

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 2018:

**R98-2021; R99-2021; R100-2021; R105-2021;
R108-2021; R110-2021; R111-2021; R112-
2021, R114-2021; R115-2021.**

Juicio No. 06335-2018-03847

CONJUEZ PONENTE: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO, CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 18 de octubre del 2021, las 13h17. **VISTOS:** Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto por los señores Zoila Yolanda Romero Barreno, Ángel Isidro Ponce Miranda y Ángel Fernando Ponce Romero, el que, ha sido admitido a trámite mediante auto emitido el 1 de marzo del 2021, las 13h47 por el Conjuez competente de esta Sala Especializada, constante a fs. 17 a 21 del expediente de casación. Realizada la audiencia prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, y emitida en ella la decisión este tribunal la motiva por escrito en los siguientes términos:

PRIMERO: COMPETENCIA

En virtud de que los suscribientes hemos sido designados Conjueces Temporales de la Corte Nacional de Justicia mediante resolución número 197-2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura y de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial nos ha correspondido asumir la calidad de Jueces Nacionales de la Sala de lo Civil y Mercantil a los señores doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo, Roberto Guzman Castañeda y Carlos Vinicio Pazos Medina, este último en calidad de ponente y en reemplazo del doctor David Isaías Jacho Chicaiza, según acta de sorteo de fecha 23 de septiembre del 2021 y, la Resolución 07-2019 emitida por el Pleno de esta Corte Nacional de Justicia, conocemos el presente recurso de casación interpuesto según lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con lo previsto en los artículos 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 269 del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDO: ANTECEDENTES, FUNDAMENTOS Y NORMATIVA

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C=EC
L=QUITO
CI
1708753890

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

2.1. ANTECEDENTES

Zoila Yolanda Romero Barreno, Ángel Isidro Ponce Miranda y Ángel Fernando Ponce Romero, interponen recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 31 de enero del 2020, las 15h56, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, dentro del juicio ordinario que pretendiendo el cobro de dinero por varias deudas acumuladas como son préstamo de dinero, cobro de arriendo, cobro de servicios básicos de agua, luz y teléfono entre otros rubros, sigue en su contra el señor Galarza Parra Wilson Gratiniano.

2.2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Los demandados y recurrentes a través de su defensa técnica la Dra. Paulina Olmedo Dávila, fundamentaron su recurso en el caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, señalando que la sentencia impugnada y que fuere dictada por los señores Jueces de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Chimborazo de fecha 31 de enero del 2020, notificada el mismo día, ha infringido los artículos 76 numeral 7 literal l), 82, 172 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador; 25 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, los artículos 1453, 1454 y 2348 del Código Civil, por el vicio de la errónea interpretación de las normas de derecho sustantivos. Sobre los fundamentos, con fecha 12 de enero del año 2013 existe un acta de compromiso celebrada entre el actor Wilson Gratiniano Galarza Parra y los comparecientes acordando el pago de \$26.715 en el plazo de un año, en el mismo el señor Ángel Fernando Ponce Romero aceptó en calidad de deudor principal la obligación y los señores Zoila Yolanda Romero Barreno y Ángel Isidro Ponce Miranda aceptaron en calidad de garantes una letra de cambio por el valor adeudado en favor del actor, la misma que fue devuelta por haberse cancelado el valor adeudado, no así el acta de compromiso. Otro de los motivos del recurso, es que de la simple revisión del acta de compromiso firmado por el actor se observa la mala fe con la que ha venido actuado, ya que se han presentado varios juicios con números 06335-2017-03772, 06335-2017-01547, 06335-2017-00046, 06335-2018-02793, 06335-2018-03096 y el 06335-2018-03588, dando lugar a que exista mala fe procesal que no ha sido tomada en cuenta por el Tribunal de Apelación, existiendo una errónea interpretación de las normas de derecho sustantivo contenidas en los artículos 82 y 174 de la

Constitución de la República del Ecuador, y los artículos 25 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial. Al haberse establecido en el acta de compromiso la existencia de una letra de cambio que fue aceptada por Ángel Isidro Ponce Miranda y Zoila Yolanda Romero Barreno, letra de cambio que se debe tener en cuenta que no aparece y no aparecerá, ya que la misma fue devuelta una vez pagada la totalidad de lo adeudado, esto ha producido la errónea interpretación de los artículos 1453, 1454 y 2348 del Código Civil, ya que se debió demandar con el acta de compromiso y la letra de cambio. Que la Sala de lo Civil al confirmar la sentencia de primera instancia que aceptó la mal llamada demanda, los dejó en indefensión, al dar una errónea interpretación a las normas jurídicas antes indicadas. También alegan la vulneración del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador, esto en concordancia con el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, ya que la sentencia impugnada de fecha 31 de enero del 2020, no cumple con el requisito de motivación.

Por otra parte, el actor Wilson Galarza Parra a través de su defensa técnica, el abogado Luis Concha Gavilanes, manifiesta que, no sabe de qué defenderse toda vez que el escrito casacional es obscuro al igual que el auto de admisión; que, el cargo de motivación con relación a las normas constitucionales, esto es el Art. 82 y otras normas, tienen autonomía expresa en el Código Orgánico General de Procesos establecido en el Art. 268 numeral 2; que, los casacionistas no han explicado sobre el cargo de errónea interpretación, porque, no se ha escuchado como el Ad-quem ha interpretado erróneamente los artículos acusados como infringidos; que los cargos expuestos son de motivación y que el cargo aceptado fue el numeral 5 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, que la exposición de los casacionistas es insuficiente y no se puede acusar de forma directa sin dar los detalles, si fue en lo fáctico, si es incoherente con la ley, o cuál es el requisito motivacional escaso. Con respecto a los artículos 82, 172 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador, y los Art. 25 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto de los cuales recurrentes expresan que existe mala fe procesal por haberse presentado algunos juicios y de la simple lectura del acta de compromiso (lee textualmente lo que dice el recurso), los casacionistas pretenden que el tribunal caiga en lo dispuesto en el Art. 270 del COGEP ya que, toda la exposición ha sido que se vuelva a valorar la prueba; que los casacionistas equivocan la técnica de la casación; que, los recurrentes debieron especificar cómo la sentencia dio un sentido o alcance distinto a las normas acusadas como infringidas; que, la sentencia se encuentra acorde a derecho; que el recurso no ha sido fundamentado de forma técnica; que, los arts. 76, 82, 172 y 233 de la Constitución, a su criterio, son normas procesales. Finalmente, manifestando que no existe fundamentación del recurso de casación, por lo tanto solicita se rechace y se confirme la sentencia en grado.

2.3. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA RESOLUCIÓN DEL CASO.

2.3.1. Código Orgánico General de Procesos: artículo 268.5 *“El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 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.”*

2.3.2. Constitución de la República, artículo 82 *“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídica previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”* Y el artículo 174 *“Las servidoras y servidores judiciales no podrán ejercer la abogacía ni desempeñar otro empleo público o privado, excepto la docencia universitaria fuera de horario de trabajo. La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley. Las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, ni realizar actividades de proselitismo político o religioso.”*

2.3.3. Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 25 *“PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA.- 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.”* Y el artículo 26.- *“PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL.- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la Litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.”*

2.3.4. Código Civil: artículo 1453 *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”*, artículo 1454

“ 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.” Y el artículo 2348 ^a Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”

TERCERO: PROBLEMA JURÍDICO

Bajo los argumentos esgrimidos por los recurrentes, a este tribunal le corresponde resolver:

Si en la sentencia impugnada existe una errónea interpretación de los artículos 82 y 174 de la Constitución del Ecuador, 25 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial y de los artículos 1453, 1454 y 2348 del Código Civil que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia de segunda instancia.

