posteriores a la presentación del Reclamo, solicitará al socio reclamado que un máximo de cuarenta y ocho horas se pronuncie al respecto del reclamo presentado en su contra, el cual, deberá ser presentado por escrito. De considerarlo la Comisión pertinente, se podrá escuchar a las partes ya sea en conjunto o por separado".

En el presente caso las normas antes citadas, mismas que indican el trámite propio del procedimiento de juzgamiento y sanción no fueron cumplidas, en particular, en los siguientes hechos: a. Se aceptó a trámite un reclamo que no cumplía con los requisitos establecidos, por cuanto el socio reclamante no especificó su número de membresía, no estableció su declaración de encontrarse al día en sus obligaciones con el CLUB RANCHO SAN FRANCISCO ni acompañó fotocopia de su cédula de identidad. Se incumplió con el plazo de tres días establecido para notificar a la recurrente con el reclamo presentado en su contra. C. El órgano juzgador (la Comisión de Disciplina) no escuchó a la persona juzgada -la recurrente-, pese a haberla convocado expresamente para tal fin.

2. La norma de derecho sustantivo contenida en el artículo 1478 del Código Civil dispone que "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano". Siendo la Constitución de la República parte de ese Derecho Público Ecuatoriano, todo acto o contrato que la contravenga adolece del vicio de objeto ilícito.

3. El artículo 1461 del Código Civil indica que "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario... Que recaiga sobre un objeto lícito... "; es decir, que ningún acto o contrato que recaiga sobre un objeto ilícito puede obligar a otra persona, y por consiguiente, ningún acto o contrato que recaiga sobre tal objeto ilícito puede determinar derechos y obligaciones.

4. El artículo 1697 del Código Civil manda que "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes"; lo cual implica que la falta del requisito de validez de todo acto o contrato, consistente en recaer estos sobre un objeto lícito, acarrea la nulidad de todo acto o contrato que recaiga sobre un objeto ilícito.

5. El artículo 1698 del Código Civil, en forma específica determina que "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o normalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las

personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...^a: es decir que tanto el objeto ilícito, como transgresión al requisito de validez de todo acto o declaración de voluntad (objeto lícito), acarrearán una nulidad absoluta.

6. En base a lo expuesto el Tribunal de instancia debió aplicar a los hechos materia de la litis las normas contenidas en los artículos 1478, 1461, 1697 y 1698 del Código Civil para, garantizando el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, declarar nulo el acto consistente en el ilegal proceso administrativo sancionatorio en contra de la recurrente y la resolución producto de dicho proceso, por haber estos contravenido al Derecho Público Ecuatoriano -artículo 76 de la Constitución de la República-, recayendo así en objeto ilícito, lo cual adicionalmente provocó que carezcan del requisito de validez de todo acto o declaración de voluntad -artículo 1461 del Código Civil-.

Argumento sobre las razones por las cuales se debían aplicar las normas propuestas.

7. El numeral tercero del artículo 11 de la Constitución de la República establece el principio de directa e inmediata aplicación de derechos de la siguiente manera:  El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios... 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte ...^a; esto quiere decir, que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha debió velar porque el derecho al debido proceso de la recurrente, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República se aplique de forma directa e inmediata.

8. De igual manera, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de derechos, consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República debió ser velado por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quien por el contrario dejó en indefensión a la recurrente.

9. *En concordancia con las normas constitucionales expuestas, el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial manda que "Las Juezas y Jueces tienen la obligación de velar por la constante uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas Jurídicas" lo que nuevamente demuestra que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en su accionar debió velar por la aplicación de la Constitución y las leyes de derecho sustantivo expuestas en el acápite anterior, algo que no lo hizo.*

10. *La Resolución No. 05 -2019 de 27 de noviembre de 2019 de la Corte Nacional de Justicia, citando a Luis Armando Tolosa Villabona explica que "...el marco filosófico político de la casación en general, permite deducir que este recurso no sólo en Colombia, sino en el derecho occidental, tiene como finalidad la defensa de las garantías fundamentales en cuanto pretende defender el principio de legalidad y el debido proceso frente a la arbitrariedad de las decisiones Judiciales...", lo cual concuerda con la obligación que tenía el Tribunal de instancia de velar por los derechos fundamentales de la recurrente y el respeto a la constitución y la Ley.*

11. *Conforme lo explicado en el acápite anterior, habiéndose demandado la declaratoria de nulidad de un ilegal procedimiento sancionatorio privado, por estar éste viciado de objeto ilícito al transgredir el derecho al debido proceso garantizado en el artículo 76 de la Constitución de la República en cumplimiento con las normas referidas en el presente acápite, el Tribunal de instancia debió aplicar los artículos 1478, 1461, 1697 y 1698 del Código Civil para, en aplicación de este último declarar la nulidad del acto consistente en el ilegal proceso administrativo sancionatorio en contra de la recurrente y la resolución producto de dicho proceso.*

12. *Como explica la doctrina, el vicio de falta de aplicación de normas de derecho sustantivo se traduce en el error en el que puede incurrir el Tribunal de instancia al momento de analizar las normas aplicables al caso específico que está conociendo para así dictar su resolución. Este vicio ocurre cuando el juzgador deja de aplicar por el motivo que fuese una norma que correspondía aplicar en aquel caso, negando o ignorando, frente*

al caso particular que resuelve, la existencia de una o varias normas que debieron aplicarse, incurriendo en una omisión que implica el desconocimiento del(os) derecho(s) consagrado(s) en las normas legales no aplicadas. En palabras de Víctor Julio Usme Perea, una de las características esenciales de este vicio de juzgamiento es que, éste "supone la existencia de una norma o conjunto de normas aplicables exactamente al caso, y que a pesar de ello el juzgador no las emplea... ©

13. Cuando el juzgador dicta sentencia, luego de someter los hechos a los tipos jurídicos adecuados, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables, operación llamada en la doctrina "subsunción del hecho en la norma", tomándose en cuenta que las normas sustanciales contienen un supuesto y una consecuencia, sea que ésta última esté contenida en la misma o en otra norma que la complementa, formando así una proposición completa, hecho que no sucedió en el presente causa.

14. En el presente caso, por ejemplo el supuesto contenido en el artículo 1478 del Código Civil consiste en que algo contravenga el Derecho Público Ecuatoriano tenga como consecuencia, que eso adolezca de nulidad; el supuesto del artículo 1698 del Código Civil implica la existencia de un objeto ilícito, una causa ilícita o la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, y la consecuencia es que estos supuestos acarren nulidades absolutas.

Por otro lado, el supuesto contenido en el artículo 1697 del Código Civil implica que en un acto o contrato donde falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, acarre como consecuencia su nulidad. Lo expuesto demuestra que al Tribunal Ad-quem debió aplicar las normas referidas para dar solución al problema jurídico materia del controversia.

Determinación de las normas aplicadas en lugar de aquellas que dan solución al problema jurídico materia de la decisión Judicial.

15. *Conforme fuera determinado en la interposición del recurso de casación, en la sentencia recurrida la Corte Provincial de Justicia de Pichincha resuelve aceptar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revocar la sentencia subida en grado, y en su lugar rechazar la demanda por improcedente, realizando su fundamentación en el acápite sexto denominado MOTIVACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA SUBIDA EN GRADO, el cual en su parte pertinente sostiene lo siguiente: (1/4)*

16. *Como puede apreciarse del texto citado. el Tribunal de instancia NO APLICA normas de derecho sustantivo para resolver, justificando su decisión en disposiciones adjetivas contenidas en los artículos 1 y 107 del Código Orgánico General de Procesos realizando un análisis ligero y equívoco de las mismas. fruto de la falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo referidas en el presente escrito. A esto se añade que la falta de aplicación de dichas normas lo llevan a emitir un criterio equívoco sobre el concepto de "proceso", contrario al concepto uniforme de "proceso" recogido por la doctrina. desconociendo así de forma flagrante las garantías básicas del debido proceso consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República mismas que son aplicables a "todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden" y no solamente a los procesos judiciales.*

Incidencia o transcendencia del vicio en la decisión tomada por el Tribunal de instancia.

17. *El objetivo de la presente litis busca que el órgano judicial corrija el arbitrario ejercicio de la autonomía de la voluntad del demandado al haber juzgado de forma ilegal a la recurrente, violando su derecho al debido proceso y varias de las garantías básicas del mismo, es decir, busca reparar el estado de indefensión e inseguridad jurídica que la arbitraria actuación del demandado lo causó. Ferrajoli enseña que "...No hay ninguna razón, una vez excluida su confusión con las libertades, para que estos poderes (se refiere a los privados) no estén sujetos a la ley... y subordinados a la tutela de los derechos fundamenta/es y de los intereses públicos y generales". lo cual es concordante con lo expuesto en el artículo 1 del Estatuto del*

CLUB RANCHO SAN FRANCISCO, aprobado mediante Acuerdo Ministerial No. 126 del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes que dice: "Con domicilio en Tanda, Parroquia Nayón del Cantón Quito, se constituye como Corporación Civil sin fines de lucro, el Club que funcionará bajo el nombre de CLUB RANCHO SAN FRANCISCO, con duración indefinida y se someterá a la Constitución de la República y a las leyes de la materia así como al presente Estatuto su Reglamento Interno otros reglamentos del Club y demás Leyes y Reglamentos conexos ... © Lo expuesto demuestra que es indiscutible que las normas de derecho positivo no aplicadas por el Tribunal de instancia eran y son de obligatorio cumplimiento para el demandado. CLUB RANCHO SAN FRANCISCO.

18. *En el presente caso, la trascendencia del vicio en la decisión tomada por el Tribunal Ad -quem radica en que la falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo referidas en el presente escrito le lleva a tomar una decisión que, en lugar de reparar el estado de indefensión de la recurrente y corregir la arbitrariedad ejecutada por el demandado, deja en una indefensión más grave aún a la recurrente, por cuanto hace que la ilegal sanción impuesta continúe vigente y que, para colmo, la vía judicial para garantizar la tutela efectiva de sus derechos quede agotada sin que se haya dado solución al problema jurídico materia de la causa. En palabras de Palacios Soria, "Precisamente, el proceso es el instrumento que le permite al Estado hacer eficaz el derecho objetivo, es decir, el proceso judicial produce las condiciones para que el Estado exija el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente"; lo cual en el presente caso NO SUCEDIÓ justamente por haber incurrido el Tribunal de instancia en el vicio materia del presente recurso de casación. En caso de haberse aplicado las normas de derecho sustantivo explicadas en el presente escrito la decisión del Tribunal Ad -quem hubiese ratificado la declaratoria del ilegal proceso sancionatorio así como de la sanción que arbitrariamente se le impuso a la recurrente. (¼)° (Sic)*

6.4) De los enunciados esbozados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **falta de aplicación**, el mismo, opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

6.5) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada por la recurrente, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen el medio de impugnación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto:

6.6) La parte recurrente sostiene que existe falta de aplicación de las normas invocadas *ut supra*; en ese escenario, para determinar si estos postulados son válidos, corresponde analizar el caso concreto, sobre la base de los hechos fijados como ciertos, en la sentencia impugnada, entre ellos:

- La existencia de la membresía No. 457 otorgada por el Club Rancho San Francisco a favor Patricia Alexandra Hidalgo Coelho de Souza, desde el año 2003, que determina que dicha ciudadana forma parte de dicha persona jurídica como socia preferente.
- La existencia del Estatuto 2014 del Club Rancho San Francisco, vigente a la fecha, que regula la constitución; clase de socios; derechos y obligaciones de los mismos; organismos de gobierno, ejecutivos, y administrativos; membresías, y más disposiciones generales.
- La sanción emitida por la Comisión de Disciplina del Club Rancho San Francisco, de fecha 17 de noviembre del 2017, en contra de Patricia Alexandra Hidalgo Coelho de Souza, que determinó una suspensión de su membresía por el lapso de un mes.

Ahora bien, los hechos fijados como ciertos, deben ser considerados, en atención a la súplica planteada, la cual procura la declaratoria de nulidad del procedimiento de juzgamiento y sanción realizado por la Comisión de Disciplina del Club Rancho San Francisco, en contra de la socia Patricia Alexandra Hidalgo Coelho de Souza, por incurrir en la conducta descrita en el artículo 7 (8 Sic) del Reglamento de Aplicación de Sanciones del Club Rancho San Francisco.

6.7) El Título II, capítulo VIII, de la Constitución de la República del Ecuador, denominado

“derechos de protección”, contiene los artículos 75 y 76 numerales 1, 3, y 7 literales c) y e), normas constitucionales acusadas como infringidas, como no aplicadas; las mismas son mandatos de optimización que garantizan la tutela judicial, y el derecho de defensa, como parte del debido proceso.

En respuesta al planteamiento de la recurrente, en torno a estos reproches, es de entender que la Constitución de la República del Ecuador, contiene principios y reglas jurídicas, dentro de su espectro normativo, siendo que, las normas singularizadas *ut supra*, son principios, en otras palabras, mandatos de optimización que son desarrollados por garantías normativas para procurar su materialización; en ese sentido, la propuesta casacional, al no delimitar cual es el supuesto de hecho y cuál es el efecto jurídico como partes estructurales de una norma de derecho sustancial, que coexisten para declarar o reglar la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material, inobserva el principio de debida fundamentación y demostración, propio del cargo casacional, por lo que lo alegado es improcedente, tanto más que, en la acción civil incoada, la actora tuvo acceso gratuito a la justicia, presentó su demanda, y sus pruebas, y también el órgano jurisdiccional emitió la resolución correspondiente, en función de los principios de independencia e imparcialidad; en ese sentido, no se *avizora* que en la presente causa exista una vulneración a la tutela judicial efectiva, ni a las garantías del debido proceso aludidas.

6.8) El Capítulo II, del Título I, del Código Orgánico de la Función Judicial, denominado ^aPrincipios rectores y disposiciones fundamentales^o contiene el artículo 25 que versa sobre el Principio de Seguridad Jurídica, el cual guarda estricta relación con la obligación que tienen los Jueces y los Jueces, de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución de la República del Ecuador e instrumentos internacionales, leyes, y demás normas jurídicas. En el mismo sentido descrito *ut supra*, la norma *in comento*, no contiene el supuesto de hecho y el efecto jurídico, para declarar o reglar la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material, y concluir que nos encontramos frente a una norma de derecho sustancial, ante la ausencia de dichos elementos, no puede configurarse la violación directa propia de la causal en análisis.

6.9) En el Libro I, Título XXX del Código Civil, denominado ^aDe las Personas Jurídicas^o, emerge el contenido del artículo 567, como parte integrante del desarrollo normativo sistemático aplicable a las personas jurídicas, dicha garantía hace relación a las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, las

que se someten a la aprobación del ejecutivo, siempre y cuando no sean contrarios al orden público, a las leyes, o a las buenas costumbres, instrumentos que incluso aprobados, cuando irroguen lesión o perjuicio por su aplicación, cabe el recurso expedito ante el órgano judicial; en ese escenario, se advierte que, en el *in examine*, frente a la inconformidad de la ciudadana Patricia Alexandra Hidalgo Coelho de Souza, surgida de la aplicación del Estatuto 2014 del Club Rancho San Francisco, y del Reglamento de Aplicación de Sanciones del mismo ente, accedió a la jurisdicción civil, en la cual, uno de sus órganos (el Tribunal *ad quem*), en ejercicio de los principios de independencia e imparcialidad, consideró que las teorías del caso, jurídicas y probatorias, planteadas y desarrolladas por la accionante, no fueron suficientes para declarar la procedencia de la demanda; ahora bien, dicha cuestión, es decir, la no aceptación de la súplica planteada, no es fundamento suficiente para sostener la falta de aplicación de la norma *in comento*, por lo que la propuesta casacional adolece de debida fundamentación y demostración, y trascendencia.

6.10) El libro IV, Título II, ^aDe los Actos y Declaraciones de Voluntad^o, contiene el artículo 1478, el cual establece que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano; por su parte, el Título XX *ibídem*, desarrolla las garantías normativas atinentes a la nulidad y rescisión, así, es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa (artículo 1697 del Código Civil). La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años (artículo 1698 del Código Civil).

Ahora bien, en todo procedimiento, de cualquier índole, se debe garantizar el derecho al debido proceso; en el caso objeto de estudio, la súplica planteada al órgano jurisdiccional, estuvo enfocada en la declaratoria de nulidad de ciertos actos emitidos por una entidad privada, que evidentemente está sujeta a control jurisdiccional conforme lo establecido en el artículo 567 del Código Civil; sin embargo de aquello, se determina que la pretensión planteada difiere del fundamento argumentativo y jurídico esbozado a lo largo del presente caso; en ese sentido, para clarificar el problema jurídico, este Tribunal, advierte que la membresía que tiene la ciudadana Patricia Hidalgo, con el Club Rancho San Francisco, deriva de un acuerdo de voluntades, de una convención, a la cual confluyeron recíprocamente, actora y demandada, y persistió por años, sin que se haya alegado, en su momento, la

nulidad de dicho acto por existir un objeto o causa ilícita, o por faltar en el mismo algún requisito de ley; así, dicho acuerdo es una fuente de obligaciones, en los términos descritos en el artículo 1453 del Código Civil, fuente por la cual, las partes, adquirieron derechos y obligaciones, mutuas y recíprocas, las mismas que se detallan en los términos de la membresía, cuya piedra angular, es el Estatuto de la persona jurídica hoy demandada, así como su reglamento disciplinario, a los cuales, se sometieron por ser ley para las partes.

Ahora bien, el artículo 1561 del Código Civil, otorga al contrato la categoría de *“ley para las partes”*; ergo, dicha acepción, determina que el contenido de las estipulaciones (contractuales) no puede rebasar aquello libremente acordado. La *“ley”*, en su sentido imperativo y atributivo, es la matriz de derechos y obligaciones, con la diferencia de que en la esfera contractual, toma características determinadas e individuales, *a contrario sensu* de lo impersonal y abstracto de la ley general. La ley en el sentido indicado (el contractual), tiene fines autónomos, derivados de la dependencia recíproca, y rígida en cuanto a la vigencia de las cláusulas contractuales. En ese sentido, la membresía, al ser un acuerdo de voluntades, se vuelve imperativa para los intervinientes, cuyo incumplimiento produce efectos jurídicos.

El Art. 1562 del Código Civil, establece lo siguiente: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”*.