CUARTO: ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

4.1. ÚNICO CARGO. Con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, los casacionistas señalan que el Tribunal de apelación no han tomado en cuenta el acta de compromiso y la mala fe de la parte actora al presentar este juicio ordinario y otros juicios con números 06335-2017-03772, 06335-2017-01547, 06335-2017-00046, 06335-2018-02793, 06335-2018-03096 y el 06335-2018-03588, los mismos que no fueron considerados por el Tribunal de Apelación incurriendo en el vicio de la errónea interpretación de los artículos 82 y 174 de la Constitución del Ecuador y de los artículos 25 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial. También indican que al haberse establecido en el acta de compromiso la existencia de una letra de cambio que fue aceptada por Ángel Isidro Ponce Miranda y Zoila Yolanda Romero Barreno, se ha producido la errónea interpretación de las normas de derecho sustantivo contenidas en los artículos 1453, 1454 y 2348 del Código Civil, ya que se debía demandar con el acta de compromiso y con la letra de cambio, ya que las dos se dieron por concurso de voluntades por quienes suscribieron dicho acta y que era el actor quien estaba obligado de presentar la letra de cambio impaga. Al respecto, este Tribunal considera:

El caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, prevé como motivo de casación la violación directa de la ley, con prescindencia de las cuestiones de hecho. La jurisprudencia colombiana, respecto al caso cinco que se halla establecido en términos similares a los que prevé nuestro ordenamiento jurídico, expresa que la trasgresión de una norma de derecho sustancial puede

ser por omisión o por comisión ^a *ocurre lo primero cuando el juez pretermite su aplicación a los casos que la requieren y reclaman; y sucede lo segundo cuando la aplica a supuestos que tal ley no contempla, o cuando, siendo la pertinente, la hace actuar en la controversia, pero atribuyéndole un sentido que ese precepto no tiene.*^{o 1}

4.1.1. En el libelo del recurso de casación y en la audiencia de debate efectuada en la presente causa, el recurrente ha expresado que la sentencia impugnada incurre en la errónea interpretación de los artículos 82 y 174 de la Constitución del Ecuador, Arts. 25 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial y la errónea interpretación de los artículos 1453, 1454 y 2348 del Código Civil. Con respecto a la buena fe y lealtad procesal a observarse por las partes, son aspectos propios que se dilucidan por parte de la autoridad en función del principio dispositivo, por tanto sino es evidente aquello mal se puede alegar estos principios como errónea interpretación cuando lo concerniente obedece a una vicio de falta de aplicación. Es así que igualmente, el señalado quebrantamiento de normas constitucionales y las normas del Código Orgánico de la Función Judicial, se constituyen en ajenas a la causal alegada; los recurrentes no pueden pretender fundar el recurso de casación con normas que contiene garantías y principios generales que suponen un desarrollo legal que deben ser aplicadas en todas las sentencias dictadas por los operadores de justicia. Cabe indicar que los recurrentes señalan que existe cosa juzgada por haberse interpuesto varias demandas por el actor de esta causa en contra de los hoy casacionistas, señalando los siguientes juicios 06335-2017-03772, 06335-2017-01547, 06335-2017-00046, 06335-2018-02793, 06335-2018-03096 y el 06335-2018-03588, los mismos que al haber sido verificados por este tribunal en el sistema SATJE, y se ha podido observar que en los referidos juicios planteados anteriormente por el actor no existe cosa juzgada, por cuanto se advierte la existencia de autos de archivo de los mismos ya por no completar la demanda interpuesta por el actor Galarza Parra Wilson Gratiniano y en uno de aquellos por aceptación de una excepción previa. Con relación a la errónea interpretación de los 1453, 1454 y 2348 del Código Civil, este Tribunal considera que los casacionistas deben fundar el vicio alegado por las normas que consideran infringidas; y, en ese sentido por lo argumentado en la audiencia, se considera que admitido a trámite el presente recurso de casación, es obligación de este Tribunal, resolver sobre los asuntos de fondo que se plantean, por superada la etapa de admisibilidad, de acuerdo con múltiples resoluciones de la Corte Constitucional, que censuran las actuaciones de los juzgadores cuando ^a centran sus argumentos sobre la base de que el recurrente no ha fundamentado en debida forma los vicios acusados en la sentencia que se cuestiona vía recurso de casación y señalan también los requisitos que considera debía cumplir el recurrente al momento de interponer el recurso por la causal tercera de la Ley de Casación; estudio que no

1 Murcia Ballén, Humberto. La Casación Civil en Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Sexta Edición. 2005. P. 326.

correspondía efectuar en esta etapa procesal, la misma que es de sustanciación y resolución del mencionado recurso, sino que es un análisis propio de la fase de admisibilidad, cuando se procede a la calificación del mismo por el tribunal de casación. (1/4.) la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia respecto al recurso de casación, ha manifestado que este contempla dos fases, una de admisión y otra de procedencia. Es así que dentro de la sentencia N° 031-14-SEP-Cc. Se ha establecido que la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras, que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentación del recurrente°. En consecuencia, y pese a la débil técnica jurídica para sustentar el recurso en la audiencia realizada en la presente causa, atendiendo la índole excepcional y extraordinaria de este instituto; este Tribunal pasa a considerar las argumentaciones esgrimidas en el escrito contentivo del recurso, mirando a la defensa de la ley, con fines de dirimir sobre la eventual contradicción entre esta y la sentencia en relación con los puntos específicos materia de impugnación determinantes de la parte dispositiva del fallo.

El vicio de errónea interpretación de normas de derecho alegada por los casacionistas, se configura en una decisión judicial, cuando siendo la norma, cuya transgresión se acusa, la pertinente al caso, el juzgador la entiende y la aplica dándole un sentido que no le corresponde o un mayor o menor contenido del que efectivamente tiene. De La Plaza, señala que ^aLa censura de la sentencia, por este concepto específico no podrá hacerse de otro modo que poniendo de manifiesto el desconocimiento de las normas o principios interpretativos que al Juez se ofrecieron.° (Manuel de la Plaza. La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pág. 215.)

Los recurrentes sostienen que la sentencia impugnada, incurre en errónea interpretación de los artículos 1453, 1454 y 2348 del Código Civil, sin embargo, de la lectura de aquella, deviene para el Tribunal de Apelación y así se constata, que las dos primeras normas han sido interpretadas de forma correcta pues dicen relación a la naturaleza jurídica de las obligaciones constituidas en una acta de compromiso que no desdican de lo resuelto; y con relación a la siguiente norma es evidente que no ha sido aplicada por el Tribunal en el marco de la sentencia, por lo que mal podría haberse interpretado erróneamente, por ende no cabe reflexión alguna. Pese a lo expuesto, este Tribunal considera indicar, que la sentencia impugnada es clara al establecer las normas sustantivas que le llevaron a tomar la decisión y por la cual rechazan el recurso de apelación interpuestos por los hoy recurrentes. La falta de aceptación o no de las obligaciones contraídas y discutidas, debían ser alegadas bajo el vicio pertinente subsumido en el caso cuarto del artículo 268 del C.O.G.E.P.

Razones por las cuales, el cargo deviene en improcedente; tanto más, que inclusive de la revisión de recurso se menciona que no se cumple con el requisito de motivación establecidos en el Art. 76

numeral 7 literal l) de la Constitución, así como el Art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, los cuales son ajenos a la referida causal invocada, aspectos idóneos que se circunscriben en una causal distinta como es la del caso dos del artículo 268 del C.O.G.E.P. ; además no se evidencia el alcance de la afectación, dado que se deduce en definitiva la insinuación de lo alegado por los casacionistas que cae en una alegación simultánea de vicios trátese de errónea interpretación o de aplicación indebida.

QUINTO: DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, ^a 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 el 31 DE ENERO DEL 2020, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia para los fines de ley.

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO
CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO
JUEZ NACIONAL

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA

JUEZ NACIONAL (E)

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C=EC
L=QUITO
CI
1708753890

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

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

Juicio No. 07333-2018-00979

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 13 de octubre del

2021, las 10h38. 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 Jacho Chicaiza y doctor Wilman 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 de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, de 8 de agosto de 2019, dentro de la causa ordinaria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio seguida por Blanca Martínez León y Francisco Murillo Vargas contra el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Machala.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud del recurso de apelación interpuesto por los demandados, contra la sentencia dictada por el Juzgador de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Machala, de 13 de marzo de 2019, que declaró sin lugar la demanda.

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho recurso de apelación, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, rechazó el recurso de apelación, confirmando la sentencia subida en grado.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, los accionantes, deducen recurso de casación, convirtiéndose de esta manera en sujetos activos e impulsores del medio

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

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

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

impugnatorio casacional.

3.- Causales admitidas en el recurso de casación: Al recibirse el planteamiento casacional, por sorteo, correspondió su calificación al Conjuez Nacional, doctor Yuri Palomeque Luna, quien, mediante auto de 10 de noviembre de 2020, luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido el mismo por el caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

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, los casacionistas Blanca Martínez León y Francisco Murillo Vargas, a través de su abogado defensor Luis Francisco Peláez Murillo, quien fuere autorizado de manera oral en la audiencia de casación, por la señora Blanca Martínez León en su calidad de Procuradora Común, fundamentaron el recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, el cual no fue debatido por la contraparte al no haber comparecido a la audiencia. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

5.- Intervención de la defensa técnica de los recurrentes: En lo puntual sustentó que bajo la denuncia de infracción de los artículos 264.2 de la Constitución; 2410 y 2411 del código Civil; 55, 415, 419, y 460 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 27 de la Ley de Inquilinato; con apoyo en el caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, sostienen los recurrentes, que el Tribunal provincial ha vulnerado los preceptos de la valoración de la prueba, al tomar en cuenta para la decisión, un contrato de arrendamiento del terreno municipal N.º 7225 de 15 de julio del año 1975, el cual no consta elevado a escritura pública, derivando en la aplicación indebida del precepto jurídico del artículo 460 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, por el cual todo contrato de arrendamiento de bienes raíces de propiedad municipal debe de realizarse mediante escritura pública. Añaden, que se ha valorado una certificación catastral del lote N° 29 manzana R 31, que no corresponde al predio que se pretende prescribir, signado con el N° 28 de la manzana R31; errores que condujeron a la equivocada aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia. Que al no existir contrato alguno que justifique la existencia de arrendamiento, su demanda procede, solicitan se case la sentencia.

III. CONSIDERANDOS

6.- 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 Código Orgánico General de Procesos 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*).

7.- 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)

8.- 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.

9.- Contenido de los casos invocados, admitidos en fase previa de admisibilidad: Como

quedó establecido, en el párrafo 3 de esta sentencia, en concreto el caso admitido por vía casacional, es el cuarto del artículo 268 del COGEP, cuyo contenido es:

“4. 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.”

9.1.- Esta causal se produce por violación directa de las normas procesales que regulan la valoración de los instrumentos probatorios y por tal vulnera de manera indirecta normas sustanciales, las cuales deben indicarse en la formulación del cargo; concomitantemente con la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción y la explicación razonada del nexo de causalidad entre ambas infracciones. Los modos de infracción por esta causa, son la falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación, mismos que responden a conceptos propios de violación, disímiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la acertada para solucionar la cuestión; 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, la errónea interpretación es un yerro, en el cual, 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.

10.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: Por el caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se acusa la vulneración de los artículos 264.2 de la Constitución de la República del Ecuador; 2410 y 2411 del Código Civil; 55, 415, 419, y 460 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 27 de la Ley de Inquilinato.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

11.- Como ya ha quedado determinado en el párrafo anterior, se procede a verificar lo impugnado por la parte casacionista conforme a lo sustentado en la audiencia.

11.1.- Se acusa de vulneración de preceptos valorativos de la prueba, al considerarse un contrato de arriendo del terreno municipal, de 15 de julio de 1975, sin que esté elevado a

escritura pública, derivando en la aplicación indebida del artículo 460 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, ya que todo contrato de arriendo de bienes raíces municipales debe hacerse mediante escritura pública; se valoró una certificación catastral del lote N° 29 manzana R 31, distinto al predio pretendido, que es el N° 28 de la manzana R31; yerros que causan la equivocada aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia. Al inexistir contrato que justifique dicho arrendamiento.

11.2.- Problema jurídico a resolver: De lo anterior se obtiene, como materia de examen y resolución en casación: ¿Podrá un arrendatario acceder a la propiedad que arrienda por medio de la prescripción adquisitiva de dominio?; la interrogante planteada, se resuelve en los siguientes párrafos:

¿Podrá un arrendatario acceder a la propiedad que arrienda por medio de la prescripción adquisitiva de dominio?

12.- Sobre el dominio o propiedad: Según 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. Entonces primero habrá que despejar qué es la propiedad; así se tiene que, en virtud del artículo 66.26 de la Constitución, 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 *“¼ el alcance del artículo 21 de la Convención¼ bajo el epígrafe “Derecho a la Propiedad Privada” reconoce que “(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; de allí que, el derecho a la propiedad esta correlacionado 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 *La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad*² por un lado; y por otro, las distintas formas de propiedad, que desde el artículo 66.26 de la Constitución se avizora de manera genérica, encontrando de forma específica que el artículo 321 de la Constitución, particulariza que el Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas: pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental. A este derecho el de *propiedad privada*³ (hablando de personas particulares), es que en la órbita del derecho civil, se da por sinónima a la expresión *dominio*⁴, como se versa en el artículo 599 del Código Civil, de una *cosa corporal*⁵, que al concatenar con la invocada Convención Americana en su artículo 21, que se refiere a *bienes*⁶, los cuales *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*⁷, en consecuencia el dominio referido en el artículo 599 del Código Civil, alude a aquellos *bienes*⁸ individualizados como *cosas corporales*⁹; ergo, acorde al artículo 583 inciso primero *ibídem*, *Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales*¹⁰ y agrega el inciso segundo que *[c]orporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro*¹¹; ergo, el artículo 599 *ibídem*, atinente al dominio concerniente al *derecho real en una cosa corporal*¹², por lo que el *derecho real*¹³, se lo asume en los términos del artículo 595 del Código Civil que establece que es *el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. [y] Son derechos reales el de dominio*¹⁴ *De estos derechos nacen las acciones reales*¹⁵. 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: *el dominio o derecho indefinido de usar, controlar y*

1 Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de Fondo y Reparaciones del caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni”, Párrafo 11

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, (Reparaciones y Costas), párrafo 122

disponer, que se pueda ejercer lícitamente sobre cosas u objetos determinados^{1/4} ^{o3}. Este derecho a la propiedad no es ilimitado, pues ha de ser susceptible de valor caracterizado en el uso, el control y la libre disposición de conformidad con el sistema jurídico; de allí que, el acceso a la propiedad tiene formas propias contenidas en la Ley; ya la Constitución, en el artículo 66.26, consagra que ^a *1/4 el derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas*^o. Este acceso dentro del derecho privado se regula por las reglas del Código Civil, que entre otras formas de adquirir el dominio enumera a la prescripción adquisitiva de dominio.

13.- Acerca de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio: De manera general, el instituto jurídico de la prescripción opera por el paso del tiempo y aplica como modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir derechos y acciones, así lo concibe el artículo 2392 del Código Civil en concordancia con lo especificado en los artículos 603 y 1583 *ibídem*, respectivamente: *“Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción...”* *“Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte: (...) 11. Por la prescripción”*. Se distinguen, por tanto, dos tipos de prescripción: 1) La adquisitiva de dominio y 2) La extintiva de derechos y acciones para reclamar obligaciones. Así pues, la prescripción brinda certeza al conglomerado social⁴ acerca del momento en que puede ejercitar su derecho de acción para reclamar el derecho real de dominio D conducta activa marcada por la posesión D en unos casos y en otros, previene del tiempo máximo que puede dejar transcurrir antes de que se extinga o pierda su derecho de acción D conducta pasiva D .

13.1. En lo que concierne a la prescripción adquisitiva de dominio, originalmente denominada en el derecho romano ^a *usucapión*^o que se forma de las locuciones latinas *usus* (derecho de utilización, goce) y *capere* (apoderar, tomar)⁵; como se ha dicho, es un modo de adquirir el dominio a través de la posesión por el tiempo y en la forma establecida en la ley, estos condicionamientos legales a los que se refiere el artículo 2392 del Código Civil, se encuentran determinados en el artículo 2398 de la misma norma, agregando que: *“Salvo las excepciones que establece la Constitución, se gana por prescripción el dominio de los bienes*

3 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Santiago Marzióni Vs. Argentina, Informe de Admisibilidad No. 39/96, de 15 de octubre de 1996

4 González María del Carmen, Howard Walter, Vidal Karina y Bellin Carlo. Manual de Derecho Civil. Departamento de Publicaciones, Unidad de Comunicación de la Universidad de la República. Montevideo. 2010. Pág. 55.

5 Latín prefijos, Chile. Recuperado de: <http://etimologias.dechile.net/?usucapio.n>

*corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados*⁶. De tal definición y requerimientos normativos, se desprenden las características de la figura en análisis: **a)** Es un modo originario de adquirir la propiedad u otros derechos reales, en vista de que el derecho del usucapiente es *“ex novo, sin conexión causal con un derecho previo del que derive del suyo”*⁶; no existe la voluntad de transferir el dominio, por lo que es a título gratuito y en los términos del artículo 713 del Código Civil, es además, un título constitutivo de dominio; **b)** Tiene su fundamento en la posesión, definida por la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, sin violencia ni clandestinidad, de buena fe e ininterrumpida por el tiempo que la ley requiere; **c)** Su efecto es adquisitivo de dominio para quien la ejerce y por tanto es la única manera en que se puede extinguir el derecho de propiedad y la acción para reivindicarla. *“La acción de dominio que tiene el propietario para reclamar la posesión de su derecho de dominio y cuya posesión tiene otro individuo, de no gozar su propietario la cosa que le pertenece o de no ejercer la acción que no se pierde (...), sino que se pierde como consecuencia de la pérdida del derecho de dominio que el propietario tiene en la cosa; y como este derecho no se pierde sino cuando otro lo ha adquirido por prescripción, solo entonces se viene a perder la acción que emana del derecho de dominio”*⁷; **d)** Cabe únicamente sobre bienes corporales muebles e inmuebles, esto es, sobre cosas tangibles, materiales, perceptibles con los sentidos⁸; **e)** Se gana por prescripción el dominio así como otros derechos reales, que la ley no excluya, tales como el derecho de herencia y las servidumbres continuas y aparentes; y, **f)** Son prescriptibles todas las cosas que estén en el comercio humano, es decir todos los bienes corporales comerciales regulados por el derecho privado y no por el derecho público; en vista del uso o destino que se les da, al ser comunes a todos las personas resultan imprescriptibles, por ejemplo: alta mar, el espacio aéreo, ríos, calles, plazas, caminos, etc. Esgrimidas las características del instituto de la prescripción adquisitiva, conviene distinguir en este punto, a la luz del artículo 2405 del Código Civil, la prescripción de dominio ordinaria de la extraordinaria, las cuales discurren en el tiempo cuya posesión del bien se exige (ordinaria: tres años en bienes muebles y cinco

6 Blasco Francisco. Instituciones del Derecho Civil. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág. 196

7 [Alessandri Arturo](#); [Somarriva Manuel](#); [Vodanovic Antonio](#). Tratado de los derechos reales: bienes. Tomo II. [Editorial Jurídica de Chile](#). Chile Pág. 480

8 Artículos 583 y 584 del Código Civil.

para los raíces; extraordinaria: quince años); en la exigencia de posesión regular para la ordinaria, por la cual, quien la persigue debe tener justo título, mientras que la extraordinaria procede aún sin título inscrito, debiendo acreditarse únicamente la posesión, que se presume es de buena fe.