La buena fe, es un principio de conducta, recogido como máxima en el derecho contractual, el mismo, implica actuar en consecuencia con la verdad, precepto que confrontado con el caso objeto de la controversia, sirve para distinguir el método de practicar las reglas y prescripciones contractuales así como sus consecuencias. Es el antecedente o fuente de deberes jurídicos; una cualidad que da por entendido que toda persona debe respetar sus compromisos, en el sentido en que una cláusula debe necesariamente surtir efectos, debiendo preferirse a aquella que no es capaz de surtir ninguno, y sujetarse a la interpretación que concuerde con la esencia del contrato; en ese sentido, al existir la membresía, la misma debía ser cumplida y aplicada de buena fe.

Entonces, al existir una ley para las partes, que debía ser acatada de buena fe, es claro que, la

accionante como los otros socios del Club Rancho San Francisco, están supeditados al Estatuto y Reglamento Disciplinario de la persona jurídica, en los cuales no se advierte objeto ilícito, causa ilícita, o ausencia de requisito legal; ergo, es lícito y legal, la instauración de un procedimiento administrativo, encaminado a sancionar la vulneración de las reglas de convivencia en el seno de dicha corporación; procedimiento en el cual, según los hechos fijados como ciertos, no se establece la vulneración de principios o reglas constitucionales o legales, ya que se evidencia que el mismo derivó de un órgano ejecutivo del Club, con competencia privada para el efecto, el cual se conformó en legal forma, según los documentos justipreciados en instancia, procedimiento de naturaleza privada en el cual además la hoy accionante fue escuchada, y ejerció su defensa.

Por todo lo indicado, no se advierte falta de aplicación de normas de derecho sustantivo, en la labor intelectual de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la impugnante, a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas que se consideran violadas y por ende provocarían un error de derecho; así mismo, no explica la influencia que ha tenido el presunto *error in iure*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado por la parte recurrente persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una falta de aplicación de los artículos 75 y 76 numerales 1, 3 y 7, literales c) y e) de la Constitución de la República, 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 567, 1478, 1697 y 1698 del Código Civil, es improcedente.

SÉPTIMO:

DECISIÓN.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del Código Orgánico General de Procesos, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

7.1) Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Patricia Alexandra Hidalgo Coelho de Souza, actora, por intermedio de sus procuradores judiciales, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y el cargo acusado.

7.2) Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.

7.3) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA

JUEZ NACIONAL (E)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

165096848-DFE

Juicio No. 09332-2017-09755

JUEZ PONENTE: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**AUTOR/A: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, miércoles 8 de diciembre del 2021, las 16h39.

VISTOS.- En virtud de los recursos de casación interpuestos por Eriberto Gustavo Aristov Aborsky, actor; y Marcelino Flores Leiva, Gerente General y representante legal de la compañía Representaciones Generales y Proveedores S.A. REGEPSA, demandada, en contra de la sentencia emitida el 30 de agosto del 2019, las 16h08, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Guayas, que acepta el recurso de apelación deducido por el accionante, y reforma la sentencia expedida por el Juez *a quo*¹, declarando con lugar la demanda y fijando los montos que debe cancelar la empresa accionada; la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; el doctor Pablo Fernando Loaiza Ortega, Conjuez Nacional, admitió a trámite los medios de impugnación planteados, mediante auto de 22 de julio del 2020, las 15h01; en esa virtud, el Tribunal de Jueces, convocó a audiencia oral, pública y de contradictorio para la fundamentación de los recursos admitidos; instalada la referida diligencia judicial, escuchados los sujetos procesales, el órgano jurisdiccional, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 268 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, estimó improcedente el recurso de casación interpuesto por Eriberto Gustavo Aristov Aborsky, actor; y, declaró el abandono del recurso planteado por REGEPSA, por no comparecer a la audiencia respectiva; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, se motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República; y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

PRIMERO:**JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**

Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y conforme la Resolución No. 03-2021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la Corte Nacional de

¹ Sentencia de 23 de mayo de 2019, dictada por el abogado Franco Ramiro Astudillo Maldonado, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil provincia de Guayas.

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CI
0502022148
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
RITA ANNABEL
BRAVO QUIJANO
C=EC
L=QUITO
CI
1307604478
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTAÑEDA
C=EC
L=QUITO
CI
1706381975
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Justicia, llama a los doctores David Isaías Jacho Chicaiza², Wilman Gabriel Terán Carrillo³ y Himmler Roberto Guzmán Castañeda⁴, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de los doctores Carlos Ramírez Romero, Vicente Robalino Villafuerte y María Rosa Merchán Larrea, ex Jueces Nacionales, respectivamente, por ausencia definitiva de los indicados operadores de justicia.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante sorteo de ley, efectuado el 29 de marzo del 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En aplicación del artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, previo el sorteo respectivo, llama a la doctora Rita Annabel Bravo Quijano Conjueza Nacional (E), para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, Juez Nacional (e), en virtud de la licencia legalmente otorgada.

Así, queda conformado el suscrito Tribunal por el doctor Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (E), doctora Rita Annabel Bravo Quijano Conjueza Nacional (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación planteado y admitido; así como los incidentes que se susciten en el desarrollo del mismo, conforme lo determinado en el artículo 163 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2 Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

3 Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

4 Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

SEGUNDO:**LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*.**

2.1) Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3⁵ de la Constitución de la República del Ecuador, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de dicho cuerpo normativo.

TERCERO:**VALIDEZ PROCESAL.**

3.1) El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

CUARTO:**ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.**

4.1) El ciudadano Eriberto Gustavo Aristov Arorski, en procedimiento sumario, demanda a Marcelino Flores Leiva, Gerente General y representante legal de la compañía Representaciones Generales y Proveedores S.A. REGEPSA, en el siguiente contexto:

5 Constitución de la República del Ecuador: ^a Art. 76.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (1/4)°.*

“Soy propietario del inmueble ubicado en la lotización Industrial INMACONSA 23 Nor Oeste y Ciruelos, Parroquia Tarqui del cantón Guayaquil. Av. 56 Nor Oeste Km. 23,5 Vía Perimetral, intersección con Av. 44 Nor Oeste, cuyas características son las siguientes: Área de 718,98 metros cuadrados, piso de baldosa, un baño completo y ducha con un tanque de 500 litros como reserva; 5 toma corrientes polarizados; 2 lámparas fluorescentes de 40 watts; 1 puerta enrollable con sus respectivas llaves y seguridades; 1 caja de breakers correspondiente a cada local; El 1 de junio del año 2015, firmé en conjunto con el ACCIONADO un contrato de arriendo por el período de 5 años, por un canon mensual de CUATROCIENTOS DÓLARES DE LSO ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$ 400,00) el cual se actualiza anualmente conforme al incremento del costo de la vida según lo establecido actualmente el valor que paga es de cuatrocientos cuarenta y un dólares de los Estados Unidos de América (\$441,00).

Es el caso señor juez, que apenas se suscribió el contrato de arrendamiento, el arrendatario me pidió permiso para él hacer unas adecuaciones en el local, bajo su costo y responsabilidad, pues, según dijo necesitaba elevar un poco el techo, lo cual autoricé, pero, al parecer el trabajo no fue bien ejecutado lamentablemente esto ocasionó que se filtre el agua al interior del local, dañando las instalaciones eléctricas, la pintura, etc.

Posteriormente, hace más de dos meses, el demandado me dijo verbalmente que se iba a ir a alquilar otro local porque este le quedaba muy pequeño y las necesidades de su negocio lo llevaban a buscar un nuevo sitio para sus operaciones comerciales, y que en vista de que había un depósito de dos meses, iba a hacer uso de ese tiempo durante el cual no pensaba continuar pagando el canon mensual.

Huelga mencionar señor Juez, que la Ley de Inquilinato establece aquellos dos meses de depósito como garantía a favor del arrendador, en caso de que el arrendatario deje en mal estado el local que ha estado ocupado, a fin de que con este dinero el arrendatario pueda paliar los gastos ocasionados por reparaciones.

En el caso denunciado, los daños ocasionados por el arrendatario superan claramente el valor del depósito, el cual es de apenas ochocientos dólares de los Estados Unidos de América (\$ 800,00), por lo cual, el arrendatario debe no solo pagar los dos meses que pretende ocupar gratuitamente, sino que, además deberá pagar al arrendador el saldo que resultare establecido luego de la pericia que deberá hacerse para evaluar los daños ocasionados por el arrendatario, más el valor calculado por 33 meses de incumplimiento del contrato, teniendo como base los valores que actualmente paga.

Finalmente el demandado desocupó el lugar el 31 de octubre de 2017, dejando incluso el local abierto, pues con malicia dijo haber perdido las llaves, aumentando el daño causado a mi persona, pues tendré que cambiar cerraduras y poner nuevas llaves(¼)º (Sic).

En este sentido exige:

^a ¼ Se declare:

- a) El incumplimiento del contrato por parte del demandado, al pretender el arrendatario dar por terminado el contrato de manera unilateral y sin causal legal alguna, atendiendo al Art. 28 de la Ley de Inquilinato en concordancia con el Art. 1561 del Código Civil, por lo cual deberá pagar el valor de los meses que faltan para completar el tiempo de alquiler fijado en el contrato el cual es ley para las partes.*
- b) La morosidad del demandado, pues adeuda en este momento el canon de arrendamiento de 2 meses vencidos.*
- c) Su culpabilidad al destruir el bien inmueble bajo su responsabilidad, por lo cual solicito que se lo obligue a pagar como reparación, los daños y perjuicios ocasionados.*
- d) Como complemento, se condenará al demandado el pago de costas procesales y honorarios profesionales de mi defensorº.*

4.2) De autos se verifica que Marcelino Flores Leiva, Gerente General y representante legal de la compañía Representaciones Generales y Proveedores S.A. REGEPSA, contesta la demanda, oponiéndose a la misma.

4.3) Desarrollado el procedimiento sumario, llevada a efecto la audiencia única correspondiente, el abogado Franco Ramiro Astudillo Maldonado, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil provincia de Guayas, emite su sentencia aceptando la demanda, la misma que es reducida a escrito el 23 de mayo del 2019, las 08h46, en el siguiente contexto:

“(1/4)” ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA°, declara parcialmente con lugar la demanda propuesta por el Señor ERIBERTO GUSTAVO ARISTOV ABORSKI; y, se dispone lo siguiente: a) El pago de los cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de septiembre y octubre del año 2017, los que corresponde a la suma de cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América por cada mes, y ante lo expuesto en la presente sentencia, se dispone que el valor de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América dados en garantía sean compensados a la liquidación del valor por falta de pago en los cánones de arrendamiento antes indicados, esto en aplicación a lo dispuesto en el Art. 1671 y 1672 del Código Civil.- No se ordena el pago de los cánones de arrendamiento por los meses que faltan por el tiempo de estipulado en el contrato, puesto que la parte actora a partir del mes de noviembre del 2017 hizo uso del bien; tampoco se ordena el pago de los daños y perjuicios por la reparación que se ha ocasionado al bien dado en arrendamiento como se ha solicitado por falta de prueba.- Sin costas ni honorarios que regular.- En atención al escrito que antecede, confiérase a costa del interesado, copia de la grabación oficial del audio de la audiencia única, al mismo que se lo previene de la responsabilidad por el manejo abusivo de la información contenida en la grabación oficial, conforme lo determina el Art. 83 inciso final de la norma legal antes invocada.- CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE° (Sic)

4.4) Frente al recurso de apelación interpuesto oportunamente por el accionante Eriberto Gustavo Aristov Aborski, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial del Guayas, en sentencia de 30 de agosto del 2019, las 16h08, resuelve:

“(1/4)” ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA°, resuelve aceptar el recurso de apelación, reformando la sentencia venida a grado que declara con lugar la demanda presentada, y condena al pago de USD \$400,00 dólares de los Estados Unidos de América, es decir, en los términos de esta decisión. Sin costas que regular en esta instancia. (1/4) conforme se ha dejado expresado en el contrato las partes fijaron las bases de su relación, en el cual establece que en caso de incumplimiento del plazo del inquilino se compromete a pagar la indemnización establecidas en la ley de inquilinato, no existiendo norma expresa en dicha ley, dada la

naturaleza de la relación contractual, el tribunal considera las reglas generales aplicables para los casos de indemnización y por este motivo en cuanto al plazo se consideró el lucro cesante equivalente de un mes de renta de 400 dólares, pues a partir de octubre del 2017, el local estuvo en disposición del actor para el nuevo alquiler y en la demanda se lo reconoce haber sido notificado verbalmente por él (1/4)º (Sic)

4.5) Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Eriberto Gustavo Aristov Aborsky, actor; y Marcelino Flores Leiva, Gerente General y representante legal de la compañía Representaciones Generales y Proveedores S.A. REGEPSA, demandada, interponen recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

4.6) El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 22 de julio del 2020, las 15h01, admitió a trámite los recursos de casación planteados, bajo los siguientes parámetros:

“(1/4) RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto, considerando que los recursos interpuestos indistintamente por las partes procesales, cumplen con los requisitos de procedibilidad, se les ADMITE a trámite por lo tanto de conformidad con lo ordenado en el tercer inciso del Art. 270 reformado del COGEP, se les corre traslado a las partes simultáneamente para que en el término de treinta días, contesten los recursos de manera fundada. Transcurrido el término indicado, con la contestación o sin ella, remítase el expediente a la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. (1/4)º. (Sic)

4.7) El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del Código Orgánico General de Procesos, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

4.8) Marcelino Flores Leiva, Gerente General y representante legal de la compañía Representaciones Generales y Proveedores S.A. REGEPSA, demandada, recurrente, no compareció a la audiencia convocada, razón por la cual, el órgano jurisdiccional, aplicó el tenor del artículo 87 numeral 1 del Código

Orgánico General de Procesos, declarando el abandono de su medio de impugnación.

QUINTO:

LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y MERCANTIL ECUATORIANA.

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es *“...un Estado constitucional de derechos y justicia...”*. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

*“...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...”*⁶.

Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la Constitución de la República establece lo siguiente:

⁶ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

a ...En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...°.

Este derecho, *per se*, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la Constitución de la República es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión⁷; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión⁸.

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

7 Constitución de la República del Ecuador: Art. 182: *“(1/4) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”; Art. 184:* *“Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (1/4)°.*

8 Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190: *“Art. 190.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;*

“...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (1/4) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (1/4) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...”.

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la Constitución de la República del Ecuador acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

“...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos...” (Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 *ibídem* declara lo siguiente:

“...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...”.

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *“...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”.*

9 Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que^a *...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...^o.*

En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) Finalmente, la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

^a...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).^{o 10}, concluye sobre el tema indicando que ^a (1/4) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa...^{o 11}.

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y

¹⁰ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

¹¹ Ibídem, Pág. 28

taxativo con el objetivo de materializar los fines de este instituto procesal y cristalizar la justicia especializada en materia civil y mercantil, como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”*¹²

La garantía normativa de la casación está determinada en las reglas del Código Orgánico General de Procesos, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 266, 268 y 269, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

“Art. 266.- Procedencia. *El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.*

¹² Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración°.

Art. 268.- Casos. *El recurso de casación procederá en los siguientes casos:*

1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.

3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia.

4. Cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto.

5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

Art. 269.- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley (1/4)^o

Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, determina la siguiente regla procesal: *“Art. 250.- (1/4) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad”*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *“...La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas...”*¹³.

El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el Código Orgánico General de Procesos, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la sentencia impugnada.

Ahora bien, la Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

“...Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del

¹³ Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión*, Temis, Bogotá, 2008, p. 67

juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada...^{o 14}.

La cita transcrita *ut supra*, guarda relación con lo determinado en el artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos, que textualmente señala:

“Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.

3. La determinación de las causales en que se funda.

4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada^o.

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *“...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio,*

¹⁴ Ecuador, Sentencia Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.

limitadamente a la cuestión jurídica...^o 15.

Por su parte, el jurista Piero Calamandrei define la casación como un instituto judicial *“...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...^o 16*

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *“in iudicando”* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de casación; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

SEXTO:

ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

6.1) La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los *errores in iudicando*, los errores de derecho, existentes, en el caso concreto, en la sentencia del Tribunal *ad quem*; por ello, *per se*, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y Justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación.

A través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales previstas en el Código

¹⁵ Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casacion*, Victor P. de Zavalía Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

¹⁶ Piero Calamandrei, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

Orgánico General de Procesos, aplicable al caso.

Es de relevancia puntualizar que el Tribunal de casación circunscribirá su estudio únicamente al medio de impugnación planteado por Eriberto Gustavo Aristov Aborsky, actor, toda vez que el recurso planteado por Marcelino Flores Leiva, Gerente General y representante legal de la compañía Representaciones Generales y Proveedores S.A. REGEPSA, demandada, fue declarado en abandono.

En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral 4.6) de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación planteado por Eriberto Gustavo Aristov Aborsky, actor, limitando el mismo al cargo establecido en el numeral 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; ergo, inexorablemente la parte recurrente debía referirse en su fundamentación exclusivamente a esta causal, siendo por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

6.2) Análisis de la causal 5 descrita en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en el caso concreto.

La causal elegida, por el recurrente, Eriberto Gustavo Aristov Aborsky, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es la establecida en el numeral 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, cuyo tenor es el siguiente:

^a Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (1/4)

5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto^o.

En el mentado caso, ^ano 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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la 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 (1/4) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente al hipotético contemplado en ella. Incorre 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, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(1/4)^{o 17}

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo casacional elegido (*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea*

17 Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más..

interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.

- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (*debida fundamentación y demostración*)
- La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

La causal 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutive, sobre la misma, esta Alta Corte ha señalado:

a 1/4 se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quaen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente^{o 18}

Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

a (1/4) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella^{1/4} que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material^o (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un

18 Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 19999

supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otras normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (1/4)^o 19

6.3) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con el yerro *in iure* acusado por la parte recurrente (Eriberto Gustavo Aristov Aborsky), quien al fundamentar el medio de impugnación señala:

“ 1/4.1. ± De acuerdo al art.268 Numeral 5, el Tribunal ha incurrido en aplicación debida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, que son determinantes en la parte dispositiva de la sentencia.