13.2.- Siendo la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio la que interesa al presente análisis, es menester enumerar los presupuestos que determinan su procedencia, constantes en el artículo 2410 del Código Civil, el dominio de las cosas comerciales puede ser adquirido por la prescripción extraordinaria, bajo las siguientes reglas: *“1. Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito; 2. Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 715; 3. Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; 4. Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1. Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; y, 2. Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo”*.

Contraídos los requisitos legales de la prescripción adquisitiva extraordinaria, estos implican que: **1)** Que la cosa, requerida en prescripción, esté perfectamente singularizada e identificada, sea susceptible de prescripción, encontrándose dentro del comercio humano; **2)** La posesión de la cosa tenida y ejercida con los requisitos o condiciones legales: animo de señor y dueño, pública, tranquila, ininterrumpida, mantenida al momento inclusive de ser alegada y con carácter exclusiva, bien personalmente o por interpuesta persona, por el transcurso del tiempo determinado de quince años; y, **3)** que la demanda se dirija contra quien funge como el legítimo propietario del bien.

14.- En la especie, revisada la sentencia impugnada, en el apartado 11.5 ateniendo al análisis individual de los requisitos de la prescripción extraordinaria de dominio, se dice: *“(...) Habiéndose acompañado a la demanda por parte de los actores un certificado del Registro Municipal de la Propiedad del cantón Machala (fs. 1-2), de fecha 24 de Julio del 2017, en el que consta que la I. Municipalidad de Machala es propietaria de los terrenos ubicados en el contorno de la ciudad, dentro del área encerrada por una circunferencia, en un radio de 5 km., aproximadamente, o sea un diámetro de 10 km., cuyo centro es el punto medio del parque Juan Montalvo, ubicado en la plaza principal de Machala, según Decreto Supremo*

N°. 175 de 7 de abril de 1936, dictado por el Ing. Federico Páez, inscrito en el Registro de la Propiedad de mayor cuantía N°. 23, el 14 de mayo del mismo año. Según ordenanza de delimitación urbana del cantón Machala, publicada en el Registro oficial (Suplemento) N°. 630, el 31 de enero del 2012, inscrita en el Registro de la Propiedad con el N°. 679, y en el Libro Repertorio con el N°. 974, el 10 de febrero del 2012, el nuevo límite urbano comprende una superficie de 5.993,02 has.; con este documento se ha acreditado que el bien inmueble objeto de la presente acción es un bien privado municipal, al amparo del Art. 419 del COOTAD, sujeto a ser administrado en condiciones económicas de mercado, conforme a los principios del derecho privado, por lo que puede perfectamente adquirirse por el modo de la prescripción^o, siempre y cuando se cumplan los presupuestos legales de disponibilidad para su comercio mediante Ordenanza Municipal acorde al procedimiento determinado en el Código Orgánico de Organización Territorial. A partir de lo deducido por el Tribunal de alzada, en cuanto a la determinación de si el bien de la demanda se encuentra en el comercio humano, vale la pena recordar, que gozan de reserva constitucional de irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad, los recursos naturales no renovables, el agua, los productos del subsuelo, biodiversidad, patrimonio genético, espectro radioeléctrico, la propiedad comunitaria así como los bienes culturales tangibles e intangibles según lo establecido en los artículos: 1, 12, 57, 317, 318, 379, 408 de la Constitución; en tanto, en el artículo 604 del Código Civil se determina que: *“se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”*. Estableciendo dos clases de bienes del Estado: 1) Bienes de uso público y 2) bienes fiscales; los primeros fuera de comercio humano por su destinación y aprovechamiento de la población en general y por consiguiente bajo reserva legal de imprescriptibilidad e inalienabilidad; y los segundos considerados dentro de la esfera del dominio privado del Estado, los que no excluidos por la Constitución ni por la Ley, se entienden no protegidos por las condiciones anotadas, es decir por el derecho público y posibles de prescripción al tenor de lo establecido en el artículo 2397 del Código Civil: *“Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de los*

consejos provinciales, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo. No obstante, la comercialidad y por ende la posibilidad de prescribir bienes municipales, atiende a la distinción contenida en el artículo 415 del COOTAD, que subdivide a los bienes de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en bienes del dominio privado y del dominio público; estos que a su vez, según su uso son: bienes de uso público y bienes afectados al servicio público. En el caso de los bienes de dominio privado, conceptualizados legalmente como los que no están destinados a la prestación directa de un servicio público, sino a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios de los gobiernos autónomos descentralizados, son administrados en condiciones económicas de mercado, conforme a los principios de derecho privado, incluyen de manera general a aquellos bienes que no forman parte del dominio público, clasificación en la que entra el bien materia de la controversia, por ser un inmueble urbano de Propiedad del Municipio del cantón Machala, que no estaba destinado a la prestación servicios públicos de competencia del gobierno autónomo ni de uso gratuito, directo y general de particulares; desde esta arista, como bien se señala en la sentencia de apelación, el bien puede ser objeto de prescripción de dominio, para lo cual debe atenderse en adición, al estado de comercialidad del bien, dado en virtud de la autorización de transferencia del artículo 436 *ibídem*, debiendo acordarse y autorizarse la venta, donación, hipoteca y permuta de los bienes inmuebles públicos de uso privado, con el voto de los dos tercios de los integrantes, pues sin este elemento, se restringe el comercio de los bienes de uso privado de los gobiernos autónomos, el levantamiento del velo para ingresar al comercio humano y pasar al dominio particular de estos bienes, depende de procedimientos democráticos ± legislativos, normados en el derecho público y de manera específica para los gobiernos autónomos descentralizados.

14.1.- Continuando con el examen, además de la determinación individualizada del bien a usucapir y la justificación de que este se encuentre en el comercio humano, correspondía verificar a la Sala de Apelación, la existencia de verdadera posesión de los demandantes, cuyo alcance y cumplimiento ha de sopesarse desde su concepto mismo, *“tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”* Ⓓ Artículo 715 del Código CivilⒹ este corto pero contentivo concepto legal de posesión, engloba dos concepciones a tenerse en cuenta: el *corpus* traducido como la tenencia material de la cosa y el *animus* o ánimo de señor y dueño. Por ello la doctrina ecuatoriana considera a la posesión, como algo *“intermedio entre la mera*

*tenencia y la propiedad: no es ni lo uno ni lo otro, pero se funda en la tenencia y sirve de base o manifiesta la propiedad.*⁹ Empero, no debe confundirse a la posesión con la mera tenencia, quien posee a más de utilizar o disponer materialmente de la cosa, la supedita a su poder, la conduce a su voluntad como dueño aunque en su fuero interno sepa no serlo titularmente, pero se mira a sí, como tal; de allí la composición entrelazada del corpus y el animus, para el origen o existencia de la posesión. Por su parte, la mera tenencia, se caracteriza por la falta de ánimo de señor y dueño, quedando en ella solo un elemento de la posesión, el *corpus*¹⁰; al tenor del artículo 729 del Código Civil, mero tenedor es aquel que tiene la cosa no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño, aplicando dicha distinción a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno. Para mayor ilustración, sobre la distinción entre posesión y tenencia, la Corte Suprema señalaba: *"(...) la primera existe con independencia de toda situación jurídica, "se posee porque se posee" según dispone el Código Civil argentino (cita del doctor Víctor Manuel Peñaherrera en su obra "(...) La posesión es, pues, el poder de hecho, la tenencia, el poder de derecho. Por ello a pesar de tener la posesión y la mera tenencia un elemento común, cual es el material o corpus, se diferencian en que en la tenencia se realiza por el sujeto de la misma, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (Art. 748 del Código Civil), en cambio en la posesión el poderío sobre la cosa se ejerce con ánimo de señor y dueño, es decir con animus domini.- Lo dicho sobre la mera tenencia se evidencia en los contratos de usufructo, de arrendamiento, comodato, entre los más comunes, en todos ellos el que tiene una cosa (corpus), lo hace reconociendo dominio ajeno (sin animus); en todos estos contratos, el poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquier otro título no translativo de dominio (Art. 759 del Código Civil). Sólo se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúa (Art. 760 del Código Civil).*¹¹ La denuncia casacional refiere, que el Tribunal *Ad quem* ha valorado indebidamente un contrato de arrendamiento que inclusive corresponde a otro bien y no al que se pretende prescribir, vulnerando en consecuencia el artículo 460 del COOTAD, por el cual: *"Todo contrato que tenga por objeto la venta, donación, permuta, comodato, hipoteca*

9 Larrea Juan, Derecho Civil del Ecuador. Volumen V Los bienes y la posesión. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2010. Pág. 96

10 [Alessandri Arturo](#); [Somarriva Manuel](#); [Vodanovic Antonio](#). Tratado de los derechos reales: Bienes. Tomo I. [Editorial Jurídica de Chile](#). Chile. Pág. 367.