QUINTO. ± Cumpliendo el Art. 267 Numeral 4 del COGEP, expongo los motivos concretos en los que fundamento mi recurso, y forma en que se produjeron los vicios que sustentan la causa:

De forma concreta, la Sala Provincial de lo civil ha violado la ley al indicar en su fallo que, debido a que el local comercial logró arrendarse nuevamente luego de pocas semanas que el demandado rompió el contrato que tenía firmado con el demandante, esto no debería pagar sino el lucro cesante. Al solicitarse aclaración por parte del demandante, el Tribunal indicó literalmente en su parte pertinente que:

“ conforme se ha dejado expresado en el contrato, las partes fijaron las bases de su relación, en el cual establece que en caso de incumplimiento del plazo del inquilino se compromete a

19 Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

pagar la indemnización establecidas en la ley de inquilinato, no existiendo norma expresa en dicha ley, dada la naturaleza de la relación contractual, el tribunal considera las reglas generales aplicables para los casos de indemnización y por este motivo en cuanto al plazo se consideró el lucro cesante equivalente de un mes de renta de 400 dólares, pues a partir de octubre del 2017, el local estuvo en disposición del actor para el nuevo alquiler y en la demanda se lo reconoce haber sido notificado verbalmente por él°.

En contraste con lo argumentado por el Tribunal, este debió resolver amparado en lo que el propio contrato obliga tanto al arrendador como al arrendatario, conforme lo establece con claridad el Art. 1561 del Código Civil. Esta norma dice con total claridad que (el contrato) "no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", de manera que no habiendo consentimiento mutuo, nos quedaría las causas legales, pero estas no existen, y no pueden presumirse, pues como es conocido por todos como un axioma legal, LO QUE NO EXISTE COMO NORMA JURÍDICA, NO EXISTE EN EL MUNDO DEL DERECHO (1/4)° (Sic).

6.4) Las normas cuya falta de aplicación se acusa, son los artículos 1561 y 1562 del Código Civil, y 28 de la Ley de Inquilinato.

6.5) De los enunciados esbozados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **falta de aplicación**, el mismo, opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

6.6) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada por el recurrente Eriberto Gustavo Aristov Aborsky, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen el medio de impugnación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto:

6.7) Conforme lo descrito *ut supra*, las normas cuya falta de aplicación se acusa, son los artículos 1561 y 1562 del Código Civil, y 28 de la Ley de Inquilinato, para su análisis, *prima facie*, este Tribunal parte de

los hechos fijados como ciertos, en el *in examine*:

- La existencia de un contrato de arrendamiento entre actor y demandada, con cláusulas definidas.
- El plazo de duración del contrato de arrendamiento acordado por voluntad de las partes fue de cinco años el mismo que corría a partir del 1 de junio de 2015.
- La entrega del valor de \$800** por concepto de garantía del contrato, por parte de la empresa hoy demandada, al actor.
- La interrupción del plazo contractual establecido.
- La terminación anticipada del contrato de arrendamiento, por acuerdo tácito entre las partes, según las diligencias y actos que precedieron para el efecto (desocupación del local por parte de la empresa demandada, ocupación inmediata del local por parte del actor, y arrendamiento inmediato del mismo a una tercera persona), de lo cual se determina la voluntad del arrendatario de dar por concluido el acuerdo contractual, y la aceptación tácita del arrendador de recibir el bien inmueble objeto del convenio.
- La falta de pago de ciertos cánones de arrendamiento por parte de la demandada al actor.

6.8) Ahora bien, el artículo 1561 del Código Civil establece: *“ Todo contrato legalmente celebrado es una*

ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales^o; de la revisión de la sentencia impugnada, se avizora que el *ad quem*, enuncia dicha norma sustantiva, y la relaciona con el contexto del caso.

El artículo 1561 del Código Civil, otorga al contrato la categoría de *ley para las partes*^o; ergo, dicha acepción, determina que el contenido de las estipulaciones (contractuales) no puede rebasar aquello libremente acordado. La *ley*^o, en su sentido imperativo y atributivo, es la matriz de derechos y obligaciones, con la diferencia de que en la esfera contractual, toma características determinadas e individuales, *a contrario sensu* de lo impersonal y abstracto de la ley general.

La ley en el sentido indicado (el contractual), tiene fines autónomos, derivados de la dependencia recíproca, y rígida en cuanto a la vigencia de las cláusulas contractuales. De la revisión de la sentencia del *ad quem*, los términos del mismo (contrato) y las contingencias ocurridas a su alrededor, han sido delimitados, en el siguiente contexto:

*“(1/4) el presente Tribunal pone en consideración lo siguiente: 1. Que ha existido un vínculo contractual entre las partes, lo cual queda justificado con el contrato de arrendamiento de local que obra en fs. 2 de los autos. 2. El referido contrato de arrendamiento estableció obligaciones a cargo de los suscriptores entre ellas la del plazo por cinco años, el pago de renta, y goce del bien por tal lapso de tiempo, encontrando este tribunal que se infringió la estipulación contractual en cuanto al plazo por parte de la compañía accionada según consta en su escrito de contestación a la demanda, del que se desprende su salida del local adeudando tres meses de renta. 3. Como tal, al evidenciarse el quebranto de lo estipulado en el contrato, corresponde a la parte accionante probar los daños alegados, de conformidad a lo establecido al artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, que establece que “Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda”, he aquí que a criterio de este tribunal, considera que no se encuentran justificado en debida forma los daños materiales que se inda se ocasionaron en el local desocupado. De igual manera y de conformidad al artículo 158 *ibídem* que señala que “La prueba tiene como finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”, En concordancia al artículo 163. 1 de la norma legal ante citada que indica “No requieren ser probados los hechos notorios o públicamente evidentes encontramos que el accionado adeuda un valor por concepto renta por los meses de agosto, septiembre y octubre del*

2017, este ultimo a partir del cual se dio lugar a un nuevo alquiler, conforme ha sido reconocido por las partes, dentro del proceso, de aquí que en la aplicación a los principios de la sana crítica, este tribunal es de criterio que corresponde dictar dentro de la litis, que se proceda ordenar el pago de la referida indemnización por responsabilidad contractual en los siguientes términos: I. El valor de USD \$ 800,00 dólares de los Estados Unidos de América, como monto que equivale la renta de los meses de agosto y septiembre del 2017; más el valor de 400 dólares, que equivalen al mes de octubre, mes que se dejó de percibir ganancia por parte del accionante, en virtud de la desocupación del local, toda vez, que desde este mes se procedió a dar nuevamente en alquiler el prenombrado local, como tal la suma por indemnización por responsabilidad contractual correspondería a la cantidad de USD \$1.200 dólares de los Estados Unidos de América, no obstante, y de conformidad a lo estipulado en el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes el 1 de junio del 2015, también se muestra en el inciso segundo del acápite tercero que la parte accionada entrego a la parte accionante la cantidad de USD \$800,00 dólares de los Estados Unidos de América como concepto de garantía, que no se justifica en autos que dicho valor ha sido devuelto a la contraparte, como tal y por lo antecedentes expuestos, al no ameritar una indemnización por daños materiales, al no estar debidamente justificado, encontramos que dentro de la litis si opera una compensación de los valores adeudados en referencia al pago de pensiones de arrendamiento adeudados, y como tal se ordena a pagar USD \$400,00 dólares de los Estados Unidos de América que deberá pagar el accionado. (1/4).° (Sic)

La delimitación esbozada sobre el caso por el *ad quem*, en torno a lo cual basa su análisis para aceptar el recurso de apelación del actor, y reformar la sentencia del Juez *a quo*, parte del examen de las cláusulas contractuales, las cuales son ley para las partes, y de las contingencias ocurridas alrededor del acuerdo de voluntades.

Ergo, deviene en lógico que se resuelva el asunto, tomando como parte fundamental del conflicto, reglas que *per se* constituyen lo esencial del objeto del contrato, atendiendo para tal efecto la previsión jurídica principal, escrita con voluntad de los intervinientes y que es ley para aquellos, a la que deben someterse para vislumbrar sobre la materia contratada; tanto más si se considera que los efectos de las cláusulas, se imponen en cuanto mejor se adecúe con la naturaleza del contrato, esto es el arrendamiento de un bien inmueble regido por la Ley de Inquilinato, cuya piedra angular es el derecho social, sin que para interferir en su cumplimiento tengan cabida, elementos no contemplados en lo trascendental del acuerdo, y que en el mejor de los casos, pueden ser calificados de accidentales, y por lo mismo sin fuerza suficiente, para

anteponerlos al objeto del arrendamiento. Si el arrendador estimaba que el incumplimiento del acuerdo de voluntades, derivaba en un pago de daños y perjuicios, debía consignar dicha cuestión con parámetros claros en la ley para las partes (contrato), más de ninguna manera, dejarlo subyacente, para luego utilizarlo como elemento de objeción para exigir indemnizaciones no justificadas procesalmente, una vez que se verificó la terminación anticipada del contrato de arrendamiento, de forma tácita. De los hechos fijados como ciertos, en contraste con el convenio escrito, se avizora que no se acordó de forma alguna los parámetros del pago de indemnización, derivando dicha cláusula a la Ley de Inquilinato, cuerpo normativo que tampoco establece parámetros para el efecto; sumado a ello, no se verifica que la parte actora haya justificado el daño irrogado a fin de que exista una indemnización; *a contrario sensu*, se determina categóricamente que el accionante en esta causa, volvió a arrendar nuevamente y de forma inmediata el local; *per se*, no hay hecho cierto que delimite obligación para una indemnización en los términos expresados por el recurrente.

Per se, el *ad quem*, al concluir que no amerita una indemnización por daños materiales, por no estar debidamente justificada tal cuestión en relación con la aplicación de las cláusulas contractuales, aplica adecuadamente el artículo 1561 del Código Civil.

En la misma ilación lógica, la alegación relacionada con que el plazo de cinco años pactado inicialmente en el acuerdo de voluntades, fue incumplido, y que por tal efecto cabe indemnización a favor del actor, queda sin sustento con los hechos fijados como ciertos que reflejan la terminación anticipada del contrato de arrendamiento, por acuerdo tácito, por lo que el contrato en este punto específico quedó invalidado por acuerdo mutuo, aplicándose el contenido de la norma analizada, sin que se determine su vulneración.

6.9) El artículo 1562 del Código Civil, establece lo siguiente: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”*.

Frente a la expresión *buena fe*, *“las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad.”*²⁰ En este sentido, en materia de contratos, la buena fe, no es

20 Sentencia de 23 de Junio de 1958. G.J.T.L XXXVIII, p. 233. En Código Civil Comentado, Ed. Leyer, 15 edición, Bogotá, 2006, pág. 1031

simplemente una cuestión de conciencia del sujeto, la convicción interna de encontrarse en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así o si se prefiere, la conciencia de obrar por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.²¹

El concepto de buena fe tiene relación precisamente con la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones recíprocas que tienen las partes en un acuerdo de voluntades, pues en razón de aquellas, nacen las obligaciones, y si se observa la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento, encontramos las reglas pertinentes en el Código Civil y la Ley de Inquilinato, relacionadas precisamente a este acuerdo de voluntades.

La buena fe, es un principio de conducta, recogido como máxima en el derecho contractual, el mismo, implica actuar en consecuencia con la verdad, precepto que confrontado con el caso objeto de la controversia, sirve para distinguir el método de practicar las reglas y prescripciones contractuales así como sus consecuencias. Es el antecedente o fuente de deberes jurídicos; una cualidad que da por entendido que toda persona debe respetar sus compromisos, en el sentido en que una cláusula debe necesariamente surtir efectos, debiendo preferirse a aquella que no es capaz de surtir ninguno, y sujetarse a la interpretación que concuerde con la esencia del contrato (arrendamiento), teniendo en cuenta que los contratantes, no pueden pactar sobre algo que no conocen, porque al suscribirlo deben estar a lo literal de sus palabras y a la materia que originó la transacción. Aun en el caso de que ambiguamente la parte actora pretendiera extender las cláusulas contractuales, para darles un alcance distinto, por imperio de la ley, dichas cláusulas, se interpretan en su contra, en los términos descritos en el artículo 1582 del Código Civil, que señala: *“No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”*

La Ley de Inquilinato, establece el ámbito de dicho cuerpo normativo, así, regula las relaciones derivadas de los contratos de arrendamiento y subarrendamiento de locales comprendidos en los perímetros urbanos; en el *in examine*, de los hechos fijados como ciertos se establece que *prima facie* el conflicto jurídico tiene relación con un contrato de arrendamiento, dentro de los términos fijados en la ley invocada.

Como garantía normativa para tutelar los derechos de arrendador y arrendatario como partes integrantes del
21 Luis Parraguez, Régimen Jurídico del Contrato, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2021, pág. 119

acuerdo de voluntades que da origen a un contrato de arrendamiento, el artículo 28 de la Ley de Inquilinato señala que el plazo estipulado en el contrato escrito será obligatorio para arrendador y arrendatario. Sin embargo, en todo contrato de arrendamiento tendrá derecho el arrendatario a una duración mínima de dos años, excepto cuando se trate de arrendamiento de habitaciones en hoteles, casas de pensión o posadas; de locales a individuos o familias que, teniendo su residencia habitual en un lugar, van a otros transitoriamente; y, de locales para exhibiciones, espectáculos y otros fines, que por su propia naturaleza, tengan corta duración; por su parte, el artículo 35 *ibídem* señala que en los contratos escritos sin fijación de plazo y en los verbales, el arrendatario podrá dar por terminado el contrato de arrendamiento, en cualquier tiempo, previo aviso al arrendador con anticipación de un mes, por lo menos. Durante este tiempo pagará el precio del arrendamiento y permitirá que los interesados examinen el local arrendado, regla que mantiene las mismas excepciones contenidas en los literales a), b), c) del artículo 28 invocado.

Realizado un análisis hermenéutico de las normas objeto de estudio, se establece que las mismas instauran garantías normativas que dan seguridad a los arrendatarios, en lo relacionado a los plazos de los contratos que versan en esta materia, tomando en cuenta que la naturaleza social de la Ley de Inquilinato procura proteger a quien es la parte más débil del acuerdo de voluntades, tanto es así, que desde el derecho comparado, este es un rumbo común, en el cual se pondera la protección del arrendatario en tanto figura socialmente más débil en el contrato y su posición es reforzada por el codificador o el legislador según el caso, otorgando por cierto una clara preeminencia frente a su contratante.

En el caso objeto de análisis, si el convenio fue invalidado por voluntad de las partes según los hechos fijados como ciertos, el plazo señalado en el mismo perdió vigencia, por lo cual no es obligatorio (pese a que, *prima facie*, la intención de los contratantes fue que el contrato de arrendamiento dure cinco años); por lo cual los valores de arrendamiento reclamados por el actor, devienen en impertinentes, *per se*, el planteamiento encaminado a que se ordene el pago de los cánones de arrendamiento de los meses que faltaron para completar el tiempo de alquiler fijado en el contrato, procura un enriquecimiento injustificado, más aún cuando el local fue arrendado de forma inmediata a una tercera persona; ergo, no se avizora la vulneración del artículo 28 de la Ley de Inquilinato, ni del artículo 1562 del Código Civil.

Para ultimar, por cuanto la parte recurrente, en este caso el actor, no ha cumplido con los principios que rigen la técnica casacional, y tomando en consideración el análisis desarrollado, la propuesta impugnatoria no prospera.

Por todo lo indicado, no se advierte falta de aplicación de normas de derecho sustantivo, en la labor intelectual de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por el impugnante, a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas que se consideran violadas y por ende provocarían un error de derecho; así mismo, no explica la influencia que ha tenido el presunto *error in iure*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado por la parte recurrente persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una falta de aplicación de los artículos 1561 y 1562 del Código Civil, y 28 de la Ley de Inquilinato, es improcedente.

SÉPTIMO:

DECISIÓN.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del Código Orgánico General de Procesos, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

7.1) Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Eriberto Gustavo Aristov Aborsky, actor, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y el cargo acusado.

7.2) Conforme lo resuelto en audiencia, por cuanto Marcelino Flores Leiva, Gerente General y representante legal de la compañía Representaciones Generales y Proveedores S.A. REGEPSA, demandada, recurrente, no compareció a la audiencia convocada, al tenor del artículo 87 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, se declara el abandono de su medio de impugnación.

7.3) Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.

7.4) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

BRAVO QUIJANO RITA ANNABEL

CONJUEZA NACIONAL

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

165809742-DFE

Juicio No. 17304-2012-0953

**JUEZ PONENTE: DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)****AUTOR/A: DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y
MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, viernes 17 de diciembre del
2021, las 11h19.**VISTOS:****I****ANTECEDENTES****a) Relación de la decisión impugnada**

1. En el juicio ordinario que siguen Mariana de Jesús Toledo Díaz y Luis Rodrigo Heredia Pérez y Cristóbal Mauricio Salgado Naranjo, los dos últimos como procuradores judiciales de Luis Hernán Paz Toledo, en contra de Washington Joel Pizarro Pico, Mónica María Verdesoto Paz y Gonzalo Augusto Román Chacón, el juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, emitió sentencia el 17 de febrero de 2017, las 15h41, aceptando la demanda de nulidad absoluta de la escritura pública de compraventa de derechos y acciones, celebrada el 21 de abril del 2009, ante el doctor Gonzalo Román Chacón, Notario Décimo Sexto del cantón Quito, inscrita en el Registro de la Propiedad del Distrito Metropolitano de Quito, el 4 de junio del 2009.

2. De esta sentencia, Washington Joel Pizarro Pico y Mónica María Verdesoto Paz, demandados, presentaron recurso de apelación, al cual se adhirieron los actores, mismo que fue conocido por el tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

3. Mediante sentencia de 3 de junio de 2019, las 16h29, se rechazó el recurso de apelación presentado por los demandados, por lo que, la sentencia de primer nivel fue confirmada, fallo que fue notificado el 3 de junio de 2019, las 16h29.

4. Las partes procesales presentaron solicitudes de ampliación y aclaración, las cuales fueron negadas en auto de 4 de julio de 2019, las 14h34.

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTAÑEDA
C=EC
L=QUITO
CI
1706381975

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CI
0502022148

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
WILMAN GABRIEL
TERAN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CI
1714429675

b) Actos de sustanciación del recurso de casación

5. Inconformes con la sentencia que resolvió el recurso de apelación, Washington Joel Pizarro Pico y Mónica María Verdesoto Paz, interponen recurso de casación dentro del término establecido por el artículo 5 de la Ley de Casación, esto es, en el término de cinco días; y, en base a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.