11 Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. No. 2. Pág.. 345. (Quito, 9 de septiembre de 1999)

o arrendamiento de bienes raíces de los gobiernos autónomos descentralizados se realizará a través de escritura pública...º. En el apartado 11.6 del fallo enervado, explica al respecto que:

“(...) los actores manifiestan que desde el 8 de septiembre de 1975, hasta la fecha actual¼ esto es hace 43 años atrás mantienen la posesión pacífica, ininterrumpida con ánimo de señores y dueños de un solar municipal urbano ubicado en esta ciudad de Machala, provincia de El Oro¼ En tanto que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Machala, al contestar la demanda¼ entre sus excepciones de puro derecho opone a la demanda la de “improcedencia de las pretensiones de los actores”, por cuanto no tienen la calidad de poseedores, sino de meros tenedores¼ Entonces, corresponde dilucidar, a la luz de las pruebas aportadas, si los actores¼ son meros tenedores, como afirma la parte demandada, o han sido posesionarios como se afirma en la demanda. Al efecto, se realiza el siguiente análisis: 11.6.1. El Art. 729 del Código Civil, establece la distinción entre la mera tenencia y la posesión, radicando su diferencia en el ánimo con que se está teniendo una determinada cosa; mientras que, para la posesión este ánimo es de señor y dueño, para la mera tenencia, el elemento subjetivo, se lo ejerce no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño¼ De la revisión de las constancias procesales, se llega a la conclusión de que si instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado, la documentación tales como: A) El contrato de arrendamiento del terreno municipal, N°. 7525, solar N°. 28, manzana N°. R-31 celebrado en la ciudad de Machala, el 15 de julio de 1975, en el que los señores Ing. Eddie Muro Bonilla y Dr. Ernesto Vicuña Trelles, Alcalde y Asesor Jurídico Municipal, dan en arriendo al señor Francisco Murillo Vargas, el mencionado solar; el cual se ha adjuntado al proceso¼ B) El oficio N°. 0796-SRUP-DU-01, de fecha 13 de septiembre del 2018, suscrito por el Ing. Civil Edin Maldonado, Subdirector de Régimen Urbanístico de la Propiedad del GAD Municipal de Machala¼ en el que se informa lo siguiente: “(¼) Que, Murillo Vargas Francisco, posee catastrada una construcción edificada en solar de propiedad municipal, ubicado en la ciudad de Machala, manzana R31, solar N°. 29, código catastral 10123084029, evaluada en la cantidad de veintiún mil setenta y tres, 20/100 dólares (\$ 21,073.20). (¼)º; y, C) El oficio N°. 32-F3-DFMM, de fecha 13 de septiembre del 2018, suscrito por el Ing. Donald González Crespo, Director Financiero del GAD Municipal de Machala¼ en el que “(¼)

CERTIFICA: Que de acuerdo a la búsqueda dentro del sistema VSAM del GAD Municipal de Machala, se verificaron los registros del código catastral 10123084029 que se encuentra a nombre del señor Murillo Vargas Francisco, con cédula de ciudadanía N°. 070029880-5; teniéndose como resultado que el mencionado contribuyente hasta la presente fecha y año no mantiene ninguna deuda pendiente con esta institución; bajo su dominio existe el concepto de Arrendamiento de Solar, correspondiente a la manzana R31 / El Cisne.- Buenavista Jorge Murillo Ugarte, desde el año 1994 hasta la actualidad^{1/4} son documentos públicos que dan fe de su contenido y constituyen prueba al tenor del Art. 207 del COGEP, para acreditar que el predio urbano municipal ubicado^{1/4} en la ciudad de Machala, manzana R31, solar N°. 29 (anterior N°. 28), código catastral 10123084029, consta a nombre del señor Francisco Murillo Vargas, quien ha cancelado arrendamiento de terreno a la entidad municipal, hasta el año 2018, sin registrar deuda pendiente por dicho concepto; y con el contrato de arrendamiento^{1/4} se prueba que el Municipio de Machala le da en arrendamiento el solar de propiedad municipal N°. 28 (actual N°. 29) de la manzana R-31, de esta ciudad de Machala desde el 15 de julio de 1975, de lo que se determina la calidad de arrendatario del actor y de arrendadora de la Municipalidad de Machala, del bien que se pretende prescribir, y que en consecuencia se ha reconocido por este hecho la propiedad de la demandada y la calidad de meros tenedores de los actores; debiendo considerarse que para que proceda la prescripción extraordinaria de dominio es necesario, según establece el Art. 2410 numeral 4 del Código Civil, que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; aquello no ha ocurrido, por el contrario, los hechos positivos ejecutados por los actores se han realizado reconociendo dominio ajeno, bastando para su demostración el pago de pensiones de arrendamiento realizados por el actor^{1/4} hasta el año 2018, esto es, dentro del lapso legal de la prescripción^{1/4}.

14.2.- En efecto, la razón de la decisión del Tribunal de apelación se funda en que la parte actora no justificó ser posesionaria sino mera tenedora del bien inmueble, en mérito de la valoración en base de la sana crítica de todos los medios de prueba aportadas por las partes y de manera particular del contrato de arrendamiento suscrito entre el Municipio de Machala y el señor Francisco Murillo Vargas, sobre el solar de propiedad municipal N°. 28 (actual N°. 29) de la manzana R-31, de la parroquia Machala celebrado el 15 de julio de 1975, no se ha

justificado que tal actuación sea vulneradora de precepto de valoración alguno y que como tal derive a una infracción del artículo 460 del COOTAD, norma que ha entrado en vigencia el 19 de octubre del 2010 D Suplemento Registro Oficial 303 D es decir con posteridad a la suscripción del referido contrato de 15 de julio de 1975, es más ni siquiera la Ley de Inquilinato se encontraba vigente; en ese sentido el Gobierno Autónomo Municipal, no estaba obligado a elevar a escritura pública el contrato de arrendamiento, por lo que este vale y da fe de que los demandados han venido reconociendo el dominio del Municipio del Cantón Machala, inclusive hasta la presentación de la actual demanda, como ha corroborado el Tribunal *Ad quem* con el pago del canon de arrendamiento hasta el año 2018, descartando que exista posesión o que haya siquiera principiado la misma, pues desde el año 1975 suscribe un contrato de arriendo sobre el bien pretendido con la entidad municipal, el arrendamiento, es un contrato bilateral por el que una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por un tiempo determinado y un precio cierto; estos rasgos son los que caracterizan la relación jurídica, en la que se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutar obra o prestar servicio, y arrendatario al que adquiere la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga a pagar; es un contrato que se perfecciona por el mero consentimiento y de tracto sucesivo, por extenderse su ejecución durante un período de tiempo, en el cual de manera ineludible se reconoce el dominio del dueño, por lo cual la parte actora al satisfacer los cánones de arrendamiento y cumplir las cláusulas arrendaticias, reconocer la titularidad del dominio ajeno, ya que en consecuencia tienen la calidad de meros tenedores, no pudiendo operar ninguno de los supuestos determinados en el numeral cuarto del artículo 2410 del Código Civil, que sirven para desvanecer el título de mero tenedor dando lugar a la prescripción, cuando: 1. (...) *quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción;* y, 2. *Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.* Aun, ante la falta de actualización del contrato a las condiciones establecidas en las normas vigentes, la parte actora ingresó conforme a la normativa de 1975 suscribiendo un contrato de arriendo y conforme al artículo 7.19 del Código Civil ^a *Los actos o contratos válidamente celebrados según una ley, podrán probarse, bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para justificarlos; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará sujeta a la ley vigente al tiempo en que se rindiere^o*, estableciéndose así la calidad de mera tenedora,

situación, que torna a la tenencia en precaria por rigor del artículo 2098 del Código Civil, según el cual: *“Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución. También lo constituye precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”*. Tampoco aparece que haya confundido el predio objeto de la demanda, el tribunal ha resuelto la improcedencia de la demanda de prescripción del solar N°. 28 de manzana 31 de la Parroquia Machala, especificando que es el actual N°. 29. En ese contexto, la sentencia impugnada no adolece del vicio por la causal cuarta, la decisión se ha adoptado conforme a la naturaleza y requerimientos de la prescripción extraordinaria de dominio, cuya principal demostración se concentra en la posesión, su inexistencia hace inviable la acción, pues al ser arrendadores, los accionantes, reconocen dominio ajeno, no poseen en calidad de señores y dueños.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

15.- La prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio es un modo de adquirir el dominio y por tal de extinguir el derecho de dominio del propietario, para su procedencia el juzgador ha de verificar, la concurrencia de los siguientes requisitos: **1)** Que la cosa, requerida en prescripción, esté perfectamente singularizada e identificada, sea susceptible de prescripción, encontrándose dentro del comercio humano; **2)** La posesión de la cosa tenida y ejercida con los requisitos o condiciones legales: ánimo de señor y dueño, pública, tranquila, ininterrumpida, mantenida al momento incluso de ser alegada y con carácter exclusiva, bien personalmente o por interpuesta persona, por el transcurso del tiempo determinado de quince años; y, **3)** Que la demanda se dirija contra quien funge como el legítimo propietario del bien. Dichos requisitos deben concurrir de manera concomitante, la falta de alguno de estos requisitos impide la procedencia de la acción. Verificada la correcta singularización de lo que se prescribe y que la demanda se dirige contra quien funge como propietario, procede comprobar que la cosa se encuentre en el comercio humano y en consecuencia sea prescriptible, en el caso particular de los bienes de los Gobiernos Autónomos Descentralizados se remite al artículo 415 del COOTAD, que distingue a los bienes de dominio privado y del dominio público; los de dominio privado, son aquellos cuyo destino es indirecto a la prestación de un servicio público, estando ligados a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios de los gobiernos autónomos descentralizados por ello son administrados en condiciones económicas de mercado, conforme a los principios de

derecho privado, cuya comercialidad atiende al proceso legislativo determinado en el artículo 436 *ibídem*, debiendo acordarse y autorizarse la venta, donación, hipoteca y permuta de los bienes inmuebles públicos de uso privado, con el voto de los dos tercios de los integrantes del Concejo en el caso de los Municipios. Por último, el requisito fundamental para el éxito de la acción de prescripción lo constituye la posesión, traducida como la tenencia con ánimo de señor y dueño (el *animus* y el *corpus*), al existir un contrato de arriendo, el cual tiene un carácter bilateral por el que una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por un tiempo determinado y un precio cierto; fija una relación jurídica, en la que se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutar obra o prestar el servicio y arrendatario al que adquiere la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga a pagar; vínculo que se perfecciona por el mero consentimiento y de tracto sucesivo, por extenderse su ejecución durante un período de tiempo, donde implícitamente se reconoce el dominio o propiedad del dueño, configurándose la tenencia meramente material de la cosa, con reconocimiento de dominio ajeno, siendo mera tenencia, así como aquella mantenida sin contrato previo o por ignorancia o tolerancia del dueño se trasluce en tenencia precaria.

VI. DECISIÓN

16. 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:

16.1.- Desestimar el recurso de casación planteado los actores Blanca Martínez León y Francisco Murillo Vargas, respecto de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, de 8 de agosto del 2019.

16.2.- 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. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C = EC
L = QUITO
CI
1708753890

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

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

Juicio No. 09332-2014-50173

JUEZ PONENTE: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA, JUEZ NACIONAL (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, martes 5 de octubre del 2021, las 16h26. **VISTOS:** En virtud del recurso de casación planteado por Destefano Hugo Daniel, representante legal de la compañía JEDESCO S.A., en contra de la sentencia dictada, por voto de mayoría, el 30 de enero de 2019, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, la misma que resuelve aceptar el recurso de apelación planteado por la parte accionante TRANSOCEANICA CIA. LTDA., revocando el fallo emitido por la Jueza a quo¹, y declarando con lugar la demanda de pago de fletes de transporte; la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; la doctora Rita Bravo Quijano, Conjueza Nacional, admitió a trámite el medio de impugnación planteado, mediante auto de 28 de enero de 2021; agotado el trámite de ley, llevada a efecto la audiencia de estrados solicitada; escuchados los sujetos procesales, 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 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 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

¹ Sentencia dictada por la abogada Nadia Guadamud Salazar, Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, provincia de Guayas.

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

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

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

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

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 24 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 numeral 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 76.3⁵ de la Constitución de la

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.

5 **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 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)° .*

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 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 referidos 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 este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

CUARTO:

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

4.1) Los señores Wilfried Meinlschmith y Cari Riemann Schwarz, por los derechos que representan de la compañía TRANSOCEANICA CIA. LTDA., en sus calidades de Presidente y Vicepresidente Ejecutivo respectivamente, persona jurídica que es a su vez apoderada en territorio ecuatoriano de la compañía HAPAG-LLOYD CONTAINER LINIE GMBH, demandan a JEDESCO S.A. compañía de nacionalidad ecuatoriana, en la interpuesta persona de sus representantes legales Vicente Alfredo Núñez Díaz, Presidente Ejecutivo, y Jorge Alex Serrano Aguilar, Gerente General; libelo inicial que

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 presentación.*^o

en lo principal expresa:

“ (1/4) La compañía HAPAG-LLOYD CONTAINER LINIE GMBH es una persona jurídica cuya actividad principal es el transporte marítimo de mercaderías.

II.b) Que la compañía ahora demandada, Jedesco S.A., contrató con la compañía Hapag-Lloyd por intermedio de su apoderada en el Ecuador, la compañía Transoceánica Compañía Limitada, el transporte de mercaderías, específicamente de bananas tipo Cavendish, con destino al puerto de Hamburgo en los siguientes términos:

i) El 11 de Noviembre de 2006 mediante conocimiento de embarque No. HLCUGYE061141140 por un flete total de US\$ 40,000.00 con llegada a puerto de destino 29 de Noviembre de 2006.

ii) El 17 de Noviembre de 2006 mediante conocimiento de embarque No. HLCUGYE061141753 por un flete total de US\$ 40,000.00 con llegada a puerto de destino el 5 de Diciembre de 2006.

Que el transporte de estas mercaderías se contrató bajo el régimen de conocimiento de embarque que constituye prueba y documenta el contrato de transporte que se perfecciona por el consentimiento de las partes intervinientes: cargador y porteador y donde se recogen los derechos y obligaciones de las partes, de conformidad con los artículos 211 y 212 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 706 de las Reglas de la Haya-Visby, aplicables a esta materia. Acompaño en calidad de Anexo 2 los dos conocimientos de embarque emitidos en cada uno de los viajes de fechas 11 y 17 de Noviembre de 2006 y su respectiva traducción al español que cumple con las formalidades previstas en el artículo 24 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada con los cuales queda demostrada fehacientemente la celebración de dos contratos de transporte de mercaderías entre las compañías Hapag Lloyd, (porteador o transportista)

y la compañía Jedesco S.A. (cargador).

II.c) Que Hapag Lloyd en calidad de porteador o transportista cumplió a cabalidad y suficiencia con sus obligaciones contractuales de desplazamiento marítimo, custodia de las mercaderías y especial y específicamente con la entrega del cargamento en su puerto de destino, Hamburgo - Alemania los días 29 de Noviembre y 5 de Diciembre de 2006.

II.d) Que de conformidad con el numeral 14 de los conocimientos de embarque adjuntos es responsable del pago del flete "el comerciante" y es considerado comerciante de acuerdo al estricto tener de los conocimientos de embarque adjuntos el cargador de las mercaderías. Como hemos demostrado documentalmente la compañía Jedesco S.A., es cargador en los dos contratos de transporte celebrados y NO ha cumplido con su obligación contractual esencial de pago del flete o precio convenido de conformidad con el numeral 14 de los conocimientos de embarque agregados como Anexo 2. En consecuencia hasta la actualidad adeuda a Hapag-Lloyd el valor íntegro del flete los dos embarques el cual asciende a la surta total de US\$ 80,000.00, más los intereses de mora y gastos en estricta aplicación del numeral 14 sub-numeral (4) de los conocimientos de embarque adjuntamos a este libelo de demanda.