6. En virtud del recurso de casación propuesto, el proceso fue remitido a la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 19 de septiembre de 2019, a las 09h27, recayendo la competencia para conocer de la admisibilidad del mismo, en el doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, conjuez nacional, quien admitió a trámite el recurso de casación, mediante auto de 15 de junio de 2020, las 11h16.

c) Normas jurídicas infringidas y cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada

7. Los casacionistas impugnan la sentencia de apelación por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.

8. La causal segunda 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.

9. Citan la infracción de las siguientes disposiciones normativas: artículos 76, numeral 1 y 82 de la Constitución de la República; y, artículos 178, 179, 180 hasta el 187, 346 numerales 1, 2, 3, 4, 6 y 7, 352 y 1014 del Código de Procedimiento Civil.

d) Fundamentos del recurso de casación

10. La parte casacionista acusa que en la sentencia recurrida hay aplicación indebida de los artículos 148, 179 y 180, hasta el 187 del Código de Procedimiento Civil, porque las mismas son aplicables a la falsedad del instrumento público, mas no a la nulidad de contrato, lo cual constituye una gravísima incongruencia, ya que, en vez de aplicar estos preceptos relacionados con la falsedad de instrumento público, debían aplicar los que se refieren a la nulidad de contrato.

11. Agrega que se los demanda por nulidad de contrato, pero se sustancia el proceso y se emite sentencia como una nulidad de instrumento público.
12. Menciona que existe falta de aplicación del artículo 346, numeral 3 del Código de Procedimiento Civil porque la legitimidad de la personería jurídica constituye una solemnidad sustancial común a todos los procesos e instancias, por lo que el tribunal de apelación debió declarar la nulidad absoluta e insanable de todo el proceso, teniendo en cuenta que se citó a la Dra. Myriam Carlota Amparito Villacis, sin ser parte procesal, porque no tenía la calidad de Notaria Pública Décimo Sexta del cantón Quito, a la fecha de otorgamiento de la escritura, sino el doctor Gonzalo Román Chacón.
13. Sostiene que no se ha aplicado el artículo 346 numeral 4 *ibídem*, porque no se ha citado debidamente al demandado, doctor Gonzalo Román Chacón, en su calidad de Notario Décimo Sexto del cantón Quito, a la fecha de otorgamiento del instrumento público objeto de la presente controversia; puesto que, al desconocer su domicilio, no era suficiente declarar únicamente este hecho bajo juramento, ante el juez de primera instancia, sino que, previamente, debía haberse realizado -como diligencia preparatoria- el trámite judicial en virtud del cual, mediante documentos públicos se demuestra que les fue imposible determinar el domicilio y residencia de dicho demandado, en cumplimiento de las sentencias de triple reiteración de la ex-Corte Suprema de Justicia.
14. Adiciona que por esta razón, se debió declarar la nulidad absoluta e insanable del proceso, puesto que se violó el debido proceso.
15. Sostiene que no se aplicó el artículo 352 *ibídem*, en virtud del cual, se debe declarar la nulidad absoluta de la causa, por la omisión de cualquier otra solemnidad sustancial, como es el debido proceso, teniendo en cuenta que la omisión ha influido en la decisión de la causa, y que la nulidad fue alegada por los hoy casacionistas en la contestación a la demanda, con las excepciones y la reconvencción.
16. Manifiesta que no se ha aplicado el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual, tanto el juez de primera instancia como el tribunal de apelación, debió declarar la nulidad absoluta del proceso por violación de trámite, porque se aplicaron indebidamente los artículos 178, 179 y 180, que se refieren a la nulidad de instrumento público, debiéndose aplicar la nulidad de contrato, con lo que se demuestra la violación de trámite.

17. Agrega que hay falta de aplicación de las resoluciones 159-2001, 127-2002 y 258-2001 de triple reiteración de la ex-Corte Suprema de Justicia, que obliga a los jueces a declarar la nulidad insanable, por vicios de citación, cuando no se justifica con documentos el desconocimiento del domicilio y residencia del demandado.

II

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia

18. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); David Jacho Chicaiza; y, Wilman Terán Carrillo, es competente para conocer y resolver este proceso, de conformidad con la Resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

19. Sobre la base de esta Resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-P-CNJ-2021, y 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

20. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución; 184 y 190 numeral 1 del COFJ; y, artículo 1 de la Ley de Casación.

2.2. Validez procesal

21. En la tramitación de este proceso, en fase de casación no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad el mismo, ni inobservancia por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución; y, por otro, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

III**PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

22. De acuerdo con lo expuesto en el recurso de casación, este tribunal de justicia para resolver las impugnaciones del presente caso, plantea el siguiente problema jurídico:

Verificar si el tribunal de alzada a través de su fallo, denegó justicia a los recurrentes, incumplió en garantizar las normas y el derecho de las partes; así como también, incurrió en la aplicación indebida y falta de aplicación las disposiciones normativas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, invocadas.

IV**ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA**

23. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas. En la actualidad, la motivación casacional sigue en una constante evolución que exige un análisis de razonabilidad práctica más allá de la racionalidad formal.

24. La motivación es la justificación de la decisión judicial y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión, en un sentido u otro; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho.

25. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español ha acogido la concepción racionalista de la motivación al sostener que:

"[1/4] lo que [1/4] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho [1/4]"

26. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales.

En la función endoprosesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso.

27. En la función extraprosesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica.

28. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

"[1/4] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión [1/4]" [1/4] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha [1/4]"

29. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones

epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.

30. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.

31. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos.

32. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificadora, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

33. Por ello, en cumplimiento con dicha obligación constitucional dentro del modelo de Estado garantista de derechos y, en virtud del principio de irradiación constitucional con relación a la fuerza vinculante sustancial y supremacía de la Constitución, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

4.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

34. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

35. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios

mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso. A la vez, el artículo 169 de la Constitución prescribe:

"El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

36. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

37. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos:

"[1/4] el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos".

38. Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.

39. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana $\text{\textcircled{D}}$ en adelante CC $\text{\textcircled{D}}$ señala que el derecho a la tutela judicial efectiva, que prescribe el artículo 75 de la Constitución, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

40. A su vez, la CC desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como

producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley. Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.

41. Por su parte, la CC vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales. Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

42. A la vez, el artículo 8.1 del texto convencional de la CADH que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

43. Este artículo tiene relación con el artículo 25 que se refiere a la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la CADH es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

44. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando cuando diversos casos son sometidos a su conocimiento, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de

la aplicación del control de convencionalidad.

45. Es decir, este derecho complejo (debido proceso) que implica, a su vez, conjunto de otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales como medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.

46. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidar la seguridad jurídica en su dimensión objetiva.

47. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna.

48. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a los órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.

49. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben ser analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

50. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los

justiciables.

4.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil

51. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o captura de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido.

52. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.

53. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación en el que los poderes del tribunal *ad quem* no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso-, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y expresado en la fundamentación de su recurso.

54. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.

55. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*.

56. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".

57. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición *casacional*-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.

58. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.

59. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.

60. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber:

i) Son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado;

ii) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y,

iii) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, teniendo en cuenta que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

4.3. Cuestiones previas sobre la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación

61. La causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación se configura por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de disposiciones normativas de orden procesal, 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.

62. Es necesario enfatizar que las nulidades a las que se refiere esta causal de casación, únicamente proceden cuando se haya viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, es decir, cuando se demuestre una violación al debido proceso porque no se han observado las disposiciones normativas procedimentales determinadas para el trámite de la causa que se encuentra bajo juzgamiento.

63. Nuestro ordenamiento jurídico consagra las causas de nulidad procesal, por omisión de solemnidades sustanciales aplicables a todos los juicios e instancias, que taxativamente están

determinadas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y en el artículo 1014 ibídem, que prevé la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando.

64. Como lo señala Enrique Véscovi en su obra Derecho Procesal Civil:

"[¼] en virtud del carácter no formalista del derecho procesal moderno, se ha establecido que para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino se produce un perjuicio a la parte. La violación de trámite no bastará para producir la nulidad procesal, pues según la doctrina consagrada por el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil en armonía con la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, la violación tiene que ser trascendental o en palabras de la ley, influir en la decisión de la causa [¼]"

65. Según Eduardo Couture:

"[¼] No hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio. La antigua máxima Pas de nullité sans grief recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate, cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes. Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aún aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades [¼]"

66. Dentro de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, existen tres modos de infracción: aplicación indebida, falta de aplicación y errónea interpretación de disposiciones normativas de orden procesal.

67. Sin embargo, estos tres medios o motivos contemplados para la procedencia de esta clase de impugnación no pueden abordarse de manera simultánea respecto de la misma disposición normativa, puesto que constituyen yerros diferentes e independientes en los que puede incurrir el juzgador.

68. La aplicación indebida es un error de selección y de subsunción en la disposición normativa. La falta de aplicación, en cambio se da cuando el juzgador omite aplicar la disposición normativa que

corresponde, conforme a las proposiciones que han sido probadas. Por último, la errónea interpretación se produce cuando existe una deficiencia de hermenéutica jurídica, al darle a la disposición normativa un sentido ajeno y diferente a su verdadero significado o alcance.

69. Pero, además de la infracción directa de la disposición normativa de orden procesal, se exige que la causal de nulidad sea insanable o haya provocado indefensión; así como, que dicha nulidad influya en la decisión de la causa, y que la misma no haya sido convalidada legalmente.

70. Así, bajo los parámetros que cita la parte recurrente, a continuación, se procede a analizar los yerros que se alegan, teniendo en consideración que el análisis del tribunal de casación, se encamina a verificar si existen las infracciones de disposiciones normativas de orden procesal que regulen las solemnidades sustanciales aplicables al presente caso.

4.4. Análisis de los cargos presentados por la parte recurrente en relación a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación

71. Examinado el escrito de interposición del recurso de casación presentado por Washington Joel Pizarro Pico y Mónica María Verdesoto Paz, se puede verificar, en primer lugar que, acusan que en la sentencia recurrida hay aplicación indebida de los artículos 148, 179 y 180, hasta el 187 del Código de Procedimiento Civil, porque dichas disposiciones normativas son aplicables a la falsedad del instrumento público, mas no a la nulidad de contrato.

72. Sin embargo, los casacionistas no detallan cuáles serían las disposiciones normativas correctas que debieron aplicarse, teniendo en cuenta que la aplicación indebida es un error de selección de la disposición normativa aplicable a la premisa fáctica, por lo que corresponde, obligatoriamente, indicar las disposiciones que debieron aplicarse en su lugar, para que el recurso de casación prospere.

73. Por otro lado, la parte recurrente sostiene que hay falta de aplicación de las resoluciones 159-2001, 127-2002 y 258-2001 de triple reiteración de la ex-Corte Suprema de Justicia, que obliga a los jueces a declarar la nulidad insanable, como un argumento de su recurso de casación presentado por la causal segunda.

74. La causal segunda como se dijo en líneas anteriores, se alega cuando existe infracción a disposiciones normativas de orden procesal que han 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.

75. Es por esta razón que, cuando se basa el recurso de casación en la causal segunda, únicamente se debe acusar la infracción de disposiciones normativas procesales que tengan que ver con la nulidad insanable del proceso o con la indefensión que pueda verificarse en el mismo, mas no la infracción ± en cualquiera de sus modalidades- de precedentes jurisprudenciales obligatorios, puesto que la causal que trata de dichas infracciones es la primera del artículo 3 de la Ley de Casación, equivocando quien recurre, el argumento respecto de la causal alegada y posteriormente admitida en fase de calificación del recurso.

76. Los casacionistas mencionan además, que existe falta de aplicación del artículo 346, numeral 3 del Código de Procedimiento Civil porque la legitimidad de la personería jurídica constituye una solemnidad sustancial común a todos los procesos e instancias, por lo que el tribunal de apelación debió declarar la nulidad absoluta e insanable de todo el proceso, teniendo en cuenta que se citó a la doctora Myriam Carlota Amparito Villacis, sin ser parte procesal, porque no tenía la calidad de Notaria Pública Décimo Sexta del cantón Quito, a la fecha de otorgamiento de la escritura, sino el doctor Gonzalo Román Chacón.

77. Y, sostienen también que no se ha aplicado el artículo 346 numeral 4 *ibídem*, porque no se ha citado debidamente al demandado, doctor Gonzalo Román Chacón, en su calidad de Notario Décimo Sexto del cantón Quito, a la fecha de otorgamiento del instrumento público objeto de la presente controversia; puesto que, al desconocer su domicilio, no era suficiente declarar únicamente este hecho bajo juramento, ante el juez de primera instancia, sino que, previamente, debía haberse realizado -como diligencia preparatoria- el trámite judicial en virtud del cual, mediante documentos públicos se demuestra que les fue imposible determinar el domicilio y residencia de dicho demandado, en cumplimiento de las sentencias de triple reiteración de la ex-Corte Suprema de Justicia.

78. En lo que respecta a la falta de aplicación, esta infracción se da cuando el juzgador omite aplicar la disposición normativa que corresponde, conforme a las proposiciones sobre hechos que han sido probadas durante el proceso; en el presente caso, de disposiciones normativas que regulan la nulidad insanable del proceso o que proscriben la indefensión dentro de la causa.

79. Respecto a las reglas y garantías que supone el procedimiento, la Convención Americana de Derechos Humanos ha establecido, que las disposiciones normativas que comprenden las garantías judiciales, deben aplicarse, valga la redundancia, en todo proceso judicial, precisamente para asegurar

el respeto de los derechos que las personas, y en específico, los sujetos procesales de una relación jurídica tienen en una contienda judicial:

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

80. Disposición convencional que ha sido recogida y desarrollada en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República, entre los que constan los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas, al debido proceso y a la defensa, los cuales se superponen a todas las normas y reglas procesales, por su carácter y prevalencia, su capacidad de irradiar a todo el ordenamiento jurídico, y con mayor razón a la actividad judicial.

81. En tal sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, en su momento estableció que:

"[¼] la normativa legal que rige su actuación, que si bien no puede ser desconocida por los operadores judiciales, debe ser conforme a los principios y derechos constitucionales (principio de legalidad), de tal forma que propendan al cumplimiento de los fines del Estado, y a la realización del derecho de las personas como verdadera garantía de acción a la administración de justicia".

82. Por su parte, el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil determina como solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos e instancias, las siguientes: a) jurisdicción de quien conoce el juicio; b) competencia de la jueza o el juez o tribunal en el juicio que se ventila; c) legitimidad de personería; d) citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente; e) concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término; f) notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y, g) formarse el tribunal con el número de jueces que la ley prescribe.

83. Es decir, de las disposiciones convencionales, constitucionales y legales mencionadas, la inobservancia de las garantías judiciales que haya provocado indefensión, la infracción de dichas solemnidades y la violación de trámite en los términos establecidos en el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil-, provocan que el proceso sea nulo, de acuerdo al ordenamiento jurídico

ecuatoriano.

84. En lo referente a la nulidad procesal, aquella está direccionada a cuestionar la validez o eficacia de un acto jurídico procesal o de todo un proceso; es así que:

"[1/4] la doctrina relaciona la nulidad procesal con un defecto de forma en el ejercicio o desarrollo del acto procesal; como una sanción al acto irregular; con el incumplimiento de algún requisito que la ley prescribe para la validez del acto; con la sanción civil o penal que la ley establece como reacción a la violación del procedimiento establecido; como una consecuencia lógica del incumplimiento de aquellas formas a las cuales la ley atribuye determinados efectos; como un estado de anormalidad del acto; como una privación de efectos imputada a los actos del proceso, una sanción de ineficacia con que la ley castiga los actos de procedimiento cuando se ha faltado a trámites esenciales o para cuyo defecto las leyes dispongan expresamente la nulidad, etc. [1/4]"

85. La nulidad entendida como vicio del acto, genera que el mismo sea susceptible de verificación respecto de los requisitos que un acto procesal debe contener para ser catalogado como *Sancto et Perfecto* lo cual significa que, de verificarse aquellos, este surte efectos. Mientras que la nulidad como sanción, pretende que, ante la verificación de una irregularidad en el ejercicio de un acto procesal *que perjudica a una de las partes-* a través de la aplicación de las disposiciones normativas que regulan esta institución jurídica *±nulidad procesal-*, se elimine los efectos del acto procesal cuestionado.

86. Así, para poder declarar como nulo un acto procesal *±teniendo en cuenta que la existencia de nulidad es una situación no deseada en un proceso, en tanto dilatoria del mismo-*, es necesario que la existencia de la misma se autolimite a supuestos específicos en los que la violación del derecho a la defensa es palpable, por lo que, para su declaratoria deben observarse los principios de especificidad, de convalidación, de trascendencia y de protección.

87. El principio de especificidad tiene que ver a su vez con la legalidad, es decir, además de que la causal de nulidad se encuentre *±necesariamente-* prevista en la ley, la misma debe ser expresa y clara, con la finalidad de que no se emitan declaratorias de nulidad por motivos no previstos en los términos establecidos en las disposiciones normativas que la regulan, garantizando así, predecibilidad en las decisiones judiciales.

88. El principio de convalidación parte de la naturaleza excepcional de la nulidad; en este sentido, a través del consentimiento de la parte que ha sido lesionada por el incumplimiento de una formalidad, se sana el acto en cuestión. Ese consentimiento puede darse de manera expresa o tácita; la expresa se verifica cuando la parte perjudicada, ratifica el acto procesal viciado; mientras que la tácita ocurre cuando la parte perjudicada y legitimada para alegar la nulidad del acto, no la realiza en el momento debido.

89. El principio de trascendencia tiene que ver con la existencia de un perjuicio cierto que no puede resarcirse, sino únicamente con la declaratoria de nulidad. Es decir, "no existe impugnación de nulidad, en ninguna de sus formas, si no existe un interés lesionado que reclame protección". De ahí que, en virtud de este principio, el único legitimado para solicitar la declaratoria de nulidad de un acto procesal, es quien ha sufrido un perjuicio cierto y determinado por el acto procesal viciado.

90. Por último, de acuerdo al principio de protección, quien incurre o ha dado lugar al acto viciado no puede solicitar la declaratoria de nulidad. La idea central de este principio es que la parte procesal que da lugar al acto viciado, no puede tener la posibilidad de escoger los efectos que aquel tiene, no puede aceptarlos si le son favorables ni denunciar los defectos que le perjudiquen, pues, estaría violando los principios de buena fe y lealtad procesal.

91. Al respecto y como primer punto, de la revisión de los recaudos procesales se evidencia que, a lo largo de la controversia, los derechos de los casacionistas al debido proceso, a interponer recursos y a la seguridad jurídica, han sido garantizados por los juzgadores de instancia, en consecuencia, no se les ha denegado justicia.