De los antecedentes expuestos y documentos justificativos aparejados a este libelo de demanda. Señor Juez, podrá Usted evidenciar que la compañía Jedesco S.A. contrató dos transportes marítimos de mercaderías y no ha cumplido con su obligación más importante y esencial el pago del flete o precio convenido. (1/4)

Con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el numeral anterior y amparado en el Título V del Transporte artículos 205 y siguientes del Código de Comercio comparecemos ante su Autoridad a fin de demandar a la compañía Jedesco S.A. en la interpuesta persona de sus representantes legales para que en sentencia sea condenada al pago de los fletes adeudados más intereses moratorios que se calcularán desde las fechas de arribo de las mercaderías a su puerto de destino, toda vez que en estricta aplicación del numeral 14 de los conocimientos de embarque adjuntamos es la fecha en

que su obligación de pago se volvió exigible. Así mismo reclamamos la compañía demandada sea condenada en costas y al pago de los honorarios de nuestros abogados patrocinadores en estricta aplicación del referido numeral 14 de los conocimientos de embarque. (1/4)° (Sic)

4.2) La parte demandada, ha contestado la demanda, proponiendo las siguientes excepciones: a) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho; b) Ilegitimidad de personería activa y pasiva; c) Falta de derecho para demandar; d) Insuficiencia y falta de poder para accionar la demandante; y, e) Improcedencia de la demanda.

4.4) Desarrollado el proceso, en trámite verbal sumario, llevada a efecto la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, y concedido el término de prueba correspondiente, encontrándose la causa para resolver, la abogada Nadia Guadamud Salazar, Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, provincia de Guayas, emite su sentencia por escrito el 12 de junio de 2018, las 11h10, al siguiente tenor:

^a (1/4) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA°, declara SIN LUGAR la presente demanda la demanda (sic). Sin costas ni honorarios que regular. Actúe la Abogada Ana Cruz, en calidad de secretaria titular del despacho. La Actuaría del despacho de cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil (1/4)°. (Sic)

4.5) Frente al recurso de apelación interpuesto por Wilfried Meinlschmith y Cari Riemann Schwarz, por los derechos que representan de la compañía TRANSOCEANICA CIA. LTDA., actora, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Guayas, en sentencia de fecha miércoles 12 de febrero del 2020, las 10H56, resuelve aceptar el recurso de apelación planteado, y revoca el fallo emitido por la Jueza *a quo*, declarando con lugar la demanda de pago de fletes de transporte, en los siguientes términos:

ª (1/4) RESOLUCIÓN: Sin más análisis, esta Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas ª administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, ACEPTA el recurso de apelación planteado y en consecuencia REVOCA el fallo venido en grado, declarándose CON lugar la demanda.- Cúmplase con lo ordenado en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, disponiéndose que se remita el proceso al juez de primer nivel para los fines legales consiguientes (1/4)ª.

4.5) Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, el señor Destefano Hugo Daniel, en calidad de Representante Legal de la compañía JEDESCO S.A., interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

4.6) La doctora Rita Bravo Quijano, Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 28 de enero de 2021, admitió a trámite el recurso de casación planteado por el señor Destefano Hugo Daniel, en calidad de Representante Legal de la compañía JEDESCO S.A., y dio trámite al mismo, bajo los siguientes parámetros:

ª (1/4) DECISIÓN.- Por lo expuesto, la suscrita Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, concluye que el recurso de casación examinado, cumple con los requisitos formales de admisibilidad y considerando que ª La tutela judicial efectiva que consagra la Constitución, es el derecho de toda persona no solo para acudir a los órganos jurisdiccionales, sino que, a través de los debidos cauces procesales y con las mínimas garantías, obtenga una decisión fundada en derecho respecto de sus pretensionesª, se ADMITE el recurso de casación interpuesto por Destefano Hugo Daniel, representante legal de la Compañía JEDESCO S.A; y, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 13 de la Ley de la materia, se le corre traslado a la contraparte para que lo conteste de manera fundamentada dentro del término de cinco días. Con la contestación o no pase el proceso a la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia (1/4)ª.

4.7) El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ante la petición de la parte recurrente, convoca a audiencia de estrados, en el

marco de lo establecido en las garantías normativas de la Ley de Casación, conforme consta de la razón, suscrita por la Abg. María Peralta Sánchez, Secretaria Relatora.

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: *“(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)”.*

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

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

nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...^o.

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...^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 *"...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).^{o 11}, concluye sobre el tema indicando que ^a (1/4) la

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

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 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:

^a...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.

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.

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 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:

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.

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}*

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

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 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*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*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:

^aArt. 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;*

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.

4. Los fundamentos en que se apoya el recurso°.

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 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.

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...”*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*

¹⁷ Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación*, 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.

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.

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 prevista en la Ley de Casación, aplicable al caso.

En el *in examine*, la Conjuenza 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, limitando el mismo al caso descrito en el **numeral 3 del artículo 3 de la Ley de Casación**; ergo, inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquel cargo, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

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

La causal escogida para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es la establecida en el artículo 3 numeral 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)

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°.

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

“lo mismo que la primera y segunda corresponde tres modos de infracción o tres vicios de juzgamiento por los cuales se puede interponer el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las cortes superiores en procesos de conocimiento, vicios que, a su vez, deben dar lugar a otros dos modos de infracción. Entonces, en la sentencia, el primer yerro, objeto del recurso de casación, puede ocurrir por aplicación indebida (1) o falta de aplicación (2) o por errónea interpretación (3) de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”^o; y, el segundo por equivocada aplicación (1) o por no aplicación de “normas de derecho”^o (2) de modo que para la procedencia del recurso por la causal tercera de casación es indispensable la concurrencia de dos infracciones sucesivas, la primera de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”^o; y, la segunda de “normas de derecho”^o, en cualquiera de los tres modos de infracción antes indicados que son los establecidos en la ley para cada uno de ellos. De acuerdo con esto, cuando el recurrente invoca la causal tercera¹⁹ para que proceda la alegación, está en la obligación de presentar la concurrencia de las dos violaciones sucesivas previstas en esta causal, primero la violación de los preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba; y, segundo, la violación de las normas de derecho producida como consecuencia de lo anterior, con la precisión de cada caso, del precepto o norma infringidos”¹⁹

Ergo, del análisis de la causal de casación propuesta, se advierte que, para su procedencia, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).

¹⁹ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, *Resolución No. 123-2004*, 6-VII-2004, Tercera Sala, R.O. 510,24-1-2005.

- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma violada, 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 escogido, debe ir relacionado con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.
- La violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, a la vez, debe derivar en una equivocada aplicación o en la no aplicación de normas de derecho (norma sustantiva). De este enunciado, se desprende también dos cargos que deben justificarse en la propuesta casacional: 1) Equivocada aplicación; y, 2) No aplicación, de normas de derecho sustancial.

Así también, para una correcta argumentación de la causal de casación aludida, se debe identificar varios aspectos, a saber:

- El medio o medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se ha infringido la norma que regula la valoración de dichas pruebas.
- La norma o normas que regulan la valoración de la prueba, cuya aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación se acusa.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre los medios de prueba y la norma

procesal violada.

- Singularizar la norma sustantiva que como consecuencia del yerro *in iure* acusado, sido **indirectamente** transgredida.

6.3) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien señala:

^a(¼) TERCERO: DETERMINACIÓN DE LAS CAUSALES EN QUE SE FUNDA.-

El Recurso lo fundamento en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley de Casación y que se refiere a

- **Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a la no aplicación de las normas de derecho.**

CUARTO.- LOS FUNDAMENTOS EN QUE SE APOYA EL RECURSO. (¼)

En el presente caso, el voto de mayoría de la Sala ha inaplicado el artículo 115, del Código de Procedimiento Civil que textualmente señala: (¼)

Esta infracción ha sido cometida por los señores Jueces que emitieron el voto de mayoría, incurriendo en la causal de falta de aplicación de las normas procesales que inciden y agravan en forma directa las normas sustantivas, como es el caso de los artículos 1453 y 1454 del Código Civil, que a continuación me permito transcribir: (¼)

Estas normas del derecho sustantivo, no pueden ser soslayadas por nada ni nadie, menos aún por un operador de justicia, quien debe no solo conocer la Ley, sino que está en la obligación de aplicarla y sujetar sus decisiones a la misma, sin que tenga alternativa u opción de desviar el sentido y aplicación de su contenido. En el presente caso, la prueba documental que contiene el contrato en el que están estipuladas las condiciones del

negocio jurídico, claramente señala (**FLETE PREPAGO**), por lo que es insalvable, no considerar dicho elemento contractual que es el que ha sostenido y ha dado lugar a la relación jurídica entre las partes. A esto hay un aditamento de que el pago lo realiza previamente el consignatario, mas no la compañía demandada, sin que exista vínculo jurídico ni se pueda establecer responsabilidades de obligaciones solidarias **entre mi representada y la antedicha consignataria.** Es decir, ante tal hecho, no es posible que se haya aceptado el recurso de apelación propuesto por la parte accionante, si bien es cierto como sostiene Micheli, el fenómeno de la carga consiste en que **“la ley en determinados casos atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico considerado favorable para dicho sujeto”** en el presente caso el accionante no ha podido sostener ni probar los hechos como ciertos, pues no ha podido comprobar lo aseverado en los fundamentos de su demanda. Sumado a que el documento conocimiento de embarque, consta que la forma de pago es **PREPAGO**; no es aceptable que la mercadería haya salido del puerto, arribado a otro puerto y que no se hayan cancelado los valores. Muy por el contrario, constando los términos del embarque, que el flete se paga al momento de recibir el transportista la mercadería, es en ese preciso instante que se cancela, **existiendo relación con la forma de pago que consta en la carta de embarque, como es pre-pago, que en lenguaje sencillo significa pagar antes de, recibir un servicio o bien.** Situación que se la realizó según lo acordado, es decir, el pago se lo realizó con anticipación, conforme consta del mismo contrato, más aun cuando tal pago del flete no le corresponde a mi representada sino al consignatario, que es a quien se le envían las mercaderías, y que lo habría **pre-pagado**; lo cual no ha sido desvirtuado por el actor.