92. Los recurrentes han acusado que el tribunal de apelación ha aplicado indebidamente los artículos 178, 179 y 180 (hasta el artículo 187) del Código de Procedimiento Civil, porque las mismas son aplicables a la falsedad de instrumento público mas no a la nulidad de contrato; alegando además que se les demanda la nulidad de contrato, pero se sustancia y se sentencia como nulidad de instrumento público.

93. De fojas 696 a 702 del cuaderno de primera instancia consta la décima segunda copia certificada de la escritura pública de compra venta de derechos y acciones, celebrada el 21 de abril del año 2009 ante el doctor Gonzalo Román Chacón, Notario Décimo Sexto del cantón Quito; documento que se ha hecho valer en juicio por parte de los señores Mariana de Jesús Toledo Díaz y Luis Hernán Paz Toledo, **y del cual piden la nulidad del contenido del contrato de compraventa por haber**

falsedad en dicho instrumento público, fundamentando su demanda en los artículos 1697, 1698 y 1699 del Código Civil, y artículos 178 al 187 del Código de Procedimiento Civil; es decir, invocan como motivo de la demanda, la falsedad del instrumento.

94. Falsificar consiste en:

"[¼] "adulterar, contrahacer", y la "falsificación" es acción y efecto de falsificar, de donde se tiene que en esencia se trata de una actuación material del hombre sobre el objeto documental, o una manipulación material mediante creación total por fabricación del objeto, que le atribuye una negativa de ser falso respecto de su opuesto verdadero (¼) Se puede predicar que tal objeto es falso, o mejor que contiene en sí mismo la falsedad respecto de su creación o formación, bien por mutación del contenido original o bien del autor inicial, o de ambos. Pero la falsedad no está en otro objeto diverso o extraño a el mismo. [¼]"

95. El referido documento se trata de un instrumento público o auténtico que ha sido otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, el cual se denomina escritura pública, conforme lo determina el artículo 164 del Código de Procedimiento Civil; disposición normativa de orden procesal que guarda concordancia con el artículo 1718 del Código Civil, el cual establece que:

"La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno. [¼]"

96. Máxime cuando en la especie y por tratarse de un contrato de compraventa de derechos y acciones respecto de un bien inmueble, aquel debe ser elevado a escritura pública a través de la minuta que contiene el contrato correspondiente, de acuerdo a los artículos 19, 23, 26 y 33 de la Ley Notarial; motivo por el cual, el juzgador de primer nivel en cumplimiento del artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, previo a calificar la demanda dispuso la comparación de firmas, conforme se evidencia a fojas 670.

97. Por su parte, el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, determina que:

"Es instrumento falso el que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de

tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron, o de los testigos o del notario; por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado; y en caso de que hubiere anticipado o postergado la fecha de otorgamiento."

98. Por lo tanto, este enunciado normativo tiene que ver con el instrumento público o auténtico definido en el artículo 164 *ibídem*, que hace fe y constituye prueba de acuerdo con el artículo 165 *ídem*, y que se transforma en instrumento falso cuando concurren una o más de las causas previstas en el artículo 178 del referido Código; de tal manera que, en la demanda (foja 667) se hace referencia a que:

"En dicho contrato de compraventa, en su contenido se hace constar la venta el 24% de los derechos y acciones del inmueble ubicado en el lote de terreno No.- 283 de la Avenida [¼] por parte de los comparecientes lo cual es falso ya que nunca hemos acudido a Notaría alguna [¼] Las diferencias entre las firmas que constan específicamente en el contrato de compraventa con las que utilizamos en todos nuestros actos públicos y privados; y, que usted señor Juez cotejará, saltan a la vista y son evidentes; que las personas a quienes se nos atribuye la autoría de dichas firmas es cuestionable, ya que no las reconocemos como nuestras." El artículo 180 del Código Adjetivo citado, prescribe que: "Si se demandare la falsedad de un instrumento público, el juez procederá a comparar la copia con el original, y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales.", debiendo darse a la causa el trámite establecido en el inciso 2do. del mismo artículo, con las consecuencias previstas en el inciso 3ro [¼]".

99. Por lo expuesto, no ha lugar la alegación de los casacionistas al afirmar que ha existido una aplicación indebida de los artículos 178, 179 y 180 (hasta el 187) del Código de Procedimiento Civil, aplicables a la falsedad de instrumento público, mas no a la nulidad de contrato, las mismas que no se encuentran infringidas; insistiendo que, las normas del referido cuerpo normativo son de orden público, y por lo mismo, son de obligatorio acatamiento, no pudiendo quedar al arbitrio de las partes su observancia o no.

100. A lo que se agrega que, toda vez que el tribunal de apelación ha verificado la existencia de una falsedad del instrumento público en disputa ±escritura pública de un contrato de compraventa de derechos y acciones respecto de un bien inmueble-, ha aplicado las disposiciones normativas referentes a dicha falsedad, es decir, los artículos que están contenidos en el Código de Procedimiento

Civil y que fueron aplicados por el referido tribunal, fueron los correctos, entendiéndose que la pretensión de la parte actora se circunscribía precisamente a la declaratoria judicial de falsedad de un instrumento público, la cual fue emitida por el juzgador de primer nivel y confirmada por el tribunal de segundo nivel, luego de que aquellos encontraran mérito en dicha petición.

101. Los recurrentes sostienen que no se ha aplicado el artículo 346 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, y que el tribunal de alzada debió haber declarado la nulidad absoluta de todo el proceso, porque se citó a la doctora Myriam Carlota Amparito Villacís, sin ser parte procesal, puesto que no tenía la calidad de Notaria Pública Décimo Sexta del cantón Quito, a la fecha de otorgamiento de la misma, sino el doctor Gonzalo Román Chacón; por cuyo motivo, ella también alegó la nulidad insanable, por ilegitimidad de personería jurídica de la parte demandada.

102. A este respecto, a fojas 668 vuelta del cuaderno de primera instancia, consta el escrito de proposición de la demanda, en el que se manifiesta lo siguiente:

"[¼] Se contará dentro de esta causa con la doctora MIRIAM VILLACIS MORA Notaria Suplente Encargada Décimo Sexta del Cantón Quito actualmente; y, doctor GONZALO ROMAN CHACON Notario Décimo Sexto del cantón Quito a la fecha de los hechos. Para lo cual indicamos el lugar donde funciona la mencionada Notaría Décimo Sexta del cantón Quito esto es Edificio Tapia, segundo piso, calle Hermanos Pazmiño No.- 14B y Avenida 6 de Diciembre esquina. [¼]" (Sic).

103. A fojas 785 reposa el auto de sustanciación emitido el martes 2 de julio del 2013, las 15h32, por medio del cual el juez de primera instancia calificó la demanda, disponiendo además que se cite a los demandados en la dirección señalada.

104. A fojas 793, la parte actora señaló las direcciones a fin de que el doctor Gonzalo Román Chacón, Notario Décimo Sexto del cantón Quito, sea citado; así como también la doctora Myriam Villacís Mora, Notaria suplente encargada de dicha notaría.

105. A fojas 794, el juzgador dispuso las respectivas citaciones, salvaguardando el derecho a la defensa, tal y como lo prevé el artículo 76, número 7, letra a) de la Constitución de la República, y por así solicitarse en la demanda; teniendo en cuenta que, la parte actora puede formular toda clase de pretensiones, fundada o infundadamente, para sí o para terceros determinados o indeterminados, y el demandado puede oponerse a tales pretensiones, en virtud del ejercicio del derecho de acción, por lo

que, el debate procesal se centra en analizar a cuál de las partes procesales le asiste la razón y el derecho.

106. Trabada la *Litis*, a fojas 798 comparece la doctora Myriam Villacís Mora, contestando la demanda, deduciendo entre otras excepciones, ilegitimidad de personería, y manifestando que la escritura otorgada en la Notaría Décimo Sexta del cantón Quito, que contiene el contrato de compraventa cuya nulidad está solicitando la parte actora, ha sido otorgada el 21 de abril del 2009; mientras que ella viene desempeñándose como Notaria encargada Décimo Sexta del cantón Quito desde el mes de septiembre del año 2011, función que concluye el 31 de diciembre del año 2013, razón por la cual, nada tiene que responder judicialmente en relación con la presente demanda.

107. En nuestro sistema procesal, la legitimidad de personería es uno de los presupuestos procesales común a todos los juicios e instancias, cuya omisión acarrea la nulidad procesal.

108. La ilegitimidad de personería tiene lugar en los siguientes supuestos:

- i) Si el actor o demandado no tiene capacidad legal para comparecer por sí a juicio, por ser menor de edad o hallarse en interdicción, o por ser persona jurídica;
- ii) Si quien comparece a juicio aduciendo ser representante del actor o demandado no es legalmente capaz, por ser menor de edad o hallarse en interdicción;
- iii) Si quien al comparecer al juicio aduciendo ser procurador judicial no es persona legalmente capaz o hallarse comprendido en los impedimentos para ser procurador o el poder que ostenta para comparecer a juicio es insuficiente.

109. La legitimidad de personería tiene que ver necesariamente con la capacidad procesal, la cual se circunscribe a la aptitud que debe tener el sujeto que comparece al proceso por sí mismo y que existe cuando se presentan ciertas circunstancias intrínsecas al mismo. Generalmente, dichas circunstancias se refieren al hecho de tener mayoría de edad —cuando se refiere a la persona física o natural—, y tener representante legal cuando es persona jurídica.

110. La capacidad o aptitud procesal para comparecer en un proceso por sí mismo se denomina en la doctrina *legitimatio ad processum*, término que tiene que ver con la capacidad jurídica, la capacidad procesal y la debida representación.

111. La capacidad de comparecer en un proceso la tienen todas las personas, sin embargo, esto no

implica que aquellas puedan ejercer la primera en forma personal e independiente, pues, se hace necesaria la distinción entre capacidad de goce de la de ejercicio.

112. Así, la primera significa que todas las personas son aptas para adquirir derechos, lo cual es una característica general de las personas, en tanto sujetos de derechos; mientras que la segunda, se refiere al ejercicio o a la habilidad para hacer uso de esos derechos por sí mismas, sin que medie representación ni autorización de un tercero.

113. Es decir, la *legitimatio ad processum* o la personería adjetiva, hace relación a la capacidad, a la adecuada representación y a la habilidad litigiosa de las partes, o sea del derecho a comparecer por sí mismas, o por medio de representantes o apoderados, dependiendo de la naturaleza de los sujetos de la relación jurídica.

114. De esta manera, al mencionar los casacionistas que no se aplicó el artículo 346 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, al sostener que existe ilegitimidad de personería de la doctora Myriam Villacís Mora, quien a esa época se desempeñó como Notaria encargada Décimo Sexta del Cantón Quito, por lo que debía declararse la nulidad absoluta de todo el proceso; dicha alegación no procede, si se toma en cuenta que quienes han comparecido al proceso son aquellos que tienen capacidad procesal para comparecer al mismo, pues, el doctor Gonzalo Román Chacón, compareció como demandado al ejercer funciones de notario a la fecha en que se otorgó el instrumento público hoy impugnado, mientras que la doctora Myriam Villacís Mora fue requerida como Notaria encargada al momento de presentación de la demanda, ambos como representantes de dicha Notaría, al tiempo en que se encontraban ejerciendo dichas funciones, quienes evidentemente no tienen incapacidad alguna, pues de lo contrario, no podrían siquiera ejercer las funciones de dar fe pública; en consecuencia, no ha lugar el cargo.

115. Por otra parte, los recurrentes sostienen que la parte actora tenía la obligación de legitimar la personería jurídica, tanto en el *litis* consorcio activo como pasivo, desde la demanda, porque hay ilegitimidad de personería jurídica en ambos casos.

116. Al respecto, se menciona que es obligación del recurrente en casación, precisar en forma clara y concreta los vicios de fondo o forma que considere se encuentran presentes en la sentencia de apelación, ya sea por falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de disposiciones normativas de orden procesal, que en este caso, hagan referencia a nulidades procesales.

117. Es así que, los casacionistas debían indicar si en relación a la ilegitimidad de personería, se dejó de aplicar ciertas disposiciones normativas, o si estas fueron indebidamente aplicadas, o erróneamente interpretadas, sin caer en la imprecisión de realizar una simple invocación, como ocurre en el presente caso, por lo que, sin argumentación válida y posible que analizar, el cargo por esta causal se desecha.

118. El recurso de casación es extraordinario y limitado, por lo que, la interposición del mismo obliga a quien lo presenta, por un lado, a observar, necesariamente, los requisitos que las disposiciones normativas que lo regulan establecen, y por otro lado, a desarrollar los argumentos en los que se fundamenta, de manera clara y precisa, pues, en el proceso civil, el principio que se atiende en toda instancia y recurso, es el dispositivo.

119. El proceso civil se encuentra irradiado por una ideología política-económica, lo que permite que recoja instituciones que dan cabida a la libre disponibilidad del derecho o interés que se controvierte.

120. Es así que, los estados, aseguran el derecho a la propiedad y su libre disponibilidad, por lo que, las decisiones que giren en torno a este derecho, le competen únicamente a su titular, es decir, al titular del derecho subjetivo le corresponde decidir, si desea que su derecho sea tutelado jurisdiccionalmente mediante el inicio de un proceso en virtud del ejercicio de su derecho de acción; delimitar el contenido y alcance de la tutela solicitada; poner fin al proceso, entre otros.

121. A todo esto, es lo que se denomina disponer del proceso, como aplicación del principio dispositivo en materia civil, razón por la cual, el Estado no tiene poder alguno para intervenir en estos actos, teniendo en cuenta que lo que subyace es un interés privado que puede ser dispuesto de manera libre por quien ejerce su titularidad.

122. En este sentido, el principio dispositivo se integra por cuatro elementos:

a) la actividad en sede judicial solo puede iniciarse por petición del interesado, es decir, todo órgano jurisdiccional debe actuar @ogadamente@con lo cual se asegura el respeto de la titularidad del interés privado y el principio de imparcialidad del juzgador;

b) la determinación del interés, cuya tutela se solicita ante los órganos de justicia, le corresponde únicamente a las partes del proceso, pues, ellas delimitan el objeto del juicio o del recurso, por lo que, el juzgador no tiene potestad alguna para modificar los elementos de aquel;

c) el órgano jurisdiccional debe ser congruente con el marco delimitado por las partes en la demanda y en su contestación; y,

d) el fin del proceso también puede ser de libre disposición de las partes, de conformidad con las disposiciones normativas que regulen el proceso del que se trate.

123. Es así que, en virtud de este principio dispositivo, la correcta argumentación de los fundamentos en los que se basa la causal, y por ende el recurso, es de suma importancia, ya que constituye un requisito de formalización del mismo, el cual se espera que prospere siempre y cuando haya sido presentando respondiendo a razonamientos lógicos y jurídicos, en atención a los vicios que la causal por la que recurre, presenta, puesto que, la fundamentación se constituye en la carga procesal más exigente que se impone al casacionista como requisito esencial de la formalización del recurso.

124. De esta manera, la fundamentación del recurso, requiere del desarrollo de "razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa, y al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. Sin fundamentación, sin razonar las infracciones que debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas, con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción", en atención a la imposibilidad que tiene el Tribunal de Casación de realizar cualquier tipo de interpretación o corrección de los fundamentos tendiente a suplir la deficiencia con la que los cargos han sido propuestos en contra de la sentencia impugnada.

125. Por otro lado, los casacionistas mencionan que no se ha aplicado el artículo 346, numeral 4 del Código de Procedimiento Civil, porque no se ha citado debidamente al demandado doctor Gonzalo Román Chacón, puesto que al desconocer su domicilio, no era suficiente declarar este hecho, bajo juramento, ante el juez de primera instancia, sino que, previamente debía haberse realizado como diligencia preparatoria, el trámite judicial en virtud del cual, mediante documentos públicos se demuestra que fue imposible determinar el domicilio o residencia de dicho demandado, y que por esta falta de citación, el juez de primera instancia y los jueces de Alzada, debían haber declarado la nulidad absoluta del proceso.

126. En base a este argumento, es necesario señalar que en sede de casación, la sentencia que tiene

que impugnarse es la de segunda instancia, por lo que no es procedente que se alegue la pretendida omisión en la que incurrió, a opinión de quienes recurren, el juez de primera instancia.

127. De fojas 856 a 871 del cuaderno de primer nivel, obran los documentos obtenidos por medios electrónicos, mismos que son considerados como elementos de prueba conforme lo prescribe el segundo inciso del artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, mediante los cuales se justifica la imposibilidad de determinar la residencia del doctor Gonzalo Román Chacón, debido a que no existen registros domiciliarios del demandado, y los cuales corresponden a la Empresa Eléctrica Quito S.A. y a la Empresa Municipal de Agua Potable de Quito.

128. Sin embargo, del documento de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, se desprende la constancia de la dirección ubicada en Mariana de Jesús, Urbanización La Granja, acceso 35, segundo piso, departamento 22, la misma que fue consignada por la parte actora (fojas 793 y 800), no habiéndosele podido citar en dicha dirección al demandado, tal como consta de la razón de no citación que reposa a fojas 866, y de cuyo contenido se infiere que el demandado ya no reside en dicho inmueble; máxime cuando el demandado, doctor Gonzalo Román Chacón comparece a juicio, tal y como se colige de fojas 7 a 11 del cuaderno de segunda instancia, por lo que se lo tiene por citado, en virtud de lo que dispone el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil.

129. De esta manera, en virtud de dichas piezas procesales y de la razón de no citación, se concluye con claridad meridiana que existe documentación que evidencia que se hicieron las diligencias para poder individualizar el domicilio o residencia del demandado, no obstante, aun con ellas no se pudo determinar la dirección para realizar la citación, razón por la cual, la citación por la prensa estuvo justificada, tal como se realizó en el presente proceso, por lo que no procede el cargo de citación indebida al demandado, doctor Gonzalo Román Chacón.

130. Alegan los recurrentes que tampoco se ha aplicado, en ninguna de las dos instancias, el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual los jueces están obligados a declarar aun de oficio, la nulidad, cuando se trate de las solemnidades 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 346 *ibídem*, comunes a todos los juicios e instancias.

131. En efecto, dicho artículo no fue aplicado por los jueces de apelación debido a que como se dijo en líneas anteriores, no se verificó la existencia de nulidad procesal alguna en la sustanciación de la presente causa, pues, tanto los argumentos referentes a la ilegitimidad de personería y de indebida citación al demandado no tuvieron mérito, al comprobarse que ninguna de dichas solemnidades fue

inobservada por el tribunal de apelación, razón por la cual, al no verificarse incumplimiento de solemnidades sustanciales, no podía declararse la nulidad del proceso; por consiguiente, no ha lugar el cargo presentado.

132. Por otro lado, los casacionistas sostienen que no se ha aplicado el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual se debe declarar la nulidad absoluta de la causa, por la omisión de cualquier otra solemnidad sustancial, como es el debido proceso.

133. El artículo 344 del Código de Procedimiento Civil establece:

"Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código."

134. De conformidad con la citada disposición normativa, las únicas causas de nulidad de un proceso son las que tienen que ver con la omisión de alguna de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias establecidas en el artículo 346 *ibídem*, y aquellas establecidas para ciertos juicios particulares, determinadas en los artículos 347 y 348 del mismo Código; así como la violación de trámite prescrita en el artículo 1014.

135. Lo anterior en atención al principio de especificidad que informa a la nulidad, según el cual la causal de nulidad debe encontrarse necesariamente prevista en la ley, y debe ser expresa y clara, con la finalidad de que no se emitan declaratorias de nulidad por motivos no previstos en los términos establecidos en las disposiciones normativas que la regulan.

136. Es así que, el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil establece las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, cuya omisión puede ocasionar la nulidad procesal, siempre que influya en la decisión de la misma, y estas son:

- i) Jurisdicción de quien conoce el juicio;
- ii) Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila;
- iii) Legitimidad de personería;
- iv) Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente;
- v) Concesión de término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término;

- vi) Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y,
- vii) Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe.

137. Es decir, fuera de estas solemnidades y las especiales de los artículos 347 y 348, así como lo ordenado por el artículo 1014 del mismo Código, no hay otras omisiones que puedan causar la nulidad procesal.

138. En el presente caso, los recurrentes alegan que no se ha aplicado el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, mismo que guarda estricta relación con las solemnidades sustanciales, puesto que establece que para declarar la nulidad por falta de solemnidades sustanciales, que no sean la composición irregular del tribunal y por falta de citación al demandado ~~±~~por eso la frase "cualquiera otra solemnidad sustancial"-, dicha omisión debe necesariamente influir en la decisión de la causa, y debe haber sido alegada en la respectiva instancia por cualquiera de las partes.

139. Sin embargo, como se explicó en líneas anteriores, las alegaciones de nulidad del proceso por omisión de solemnidades sustanciales, no tienen mérito, luego de la verificación y análisis que ha realizado este tribunal de casación respecto de la pretendida ilegitimidad de personería e indebida citación o citación irregular al demandado.

140. Adicionalmente, si bien el debido proceso no es una solemnidad sustancial, sino un derecho que contiene otros derechos de aplicación en las contiendas judiciales, este tribunal no ha observado que las partes procesales hayan quedado en una posición de indefensión, sino que por el contrario, los juzgadores de instancia han garantizado los derechos y garantías judiciales de las partes en cada etapa del proceso.

141. Finalmente, los casacionistas mencionan que no se aplicó el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa.

142. Al respecto, se menciona nuevamente que, en sede de casación no se ha encontrado ninguna causa que anule el proceso, ni referente a omisión de solemnidades sustanciales o a violación del trámite de la causa, tanto más, si en relación a esto último se considera que al haberse propuesto la acción de nulidad de una escritura pública de compraventa, el trámite que ordena la ley, es el ordinario, por así estar determinado en el inciso segundo del artículo 180 del Código de Procedimiento

Civil, razón por la cual, se observa que se ha dado estricto cumplimiento con el trámite correspondiente, sin que exista causa para que se aplique el artículo 1014 *ibídem*, y se declare nulidad alguna; en consecuencia, el argumento no prospera.

V DECISIÓN DE LA SENTENCIA

143. Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil 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**":

- 1) Declara improcedente el recurso de casación presentado por los señores Washington Joel Pizarro Pico y Mónica María Verdesoto Paz, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia, constantes desde el párrafo 71 a 142.
- 2) No casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, emitida el 3 de junio del 2019, a las 16h29.
- 3) Sin costas en fase de casación.
- 4) Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al tribunal de origen. **Notifíquese y devuélvase.**

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL (E)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

165927234-DFE

Juicio No. 18334-2018-03412

**JUEZ PONENTE: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)****AUTOR/A: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 20 de diciembre del 2021, las 12h14. **VISTOS:** Incorpórese al proceso el escrito que antecede.- En virtud del recurso de casación planteado por Christian Daniel Villagómez Ortega y María Verónica Mayorga Benítez, demandados, por intermedio de sus procuradores judiciales, en contra del auto emitido el 17 de diciembre del 2019, las 09h05, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, mediante el cual rechaza de plano el recurso de apelación propuesto por los accionados antes referidos, y considera como no deducido el recurso; la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; el Doctor Yuri Stalin Palomeque Luna, Conjuez Nacional, resolvió la procedencia del recurso de hecho deducido por los legitimados pasivos, y admitió a trámite el medio de impugnación planteado, mediante auto de 29 de septiembre del 2020, las 12h52; por tanto, el Tribunal de Jueces, convocó a audiencia oral, pública y de contradictorio para la fundamentación del recurso admitido; instalada la referida diligencia judicial, escuchados los sujetos procesales, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 268 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, estimó procedente el recurso de casación interpuesto, por lo cual declaró la nulidad procesal por la existencia de vicios *in procedendo*; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la resolución por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

PRIMERO:**JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**

Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CI
0502022148

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
WILMAN GABRIEL
TERAN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CI
1714429675

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTANEDA
C=EC
L=QUITO
CI
1706381975

conforme la Resolución No. 03-2021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores David Isaías Jacho Chicaiza¹, Wilman Gabriel Terán Carrillo² y Himmler Roberto Guzmán Castañeda³, Conjuces Nacionales, para que asuman los despachos de los doctores Carlos Ramírez Romero, Vicente Robalino Villafuerte y María Rosa Merchán Larrea, ex Jueces Nacionales, respectivamente, por ausencia definitiva de los indicados operadores de justicia.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante sorteo de ley, efectuado el 23 de marzo de 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación planteado y admitido; el lugar, fecha y hora en que se dicta la resolución, constan al inicio del presente acto jurisdiccional.

SEGUNDO:

LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*.

2.1) Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3⁴ de la

1 Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

2 Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

3 Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

4 Constitución de la República del Ecuador: *“ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie*

Constitución de la República del Ecuador, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de dicho cuerpo normativo.

TERCERO:

VALIDEZ PROCESAL.

3.1) El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos; sobre el apartado de validez procesal, el órgano jurisdiccional, realiza el análisis correspondiente en considerandos posteriores.

CUARTO:

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

4.1) Rafael Marcelo Ortiz Castro, mediante procedimiento ordinario, demanda a María Verónica Mayorga Benítez y Christian Daniel Villagómez, padres y representantes legales del menor Daniel Mateo Villagomez Mayorga, en el siguiente contexto:

“(1/4) Del contrato de promesa de compraventa elevado a escritura pública que acompaño a la presente demanda, otorgado el 13 de diciembre del 2013, ante la Abogada María Piedad Martínez, Notaria Suplente Encargada de la Notaría Cuarta de este cantón Ambato; los cónyuges señores: CHRISTIAN DANIEL VILLAGOMEZ ORTEGA y MARÍA VERONICA MAYORGA BENITEZ, en calidad de padres y representantes legales del menor Daniel Mateo Villagómez Mayorga, me prometieron vender el vehículo de placas PBP3663, año de fabricación 2012, chasis No.

podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (1/4)°.

1C4BJWAg7CL115427, motor No. 1C4BJWAG7CL115427, marca JEEP, modelo WRANGLE TA 3.6 3p 4X3, color VERDE y demás especificaciones constantes en dicha promesa de compraventa.

2.- De la Cláusula CUARTA de la promesa de compraventa referida, se desprende que el precio pactado fue el de CUARENTA Y CINCO MIL DOLARES AMERICANOS, que fueron pagados a los promitentes vendedores María Verónica Mayorga y Christian Daniel Villagómez, en dinero en efectivo al momento mismo de la suscripción de dicha escritura de promesa de compraventa.

3.- El plazo pactado para firmar el contrato definitivo de compraventa del vehículo antes descrito fue el 5 de diciembre del 2017.

4.- En la cláusula SEXTA del referido contrato de promesa de compraventa se establece una multa de VEINTE MIL DOLARES, por un eventual incumplimiento, en el presente caso los demandados incumplieron con el contrato de promesa de compraventa.

5.- Pese a los continuos requerimientos verbales que he realizado a los promitentes vendedores, a fin de que cumplan con las condiciones de la promesa de compraventa y firmar el contrato de compraventa definitiva, estas personas jamás cumplieron de manera voluntaria con dicha obligación legal y moral; obligándome a requerirles mediante la acción notarial para que cumplan con dicho requerimiento; diligencia a la que pese a encontrarse legalmente notificados CHRISTIAN DANIEL VILLAGOMEZ ORTEGA y MARIA VERONICA MAYORGA BENITEZ, no comparecieron, habiendo incurrido en mora los promitentes vendedores desde ese preciso momento, por lo tanto han incumplido el contrato, conforme lo justifico con la diligencia que adjunto.

El incumplimiento de los promitentes vendedores como es obvio, me ha causado graves perjuicios económicos, por cuanto recibieron el dinero y no tengo en mi poder el vehículo materia de la promesa de compraventa. (1/4)° (Sic)

Establece como pretensión lo siguiente:

^a (1/4) en sentencia se les condene a lo siguiente:

a.- La resolución del contrato de Promesa de Compraventa celebrada por escritura pública el 13 de Diciembre del 2013. ante la Abogada Maria Piedad Martínez, Notaria Suplente Encargada de la Notaría Cuarta de este cantón Ambato, Provincia de Tungurahua, mediante la cual los cónyuges señores: CRHRISTIAN DANIEL VILLAGOMEZ ORTEGA Y MARIA VERÓNICA MAYORGA BENITEZ, en calidad de padres y representantes legales del menor Daniel Mateo Villagómez Mayorga, prometieron vender al compareciente RAFAEL MARCELO ORTIZ CASTRO el vehículo de PLACAS PBP3663, año de fabricación 2012, (1/4.)

b.- La devolución del precio pagado conforme consta en la cláusula CUARTA de la promesa de compraventa que es de CUARENTA Y CINCO MIL DÓLARES AMERICANOS que fueron pagados a los promitentes vendedores al momento mismo de la suscripción de dicha escritura.

c.- El pago de la multa constante en la cláusula SEXTA de la promesa de compraventa, aceptada por los demandados por el valor de VEINTE MIL DOLARES AMERICANOS.

d.- El pago de interés de mora del dinero entregado por el vehículo, esto es de los cuarenta y cinco mil dólares, calculados a la tasa máxima permitida por la ley, desde el vencimiento del plazo de la suscripción de la venta definitiva.

e.- El pago de las costas procesales en las que se incluirán los honorarios profesionales de mi abogado defensor° (Sic)

4.2) De autos se verifica que los accionados María Verónica Mayorga Benítez y Christian Daniel Villagómez, contestan la demanda, presentan excepciones, y la reconvenición correspondiente.

4.3) Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, el doctor Luis Fernando Fonseca Bautista, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Ambato, emite su sentencia aceptando la demanda y rechazando la reconvenición en todas sus partes, la cual es reducida a escrito el miércoles 11 de septiembre del 2019, las 13h01, en el siguiente contexto:

“(1/4) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se acepta la demanda y se rechaza la reconvenición en todas sus partes, ordenándose: 9.1.- La resolución del contrato de promesa de compra venta del automotor de placas PBP3663, suscrito por los señores MARIA VERÓNICA MAYORGA BENITEZ y CHRISTIAN DANIEL VILLAGOMEZ ORTEGA, en calidad de Padres y representantes del niño DANIEL MATEO VILLAGOMEZ MAYORGA y como promitentes vendedores, con el señor RAFAEL MARCELO ORTIZ CASTRO, contrato celebrado el viernes 13 de Diciembre del año dos mil tres. 9.2.- Notifíquese a la Abg. María Piedad Martínez Sey, Notaria Cuarta del Cantón Ambato, para que proceda a la marginación de esta sentencia (1/4) 9.3.- Procédase por parte de los promitentes vendedores señores CHRISTIAN DANIEL VILLAGÓMEZ ORTEGA y MARIA VERÓNICA MAYORGA BENÍTEZ, a la devolución de los CUARENTA Y CINCO MIL DÓLARES AMERICANOS (45.000,00), que fueron pagados, por el promitente comprador el señor RAFAEL MARCELO ORTIZ CASTRO, (1/4) 9.4.- Se ordena que los promitentes vendedores señores CHRISTIAN DANIEL VILLAGÓMEZ ORTEGA y MARIA VERÓNICA MAYORGA BENÍTEZ, paguen en favor del promitente comprador el señor RAFAEL MARCELO ORTIZ CASTRO, la suma de VEINTE MIL DÓLARES AMERICANOS (\$20.000,00), que en el contrato que se resuelve se estableció como multa en la cláusula SEXTA (1/4) 9.5.- Se ordena que los demandados señores MARIA VERÓNICA MAYORGA BENITEZ y CHRISTIAN DANIEL VILLAGOMEZ ORTEGA, en calidad de Padres y representantes del niño DANIEL MATEO VILLAGOMEZ MAYORGA procedan al pago de las costas judiciales que se liquidaran pericialmente y al pago de los honorarios de la defensa técnica de los actores de la causa que se la regula en la suma de TRES MIL DÓLARES AMERICANOS. DECIMO.- DE LA

*IMPUGNACIÓN.- DE LAS APELACIONES.- La parte demandada ha una vez que fue dada a conocer la sentencia en forma oral, ha interpuesto el recurso de apelación tanto de las excepciones previas como de la sentencia de fondo, la parte actora ha interpuesto, el recurso de apelación parcial en lo que se refiere estrictamente al pago de los intereses. Por lo que se ha dado a conocer a las partes, que se concederá el recurso de apelación, en el efecto que franquea el Código Orgánico General de Procesos, una vez que las partes hayan fundamentado sus recursos dentro del término de diez días (10) que determina el Art. 257 *Ibídem*.- LEASE Y NOTIFÍQUESE (1/4)° (Sic)*

4.4) María Verónica Mayorga Benítez y Christian Daniel Villagómez (demandados), por intermedio de sus procuradores judiciales, interponen recurso horizontal de aclaración, el 16 de septiembre de 2019, a las 14h13, observándose procesalmente que el *a quo*, resuelve el medio de impugnación horizontal el día 26 de septiembre de 2019, las 15h20, en el siguiente sentido:

“ 1/4 De la simple lectura del escrito en que se solicita la aclaración solicitada por los señores Abg. CHRISTIAN PAREDES ARMAS y SANTIAGO ISRAEL JORDAN SEVILLA en calidad de Procuradores Judiciales de CHRISTAN DANIEL VILLAGOMEZ ORTEGA y MARÍA VERÓNICA MAYORGA BENITEZ, en la que se manifiesta: “ 1/4 una vez que ha sido revisada minuciosamente no podemos colegir con claridad varias premisas de su análisis, es decir esta sentencia es oscura 1/4.º, sin que en esta, se sustente en forma clara y precisa las razones de dicha oscuridad, y más bien se han remitido a realizar preguntas como: “ 1/4 E n que momento de la audiencia preliminar usted manifestó que las partes hicimos uso de un derecho indisponible 1/4º o “ 1/4 Señor Juez aclare en que momento de la sentencia Oral (al finalizar la audiencia de Juicio) usted manifestó que la pretensión de la parte demandada y reconviniendo es la Resolución 1/4º y solicitan que se aclare hechos y personas que constan en los documentos públicos que se encuentran agregados. De este análisis se considera que la presentación de la aclaración por parte de los demandados y reconvinientes, no cumple con los requisitos de claridad y precisión de las razones por las que se la solicita, establecida en el Art. 255 del Código Orgánico General de Procesos, consideración por la que esta es rechazada de plano.- NOTIFÍQUESE.º

4.5) María Verónica Mayorga Benítez y Christian Daniel Villagómez (parte demandada), por

intermedio de sus procuradores judiciales, interpusieron oralmente su recurso de apelación en contra del fallo del *a quo*, y presentaron la fundamentación de dicho medio impugnatorio, mediante escrito de 10 de octubre del 2019, las 11h44; en consecuencia, el Juez *a quo*, emite el auto de 15 de noviembre del 2019, las 14h49, admitiendo dicho remedio procesal:

*ª (1/4) Ahora y en relación a la impugnación, el Art. 250 del Código Orgánico General de Procesos, inciso segundo dice: ª Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidadº, y en efecto, La Posibilidad de interponer Recurso de Apelación respecto de la Sentencia, si está previsto en el inciso primero del Art. 256 Ibídem, que dice: ª Art. 256.- Procedencia. El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de la primera instancia, así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Podrá interponerse de manera oral en la respectiva audiencia.º (Las negrillas son de mí autoría). Y como esta norma establece que la sentencia es apelable, la apelación se ha presentado oportunamente dentro del término que franquea la ley para el efecto y se ha realizado la fundamentación de forma adecuada, corresponde admitir el recurso, debiéndose especificar en el efecto que se lo concede, para cuyo efecto debemos ir a lo que claramente dispone el Art. 261 numeral 2 Ibídem, que dice: ª Con efecto suspensivo, es decir no se continúa con la sustanciación del proceso hasta que la o el juzgador resuelva sobre la impugnación propuesta por el apelante.º, se lo debe conceder en este efecto por cuanto el inciso final del mencionado artículo dice: ª Por regla general, la apelación se concederá con efecto suspensivo.º. **Por lo manifestado y de conformidad con lo determinado en el Art. 259, 261 numeral 2 y 262 numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos, se admite la apelación presentada por la parte demandada, con efecto suspensivo. Remítase inmediatamente el expediente a la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, Sala de lo Civil y Mercantil.- Notifíqueseº***

4.6) El Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Tungurahua, emite el auto de 17 de diciembre del 2019, las 09h05, en el cual, decide lo siguiente:

^a (1/4) 2.6. *Sobre el principio de preclusión, la Corte Suprema de Justicia, en su momento, dijo lo siguiente: <> (Mayúsculas nuestras). Aplicando lo citado al caso presente, habiendo deducido ya recurso vertical de apelación, quedaba clausurada la posibilidad de regresar a la etapa de deducir recursos horizontales, con lo cual la fundamentación presentada luego de los diez días que establece de manera clara el artículo 257 del COGEP, no tiene eficacia, se tiene por inexistente o no presentada, y sin fundamentación, corresponde rechazar de plano la apelación, teniéndose por no deducido el recurso. Como garantía del debido proceso, el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República dice que "Sólo se podrá juzgar a una persona (1/4) con observancia del trámite propio de cada procedimiento", y en el caso, el trámite, cuando se ha deducido recurso de apelación de manera verbal en la audiencia, es fundamentar dicho recurso, lo que en el caso no se ha cumplido oportunamente. 3.- DECISIÓN: Con base a todo lo expuesto, el Tribunal, por falta de oportuna fundamentación, rechaza de plano el recurso de apelación propuesto por los Abogados Christian Paredes Armas y Santiago Israel Jordán Sevilla, procuradores judiciales de CHRISTIAN DANIEL VILLAGÓMEZ ORTEGA y MARÍA VERÓNICA MAYORGA BENÍTEZ, teniéndose por no deducido el recurso; en consecuencia, sin más trámite, dispone devolver el cuaderno de primera instancia a la Unidad Judicial de origen, para los fines consiguientes, con el ejecutorial respectivo, a la vez que deberá archivar el cuaderno de esta instancia.- Notifíquese.*

4.7) Frente al acto jurisdiccional descrito *ut supra*, emitido por el *ad quem*, luego de la negativa del recurso de aclaración deducido por los accionados; mediante escrito de 7 de febrero del 2020, las 15h34, María Verónica Mayorga Benítez y Christian Daniel Villagómez (parte demandada), por intermedio de sus procuradores judiciales, interponen recurso de casación, en contra del auto de 17 de diciembre del 2019, las 09h05; frente a lo cual, el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Tungurahua, el 20 de febrero del 2020, las 15h30, emite el siguiente acto jurisdiccional:

^a (1/4) 3.1.- *La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en uno de sus fallos ha expresado que: "1/4 Se conmina bajo prevenciones de hacer conocer al Consejo de la Judicatura, a los Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, abstenerse de conceder recursos que la Ley niega expresamente, pues el Art 265 del COGEP es claro al determinar: "Recursos contra la sentencia de segunda*

instancia. Contra lo resuelto en apelación, únicamente procederá la aclaración, la ampliación y el recurso de casación, en los casos y por los motivos previstos en este Código° (el énfasis me corresponde), en coherencia con lo tipificado en el Art. 266 del mismo cuerpo legal sobre la procedencia ° (¼) Procedencia. El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo (¼)° ¼° (ref. Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, lunes 20 de noviembre del 2017, las 12h23. Juicio 18334-2017-03227). En el presente caso, según el punto ° 1.1° de esta providencia, el Tribunal no ha dictado una sentencia, ni un auto que ponga fin al proceso; lo que ha proferido es un auto interlocutorio rechazando de plano el recurso de apelación en razón de que la fundamentación presentada por el sujeto procesal recurrente ha sido luego de los diez días que establece el artículo 257 del COGEP, por lo que no tiene eficacia, se tiene por inexistente o no presentada, y sin fundamentación, se tiene por no deducido el recurso, con lo cual la resolución final es la de primera instancia. 3.2.- Como queda anotado en el punto ° 1.1°, para conceder el recurso de casación, existe la necesidad de que las decisiones sean definitivas y causen cosa juzgada. En la presente causa, única y exclusivamente se ha dictado auto interlocutorio que inadmite a trámite el recurso de apelación presentado por los Abogados Christian Paredes Armas y Santiago Israel Jordán Sevilla, procuradores judiciales de CHRISTIAN DANIEL VILLAGÓMEZ ORTEGA y MARÍA VERÓNICA MAYORGA BENÍTEZ, al ser formalmente improcedente, tutelando en forma efectiva, imparcial y expedita los derechos e intereses de los justiciables; correspondiendo conforme a la parte final del inciso primero del Art. 283 del COGEP la devolución del proceso al inferior para que continúe el procedimiento; se reitera que el Tribunal no ha proferido una sentencia, que resuelva lo que es materia de la litis ° resolución de contrato° ni un auto que ponga fin al proceso, de modo que no cabe admitir a trámite el recurso de casación deducido, conforme el Art. 266 del COGEP y el precedente citado en el numeral ° 3.1°. IV.-DECISIÓN.- Por tales consideraciones, y sin que fuere necesario hacer otras, este Tribunal, resuelve: 3.1.- Inadmitir el recurso de casación presentado por los Abogados Christian Paredes Armas y Santiago Israel Jordán Sevilla, procuradores judiciales de CHRISTIAN DANIEL VILLAGÓMEZ ORTEGA y MARÍA VERÓNICA MAYORGA BENÍTEZ, por no cumplir con la procedencia establecida en las disposiciones legales invocadas.- Notifíquese.°

4.8) Mediante escrito de 26 de febrero del 2020, las 15h01, María Verónica Mayorga Benítez y Christian Daniel Villagómez (parte demandada), por intermedio de sus procuradores judiciales, ante la inadmisión del recurso de casación por parte del *ad quem*, interponen recurso de hecho, razón por la cual el proceso es remitido a la Corte Nacional de Justicia.

4.9) El doctor Yuri Stalin Palomeque Luna, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 29 de septiembre del 2020, las 12h52, declara la procedencia del recurso de hecho, y consecuentemente, admite a trámite el recurso de casación planteado por María Verónica Mayorga Benítez y Christian Daniel Villagómez, bajo los siguientes parámetros:

a 1/4. RESOLUCIÓN Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 278 y 270 inciso quinto del Código Orgánico General de Procesos, es procedente el recurso de hecho y respecto del recurso de casación interpuesto por los abogados Christian Paredes Armas y Santiago Jordán Sevilla, procuradores judiciales de CHRISTIAN DANIEL VILLAGOMEZ ORTEGA y MARIA VERONICA MAYORGA BENITEZ. Por lo tanto, de conformidad con lo ordenado en el Art. 43 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, que sustituye el Art. 270 del COGEP, se corre traslado a la contraparte para que en el término de treinta días, conteste el recurso de manera fundada. En lo demás, una vez fenecido el término legal, con la contestación o sin ella, se remitirá el expediente a la sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia para que falle sobre el recurso. Notifíquese y cúmplase. (1/4)° (Sic)

4.10) El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del Código Orgánico General de Procesos, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

QUINTO:

LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO

EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y MERCANTIL ECUATORIANA.**5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:**

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es *“...un Estado constitucional de derechos y justicia...”*. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

*“...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...”*⁵.

Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la Constitución de la República establece lo siguiente:

“...En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier

⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...°.

Este derecho, *per se*, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la Constitución de la República es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión⁶; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión⁷.

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

°...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos

6 Constitución de la República del Ecuador: Art. 182: *° (1/4) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.°; Art. 184:* *° Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (1/4)°.*

7 Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190: *° Art. 190.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;*

perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (1/4) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (1/4) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...⁸.

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la Constitución de la República del Ecuador acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

“...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos...”
(Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 *ibídem* declara lo siguiente:

“...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...”.

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *“...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”*.

⁸ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que^a *...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...^o.*

En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) Finalmente, la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

^a...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).^{o 9}, concluye sobre el tema indicando que ^{a (1/4)} la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa...^{o 10}.

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último la concreción de la

⁹ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

¹⁰ *Ibidem*, Pág. 28

justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de materializar los fines de este instituto procesal y cristalizar la justicia especializada en materia civil y mercantil, como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”.*¹¹

La garantía normativa de la casación está determinada en las reglas del Código Orgánico General de Procesos, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 266, 268 y 269, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

“Art. 266.- Procedencia. *El recurso de casación procederá contra las sentencias y*

¹¹ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración°.

Art. 268.- Casos. *El recurso de casación procederá en los siguientes casos:*

- 1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.*
- 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.*
- 3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia.*

4. Cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto.

5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

Art. 269.- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley (¼)^o

Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, determina la siguiente regla procesal: *“Art. 250.- (¼) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad^o; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *“...La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas...^o”*¹².*

El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el Código Orgánico General de Procesos, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la sentencia impugnada.

Ahora bien, la Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha

¹² Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión*, Temis, Bogotá, 2008, p. 67

establecido que:

“...Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada...”¹³.

La cita transcrita *ut supra*, guarda relación con lo determinado en el artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos, que textualmente señala:

“Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.

3. La determinación de las causales en que se funda.

¹³ Ecuador, Sentencia Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.

4. *La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada*°.

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *“...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica...”*¹⁴.

Por su parte, el jurista Piero Calamandrei define la casación como un instituto judicial *“...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...”*¹⁵.

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *“in iudicando”* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de casación; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

SEXTO:

ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS

¹⁴ Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación*, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

¹⁵ Piero Calamandrei, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

6.1) La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los *errores in iudicando*, los errores de derecho, existentes, en el caso concreto, en el auto emitido por el Tribunal *ad quem*; por ello, *per se*, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación.

A través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en el acto jurisdiccional impugnado, por una de las causales previstas en el Código Orgánico General de Procesos, aplicable al caso.

En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **4.9)** de la presente resolución, se aceptó a trámite el recurso de casación limitando el mismo al cargo descrito en el numeral 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; ergo, inexorablemente la parte recurrente debía referirse en su fundamentación exclusivamente a esta causal, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

6.2) Análisis de la causal 1 descrita en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en el caso concreto.

El debido proceso es un derecho de protección que contiene múltiples garantías para las personas; *per se*, implica la existencia de mecanismos de tutela y de efectividad concretos dentro de un proceso, e incorpora la exigencia del cumplimiento de requisitos y condiciones formales previamente establecidas en las normas como seguridad para las partes procesales de que sus derechos serán discutidos en un proceso justo e imparcial; el mandato de optimización analizado involucra la existencia de un procedimiento que debe desarrollarse conforme parámetros mínimos que permitan la defensa de sus intereses, en igualdad de armas.

La ordenación del proceso exige el cumplimiento de unos requisitos y condiciones mínimas de orden formal; partiendo de ese presupuesto, los Jueces tienen el deber de conducir los procesos dentro de los lineamientos preestablecidos, sin contradicciones, evitando yerros u omisiones que ocasionen perjuicios a las partes procesales; las actuaciones judiciales deben enmarcarse en los principios de legalidad y seguridad jurídica, en cuanto no es discrecional al Juez ni a las partes, apartarse de la ley procesal que señala un camino y un orden para los actos procesales, de modo que deben - los Jueces- observar plenamente las formalidades propias de cada juicio, las mismas que se establecen como garantías normativas en la legislación procesal, observando el respeto de los derechos fundamentales y los principios que rigen el sistema procesal vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia.

La dirección de los procesos a cargo de los Jueces, debe respetar la forma del trámite fijado en la ley y sus actuaciones están sometidas a las reglas fijadas en ella, como límites-garantías para las partes procesales, considerando desde luego las formalidades esenciales o sustanciales que no pueden dejarse al arbitrio ni del Juez ni de las partes procesales, y las accidentales que no vulneren derechos fundamentales del debido proceso (derecho de defensa, etc.), esto es, que el debido proceso no se refiere a las meras formas.

En la estructura actual del Código Orgánico General de Procesos, la nulidad, *per se*, no es un recurso taxativo; es una garantía normativa que procura que el órgano jurisdiccional verifique las actuaciones de la causa en el ámbito procesal, para la concreción del debido proceso, en cualquier etapa del procedimiento o estado del juicio; la existencia de una causal de nulidad, acarrea una sanción extremadamente grave que se reserva para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, la observancia de los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que, para acceder a ésta, se deben observar ciertos principios procesales como: especificidad (*taxatividad*), trascendencia y convalidación, a saber: **a)** principio de especificidad o legalidad, el cual consiste en que no hay nulidad sin texto legal expreso; **b)** principio de trascendencia, que establece que en virtud del carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino que además exista un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad, y **c)** principio de convalidación, el cual hace referencia a que, toda anomalía formal que constituya causal

de nulidad no siempre genera la invalidez del acto procesal, toda vez que se permite en principio su saneamiento y convalidación, siendo la excepción a esta regla la existencia de nulidades insanables.

Ergo, para arribar a una nulidad, la causa de la misma, debe estar expresamente consignada como tal en la norma jurídica y dicho motivo debe haber influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: en primer término, se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo término, el órgano jurisdiccional sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

La nulidad solo debe ser declarada si el evento procesal que la ha causado, ha tenido influencia en la decisión de la causa, lo cual atiende al principio de trascendencia, que rige a esta institución procesal. La nulidad es, básicamente, un concepto genérico que hace referencia a una sanción hacia el acto procesal. La nulidad en el proceso es una declaración judicial que deja sin efecto un acto procesal por violaciones de las garantías constitucionales y de la ley; que busca excluir todo o una parte del proceso en cuya sustanciación no se ha cumplido con las solemnidades esenciales exigidas por la ley adjetiva. La razón jurídica para la existencia de la nulidad es porque es el medio idóneo para impugnar la vigencia de un proceso que adolece de vicios sustanciales. Mediante éste se pone de manifiesto el interés del Estado para que se sustancien procesos que sean firmes y estén libres de vicios que afecten al ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales.

El Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador señala:

^a (...) El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades°.

El fin inmediato de la ley procesal es entonces la aplicación de la disposición legal al caso concreto.

Lo que se busca en todo este andamiaje constitucional, es hacer cumplir los derechos que el Estado garantiza a todo ciudadano, entre ellos el derecho al debido proceso y sobre todo la defensa.

En razón de lo anotado, se puede colegir que las causales de nulidad procesal buscan ^a (1/4) *proteger el orden lógico en el que se deben desarrollar los actos procesales, al igual que las formalidades que son de obligatorio cumplimiento para dotarlos de validez* (1/4)^o 16.

Al hablar de las nulidades procesales, la Corte Nacional de Justicia, ha indicado:

a (1/4) *la infracción a una solemnidad sustancial, inclusive aunque haya causado perjuicio a las partes litigantes en un primer momento, no puede servir para declarar la nulidad, si tal detrimento ha quedado subsanado mediante un acto posterior del juez o de las partes, que ha servido para garantizar la efectiva vigencia de los derechos procesales que fueron puestos en riesgo, por la omisión de los requisitos de validez de determinado acto* (1/4)^o 17.

6.2.1) Ahora bien, en el régimen procesal vigente, como garantía normativa, para garantizar el debido proceso, se ha establecido una causal de casación, la misma que procede cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad.

En el *in examine*, la causal elegida, por la parte recurrente, para realizar el juicio de legalidad al auto del *ad quem*, impugnado, es precisamente la referida en el párrafo precedente, establecida en el numeral 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, cuyo tenor es el siguiente:

***a* Art. 268.- Casos.** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (1/4)*

16 Ecuador, CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, caso Nro. 647-2014. Acurio López.

17 Ecuador, CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, caso Nro. 627-2012. Estado ecuatoriano Vs. García Sabando.

1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal°.

Conforme las ideas desarrolladas *ut supra*, en relación con la causal objeto de análisis, no toda violación del procedimiento es motivo de casación. La garantía normativa es explícita al señalar que el cargo procede únicamente por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocando indefensión, bajo el supuesto de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

Santiago Andrade Ubidia, sobre este punto refiere:

° Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado en la ley como causa de nulidad; b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia).

Los vicios que privan al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no existe en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso, inciden en la constitución de la realidad procesal¹⁸.

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma procesal violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo elegido (*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*), debe ir relacionado con la violación de una norma procesal, que debe ser identificada claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (*debidamente fundamentación y demostración*).
- La violación de la norma procesal, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, debe haber viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado

¹⁸ Santiago Andrade Ubida, *La casación civil en el Ecuador*, Andrade&Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 2005, 1era edición, p. 116 y 117.

indefensión y haber influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. (*principio de trascendencia*).

6.2.2) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con el yerro *in iure* acusado por la parte recurrente, quien señala como normas de derecho infringidas, los artículos 76, numeral 1, y 7, literales a), c), y m); y, 82 de la Constitución de la República del Ecuador; 252, 253, 255 inciso final, 257 y 258 inciso final del Código Orgánico General de Procesos, así como la Resolución 15-2017, de fecha 02 de Agosto del 2017, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Los casacionistas afirman en su fundamentación, lo siguiente:

*“De acuerdo al Art. 253 del COGEP, que textualmente dispone lo siguiente **“La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura**. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.” (las negrillas y subrayado nos corresponde)*

De lo que se puede apreciar que el recurso de aclaración cabe respecto de las SENTENCIAS; en tal sentido se debe diferenciar entre el Pronunciamiento Judicial Oral realizado en Audiencia (Art. 93 del COGEP) y la sentencia escrita (Art. 95 del COGEP), además siendo una de las principales características de la sentencias la MOTIVACIÓN como así lo determinan las disposiciones ut supra citadas, que incluso se trata de una garantía constitucional prevista en el Art. 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución.

Es decir, la Sentencia debe estar compuesta por requisitos de lógica,

comprensibilidad y razonabilidad, que den a entender a los justiciables los motivos del por qué se acepta o se rechaza una pretensión, en el caso in examine el Juez de primera instancia emite una decisión oral y por escrito emite una sentencia totalmente diferente y obscura, toda vez que en la sentencia de primera instancia de fecha miércoles 11 de septiembre del 2019, a las 13:01, el Juez manifestó que la pretensión de la parte demanda y reconviniente es la RESOLUCIÓN, situación que dista con la decisión oral en la que indicó que la pretensión de los comparecientes es el CUMPLIMIENTO de la Promesa de Compra Venta, pretensión totalmente contrapuesta. Además en el último párrafo de la página 20 de la sentencia escrita textualmente señala: "...lo que hace que esta cláusula sea ineficaz, NO NULA, SINO INEFICAZ, porque no surte efectos legales, en contra de ninguno de los suscribientes ..." (las cursivas nos corresponde) , sin embargo en Audiencia resolvió de forma oral declarar NULA la cláusula séptima de la Promesa de Compraventa, disposición nuevamente contrapuesta, situaciones que evidencia una notoria diferencia entre la decisión oral y la sentencia escrita, por lo que se presentó recurso horizontal de ACLARACION de conformidad con el Art. 253 del Código Orgánico General de Procesos.

*Ante la negativa del Recurso de aclaración de fecha 26 de Septiembre del 2019, a las 15:20, en aplicación del Art. 255 inciso final del Código Orgánico General de Procesos, que taxativamente manifiesta "**Si se ha solicitado la aclaración o ampliación de la sentencia o auto definitivo, los términos para interponer los recursos que procedan, correrán a partir del día siguiente al de su notificación**" (las negrillas nos corresponden), se presentó el Recurso de Apelación debidamente Fundamentado el 10 de Octubre del 2019, es decir dentro de los diez días establecidos en el Art. 257 del COGEP, siendo admitido por el Juez de primera instancia.*

Empero, la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de

Tungurahua mediante AUTO de fecha martes 17 de Diciembre del 2019, rechazo de plano el recurso de apelación, manifestando que:

"2.4. No obstante lo dicho, tenemos que el escrito con el cual se fundamentan los recursos de apelación (fojas 509- 516v de primera instancia) no ha sido presentado dentro de los diez días que establece el artículo 257, sino el diez de octubre del dos mil diecinueve, siendo que la sentencia se ha notificado el miércoles once de septiembre del mismo año, con lo cual los diez días se cumplieron el miércoles veinticinco de septiembre del dos mil diecinueve, lo que equivale a no haberlo fundamentado, en cuyo caso, el inciso último del artículo 258 del COGEP dice que "La apelación y la adhesión no fundamentada serán rechazadas de plano, teniéndose por no deducido el recurso particular que debió verificar el juez a quo, para no conceder indebidamente la apelación".

"... es decir, que habiendo ya interpuesto recurso de apelación de manera oral en la audiencia, por el principio de eventualidad o preclusión, el paso siguiente era y es la fundamentación del recurso de apelación deducido oralmente y no otra cosa..."

Este es el punto; en que Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, interpreta erróneamente el Art. 257 y 258 del COGEP, pues a decir de ellos ha precluido el termino para fundamentar la apelación, ya que no procedía presentar recurso de aclaración, criterio jurídico que violenta nuestros derechos constitucionales, pues no se nos puede privar del DERECHO A RECURRIR de forma horizontal so pretexto de precautelar el principio de temporalidad o preclusión, pues hacerlo de esta manera seria subordinar la existencia de los DERECHOS a una regla, es decir se está dando mayor protección estatal una regla mal interpretada, antes que a un Derecho inherente al ser humano.

*De lo anotado se tiene que la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, al interpretar el Art. 257 y 258 del COGEP, lo está haciendo sin observar el elemento lógico y sistemático de interpretación normativa, al no tomar en cuenta el contexto de lo que el COGEP establece respecto de las impugnaciones, específicamente el Art. Art. 253 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone "**La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura...**". Situación que quedo analizada en líneas ut supra. Además, del Art. 255 inciso final del COGEP, que establece: "**Si se ha solicitado la aclaración o ampliación de la sentencia o auto definitivo, los términos para interponer los recursos que procedan, correrán a partir del día siguiente al de su notificación**".*

La Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua; a pretexto de interpretar la ley desnaturalizo su alcance y sentido y así la aplica, por lo tanto está en contra del derecho objetivo, dando como resultado una violación a la ley, lo que consecuentemente ha provocado indefensión, al vulnerar el Art. 76. 7. a) y c) de la Constitución, que establecen que: "a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento" y, "c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones", puesto que no se puede resolver el asunto de fondo de la controversia que es la Resolución del Contrato de Promesa de Compra Venta conforme lo determina el Art. 1505 del Código Civil.

Por último, cabe citar que respecto de la Casación, la Corte Constitucional ha declarado que "El establecimiento de la casación en el país, además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas

constitucionales y/o legales..." (Sentencia No. 364, 17, I, 2011, pág. 53)

En virtud de todo lo anotado, presentamos RECURSO DE CASACIÓN a fin de se declare la NULIDAD procesal desde el AUTO que pone fin al proceso de conocimiento rechazando de plano la apelación, emitido el día martes 17 de Diciembre del 2019, por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, integrada por los señores jueces provinciales: Doctores Ricardo Amable Araujo Coba (ponente), Nilo Paul Ocaña Soria y David Julio Álvarez Vásquez.(¼)° (Sic)

6.2.3) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **errónea interpretación** de los artículos 257 y 258 del Código Orgánico General de Procesos.

La errónea interpretación de la ley, opera cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal, soslayando el ámbito teleológico de la norma cuestionada.

El autor Jorge Carrión Lugo explicando esta causal señala:

^a Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla¹⁹.

Per se, la errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juzgador al dar desafortunadamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el

¹⁹ Jorge Carrión Lugo, *El Recurso de Casación en el Perú, Volumen I*, Segunda Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 218.

descrito por el legislador, que utiliza para resolver la controversia judicial²⁰.

6.2.4) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma, no soslaya algún principio que rige el medio de impugnación, y si está dotada de sustento y argumento válido, el respecto, se analiza lo siguiente:

6.2.5) La Constitución de la República, materializa ciertos principios y derechos, entre ellos el de impugnación como parte de los derechos de protección, del debido proceso y de defensa, en ese contexto, el artículo 76 numeral 7 literal m), de la Constitución de la República establece que: *“ En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.º .*

Este derecho *per se* es el antecedente constitucional que da origen a la apelación como recurso ordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

6.2.6) Por otra parte, las normas que integran el bloque de constitucionalidad son de imperativo cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, así el derecho de impugnación, base fundamental de la apelación, tiene su referente en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que *per se* integran el bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala: *“ (1/4) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superiorº .*

La Declaración Universal de Derechos Humanos, por su parte, en su artículo 10 determina lo siguiente: *“ Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y*

²⁰ Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2558. (Quito, 20 de enero de 1998)

obligaciones (1/4)°.

Estos principios de orden constitucional y del bloque de constitucional, se encuentran desarrollados con garantías normativas, en los diferentes cuerpos legales que componen el ordenamiento jurídico nacional. El Código Orgánico General de Procesos, en el Título IV, establece las reglas jurídicas correspondientes a la impugnación.

6.2.7) Desde la óptica del derecho por principios y del bloque de constitucionalidad, se avizora a favor de toda persona el derecho a impugnar de un fallo en el que se decida acerca de sus derechos y con el que no se encuentra conforme, derecho que si bien debe ser materializado por los órganos jurisdiccionales, presenta la característica de ser facultativo o disponible por parte de quien la ejerce, *per se*, el recurrente goza de la libertad de interponer un medio de impugnación sobre la totalidad de una resolución, como de una parte de aquella, de no proponer recurso alguno, o de dejar de impulsar uno ya propuesto; en ese orden de ideas, el autor Jorge Zavala Baquerizo, señala lo siguiente: *“El derecho de impugnación es privativo de las partes procesales y, consecuentemente, el recurso, que es el medio como se hace objetivo el indicado derecho, es exclusivamente disponible por las partes, (1/4) Pero lo expuesto no sucede durante la sustanciación de la etapa de impugnación, pues cuando se sustancia ésta a iniciativa de cualesquiera de las partes procesales, lo que existe es un planteamiento proveniente de un sujeto procesal que demanda que se dicte una concreta decisión que, según el recurrente, debe reformar o revocar la decisión impugnada. Toma así la parte procesal la iniciativa de la sustanciación de la etapa de impugnación”.*²¹

6.2.8) Conforme el artículo 257 del Código Orgánico General de Procesos, el recurrente está llamado a fundamentar el recurso ordinario de apelación, en el término de ley, en el siguiente contexto normativo:

“El recurso de apelación debidamente fundamentado, o la fundamentación en el caso de que se haya interpuesto de manera oral, se presentará por escrito dentro del término de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito.

Se exceptúa el recurso de apelación con efecto diferido, que se fundamentará junto con

²¹ ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal: Tomo IX. Editorial Edino. Guayaquil, 2007, págs. 278-248

la apelación sobre lo principal o cuando se conteste a la apelación°.

La hermenéutica jurídica coadyuva a establecer que la norma singularizada *ut supra*, delimita las siguientes reglas:

- El recurso de apelación debidamente fundamentado, debe ser presentado por escrito dentro del término de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito impugnados.
- La fundamentación del recurso de apelación, en caso de que se haya interpuesto dicho medio de impugnación de manera oral, se presentará por escrito dentro del término de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito impugnados.
- Se exceptúa el recurso de apelación con efecto diferido, que se fundamentará junto con la apelación sobre lo principal o cuando se conteste a la apelación.

6.2.9) Ahora bien, en el escenario planteado, corresponde establecer **a partir de que tiempo empieza a transcurrir el término previsto en la norma, ya sea para presentar el recurso de apelación debidamente fundamentado, o para fundamentar el recurso interpuesto de manera oral?**

6.2.10) Desde un ámbito de positivismo jurídico e interpretación literal, la respuesta es sencilla, el término se cuenta a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito impugnados, *per se*, el caso puede ser resuelto a través de un ejercicio lógico deductivo, por medio de una elemental subsunción, característica de una justificación primaria o interna, propia de los denominados casos fáciles.

6.2.11) Sin embargo de lo indicado *ut supra*, la casuística adjetiva, es amplia, de la cual emergen circunstancias procesales que conducen a que una cuestión concreta se ubique dentro de los

denominados casos difíciles.

El *in examine*, se presenta como un caso difícil, en el cual, no es suficiente una justificación interna, *a contrario sensu*, se requiere de una justificación externa, ya que el artículo 257 del Código Orgánico General de Procesos, no determina la regla que establezca cómo se cuenta el término de diez días para fundamentar el recurso de apelación interpuesto oralmente en audiencia, cuando ha precedido un recurso horizontal impugnando la sentencia escrita.

Evidentemente, en el *in examine*, nos encontramos frente a un problema en la premisa normativa, el cual es de relevancia por la inexistencia de una norma aplicable de forma directa para el caso. Al no encontrar en el artículo 257 del Código Orgánico General de Procesos, una regla que permita fundar la solución del tema planteado, desde el ámbito de interpretación sistemática, y de aplicación directa del derecho de impugnación desarrollado *ut supra*, se debe considerar las reglas sobre los medios de impugnación horizontales, en sentido estricto lo indicado en el artículo 255 inciso final del COGEP, que sobre la base del principio de legalidad procesal (artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República), establece lo siguiente:

“Si se ha solicitado la aclaración o ampliación de la sentencia o auto definitivo, los términos para interponer los recursos que procedan, correrán a partir del día siguiente al de su notificación”.

Entonces, claramente se evidencia que, frente a la interposición de los recursos horizontales de aclaración o ampliación, se suspenden los términos para interponer un recurso vertical, por lo cual, los términos para interponer el recurso de apelación o para fundamentarlo, deben contabilizarse a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución del recurso horizontal planteado.

6.2.12) Ergo, emerge la errónea interpretación del artículo 257 del Código Orgánico General de Procesos, cuando el *ad quem*, en su ejercicio hermenéutico, considera al problema jurídico planteado como un caso fácil, cuya resolución depende de un mero ejercicio lógico deductivo y de subsunción, y concluye que ha prelucido el ejercicio impugnatorio horizontal por haber interpuesto oralmente el

recurso de apelación, limitando arbitrariamente el derecho de defensa.

Para clarificar la arbitrariedad descrita *ut supra*, es de entender que, según las reglas generales de impugnación y las singulares para los recursos horizontales y verticales, descritas en el Código Orgánico General de Procesos, no existe norma jurídica que limite la interposición de recursos horizontales en sentido alguno, por lo cual, limitar este ejercicio impugnatorio con el criterio de haber operado el principio de "preclusión", es regresivo y contrario a la esencia de los derechos de protección, debido proceso y defensa, cuya piedra angular son los derechos humanos.

Se consolida la errónea interpretación de la norma *in comento*, cuando el Tribunal de apelación sostiene que por el principio de preclusión, no cabía la interposición de recursos horizontales (aclaración o ampliación), y que en función de aquello, la parte recurrente debía fundamentar su recurso de apelación, por escrito, dentro del término de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito impugnado, dando al *in examine*, la connotación de un caso fácil, que según lo analizado, es todo lo contrario; *per se*, se vislumbra la primera parte de la proposición jurídica del cargo de errónea interpretación.

Por otra parte, la veraz interpretación que corresponde dar al artículo 257 del Código Orgánico General de Procesos, en la situación procesal descrita, es la siguiente: Frente a la interposición de los recursos horizontales de aclaración o ampliación, deducidos en contra de la sentencia escrita, se suspenden los términos para interponer un recurso vertical, por lo cual, el término de diez días para interponer el recurso de apelación o para fundamentarlo (en caso de haber sido interpuesto oralmente), debe contabilizarse a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución del recurso horizontal planteado, en armonía sistemática con lo establecido en el artículo 255 inciso final del COGEP.

En ese contexto, afirmar que la fundamentación por escrito del recurso de apelación, ha sido presentada fuera del término de ley, y por tal efecto considerar como no deducido el medio impugnatorio, rechazando de plano el mismo, deriva también en la errónea interpretación del artículo 258 inciso final del Código Orgánico General de Procesos.

Configurada la proposición jurídica completa en torno a la errónea interpretación de las normas acusadas, se avizora además que, el yerro *in iure* en el que incurrió el Tribunal de apelación, es trascendente para la causa, conforme se analiza en líneas ulteriores.

6.2.13) Procesalmente consta que, una vez que el Juez *a quo*, anuncia la sentencia oralmente, los hoy recurrentes (demandados) interpusieron de forma oral recurso de apelación; ulteriormente, luego de notificada la sentencia por escrito el 11 de septiembre de 2019, con fecha 16 de septiembre de 2019, interponen recurso horizontal de aclaración, el mismo que fue resuelto el 26 de septiembre de 2019; a partir de esa fecha, los hoy impugnantes, fundamentan por escrito su recurso de apelación, el 10 de octubre de 2019, esto es dentro del término de diez días conforme lo establece el artículo 257 del Código Orgánico General de Procesos, en relación armónica y sistemática con el artículo 255 inciso final *ibídem*; en ese escenario, en correspondencia con lo analizado *ut supra*, al haber sido interpuesto y fundamentado en legal, debida y oportuna forma el recurso de apelación, corresponde que el *ad quem*, conozca y resuelva los temas que fueron objeto del dicho medio impugnatorio. En ese escenario, este órgano jurisdiccional advierte este *error in procedendo* a través de la errónea interpretación de las normas procesales antes indicadas.

Per se, se evidencia en el auto impugnado, la errónea interpretación de los artículos 257 y 258 inciso final del Código Orgánico General de Procesos, normas de carácter procesal identificadas claramente.

En el caso objeto de estudio, la errónea interpretación de las normas procesales descritas *ut supra*, vició al proceso de nulidad insanable, ya que las reglas de impugnación fueron soslayadas por los juzgadores *ad quem*, en el caso concreto.

La errónea interpretación de las normas atinentes al régimen impugnatorio, ocurrida en la tramitación de la causa, también provocó indefensión, toda vez que el derecho a no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, a presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes, y a recurrir el fallo o resolución en todos los

procedimientos en los que se decida sobre sus derechos, como parte nuclear del derecho de defensa, desembocó en la vulneración de tal derecho, como insistentemente lo indica la parte recurrente en el caso en análisis.

El error *in procedendo*, descrito, que vicia el procedimiento y genera indefensión, evidentemente, influyó en la decisión de la causa, ya que la tutela judicial efectiva, esto es el derecho a acceder al sistema de justicia, y recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos, fue soslayado con las actuaciones constantes en autos, tanto más que la respectiva nulidad, pese a ser advertida por la parte recurrente, no fue convalidada oportuna y legalmente, lo cual coadyuva a sostener que está identificada y demostrada, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, determinándose la especificidad y trascendencia como presupuestos para declarar el error procesal, y como consecuencia la procedencia del cargo planteado.

Por todo lo indicado, se advierte errónea interpretación de las normas procesales analizadas, en la labor intelectual de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte recurrente a través del medio impugnatorio, coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas que se consideran violadas y por ende provocaron un error *in procedendo*; así mismo, se explica la influencia que ha tenido el presunto *error*, sobre la parte dispositiva del auto impugnado, con lo cual está justificado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado por los recurrentes, existe sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada cumple con el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en el auto del *ad quem*, se vislumbra una violación de los artículos 257 y 258 inciso final del Código Orgánico General de Procesos, es procedente.

SÉPTIMO:

DECISIÓN.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del Código Orgánico General de Procesos, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE**

**DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA
CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

7.1) Declarar la procedencia del recurso de casación planteado por **Christian Daniel Villagómez Ortega y María Verónica Mayorga Benítez**, demandados, por intermedio de sus procuradores judiciales, por la causal 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en torno a la errónea interpretación de los artículos 257 y 258 inciso final *ibídem*.

7.2) Corrigiendo el error *in procedendo*, casar el auto emitido por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, de 17 de diciembre del 2019, las 09h05; ergo, conforme la garantía normativa establecida en el artículo 273 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, se declara la nulidad procesal de todo lo actuado a partir del acto jurisdiccional a través del cual se rechaza de plano el recurso de apelación interpuesto por los demandados, constante en auto de 17 de diciembre del 2019, las 09h05 (fojas 2 y 3 del expediente de apelación), inclusive; por tanto, remítase el proceso, dentro del término de ley, al órgano judicial correspondiente, a fin de que conozca el proceso desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho.

7.3) La nulidad descrita se la declara a costa de los doctores Ricardo Amable Araujo Coba, David Julio Álvarez Vásquez, y Nilo Paul Ocaña Soria, Jueces del Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, que emitieron el acto jurisdiccional de 17 de diciembre de 2019.

7.4) Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y la aceptación del recurso, conforme el artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos, la caución será devuelta a la parte recurrente, por la o el juzgador de instancia.

7.5) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley. - **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA

JUEZ NACIONAL (E)



Abg. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

Quito:
Calle Mañosca 201 y Av. 10 de Agosto
Atención ciudadana
Telf.: 3941-800
Exts.: 3133 - 3134

www.registroficial.gob.ec

JV/PC

El Pleno de la Corte Constitucional mediante Resolución Administrativa No. 010-AD-CC-2019, resolvió la gratuidad de la publicación virtual del Registro Oficial y sus productos, así como la eliminación de su publicación en sustrato papel, como un derecho de acceso gratuito de la información a la ciudadanía ecuatoriana.

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

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 publicación, son transcritos fielmente a sus originales, los mismos que se encuentran archivados y son nuestro respaldo.