El actor de la presente causa no ha podido comprobar la falta de pago, solo se ha demostrado la existencia de una relación contractual con el documento llamado conocimiento de embarque, **más no se ha justificado la falta de pago**, pues en la propia **confesión del Gerente General de la compañía actora, consta que existía en el contrato la estipulación de prepago, es decir pago antes del envío de la mercadería.**

Por su parte el art. 1453 del Código Civil, determina el nacimiento de las obligaciones, **existiendo en esta causa un documento llamado conocimiento de embarque, en el que se establece que si existió una relación contractual que incluye obligaciones de ambas partes (obligaciones contractuales sinaglamáticas), pero no se encuentra probado el**

incumplimiento de una obligación por parte de mi representada, como es la falta de pago. (1/4)

Las confesiones se las valora como prueba en lo que respecta a las preguntas referidas en este considerando de conformidad con el art. 124 del C.P.C. por cuanto son tendientes a establecer el objeto de la demanda, pues de las mismas se concluye que el flete fue contratado prepago. **No consta que haya cumplido el actor con probar el objeto de la demanda**, como es la **FALTA DE PAGO DE LOS FLETES**.

La **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL, DEL 10 DE ABRIL DE 2013, LAS 11H00**, dentro de la No. **1174-2011**, respecto de la prueba establece: **ª Abierta la causa a prueba por el término de ley respectivo, correspondía a las partes de conformidad con lo establecido en los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, probar los hechos alegados.º** Las partes tienen la obligación de probar sus afirmaciones.

Correspondiendo a los **SEÑORES JUECES DE LA SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL GUAYAS** obrar conforme lo establece el art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en la parte pertinente, expresa:

ª Las jueces y juezas resolverán de conformidad con lo fijado como objeto del proceso (1/4)º

6.4) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de falta de aplicación de los artículos 115 y 124 del Código de Procedimiento Civil, normas que establecen:

ª Art. 115.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las

pruebas producidas°.

° Art. 124.- Si la confesión no tuviere alguna de las calidades enunciadas en el artículo anterior, será apreciada por el juez en el grado de veracidad que éste le conceda, de acuerdo con las reglas de la sana crítica°.

La falta de aplicación de la ley, en el caso 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas atinentes a preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, cuya observancia era exigible, y que de haberlo hecho, dicha situación, por efecto, determinaba la aplicación real y correcta de las normas de derecho sustantivo en la sentencia.

6.5) 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 el medio de impugnación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto:

Como parte de su fundamento, el recurrente, sostiene que el *ad quem*, ha omitido su obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, entre ellas ha dejado de justipreciar la prueba documental que contiene los contratos fundamento de la demanda, en los cuales están estipuladas las condiciones del negocio jurídico que claramente infieren que se trataba de un flete prepago, así como las confesiones judiciales rendidas dentro de esta causa, entre ellas la del Gerente de la compañía actora que determina la existencia, en el contrato, de la estipulación prepago, es decir pago antes del envío de la mercadería.

Para verificar el fundamento del cargo casacional, en el *in examine*, es de relevancia identificar, si de autos constan como medios de prueba válidos, los referidos por el impugnante; en efecto, se avizora como prueba los conocimientos de embarque No. HLCUGYE061141140 de fecha 11 de Noviembre de 2006, y No. HLCUGYE061141753 emitido el 17 de Noviembre de 2006; en el mismo sentido, constan las confesiones judiciales de los señores Jorge Alex Serrano Aguilar y Vicente Alfredo Nuñez Díaz, personeros de la compañía JEDESCO S.A.; y, la confesión judicial de Wilfried

Meinlschmith.

Identificados los medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se han infringido las normas que regulan la valoración de las mismas, corresponde visualizar cual fue el pronunciamiento del *ad quem*, respecto de aquellas, para el efecto, es de relevancia concentrar el estudio en el siguiente extracto de la resolución impugnada:

“(1/4) Ahora bien En torno al hecho discutido que es la reclamación, la misma se pretende enervar por cuanto la parte demandada sostiene que ha sido pre-pagado. La prueba de la parte accionante son los conocimientos de embarque acompañados a su demanda, los cuales en su cláusula 14, numerales 1 y 4, en los que se aprecia que la demanda debe pagar. Citados dichos numerales, es pertinente transcribirlos, “(1) el flete será pagadero al recibir el Transportista la Mercancía y bajo ninguna circunstancia se aceptarán devoluciones (1/4). (4) Si el comerciante no abona el precio de flete en el plazo debido, tendrá la obligación de pagar todos los gastos, liquidar daños, de acuerdo a la tarifa aplicable y con intereses que aumentarán hasta realizar el pago.º. INSPECCIÓN JUDICIAL: Por otra parte, la prueba de la parte accionada, se aprecia la Inspección Judicial contable que obra de fojas 484 a 489, diligencia realizada en las oficinas de la compañía demandada, JEDESCO, con fecha 23 de junio de 2010. INFORME PERICIAL: De fojas 493 a 497m 585 a 859 y 864, consta el informe pericial presentado por el perito contable, en el que en sus conclusiones señala: “No se encontró dentro de la contabilidad de la empresa JEDESCO S.A., ningún registro por concepto de transporte de la fruta exportada en los conocimientos de embarque No HLCUGYE061141140 y No HLCUGYE06114175. De igual forma no se encontró dentro del balance de comprobación de la compañía al 31 de diciembre del 2006, ninguna cuenta por pagar a Transoceánica o Hapag Lloyd. No se encontró dentro del Estados de Resultados del año 2006, ninguna cuenta por concepto de fletes o transportes al exterior (1/4.). La inspección judicial como medio probatorio idóneo para demostrar o justificar la pretensión, representa un elemento determinante e inobjetable a efectos de enervar la acción y para ello se designa un perito como un profesional especializado y calificado en una materia determinada. En adición a ello, vale recalcar que en la diligencia de inspección judicial permite una directa percepción del juez a través de sus sentidos, en procura de la comprobar los hechos alegados y obviamente

que podrá sumarse otros medios probatorios válidos y permitidos por nuestro ordenamiento jurídico procesal. En esa vertiente del pensamiento, recurrimos a los comentarios del respetable jurista Dr. Juan Falconí Puig, que ha expresado: " El perito es un intermediario entre el juez y la cosa, ya a través de su actuación, permite al juez ver una realidad concreta. No obstante, quien aprecia el mérito del informe del perito es el juez, que puede aún separarse de la opinión pericial. Con algunos autores consideramos que la pericia no es un medio de prueba sino una intermediación entre el juez y la cosa o hecho específico que sirve de prueba"^{1/4}.º. Comentarios al Código de Procedimiento Civil, Editorial Edino, Segunda Edición 1991, pág.154. No obstante, el juez no está obligado a atenerse al informe de peritos, conforme lo determina el segundo inciso Art. 262 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe: " (1/4) No es obligación de la jueza o juez atenerse, contra su convicción al juicio de los peritos (1/4)º (1/4)

Frente a ello y en aplicación de los principios relativos a la valoración de la prueba, el Tribunal en la búsqueda de la verdad procesal, en aplicación de la sana crítica, se arriba a una decisión con certeza apodíctica, que dentro de la acción se ha acreditado debidamente para su procedencia, la justificación de los conocimientos de embarque y en contraste la parte demandada no ha podido justificar ninguna de sus excepciones, para lo cual debieron actuarse pruebas idóneas y conducentes encaminadas a demostrar las mismas. En tal sentido, como punto relevante no se le prodiga valor probatorio al informe pericial realizado únicamente en la contabilidad de la parte demandada, sin que se haya pedido información de la parte actora (accionante) y tampoco comparte la tesis que sostiene que el servicio de transporte fue pre-pagado.. Por lo tanto, más bien ha quedado demostrado que al existir la obligación nacida por el contrato de transporte, corresponde en consecuencia que la parte demandada pague los valores adeudados por lo fletes. (1/4)

De lo transcrito *ut supra*, se llega a determinar que el *ad quem*, no justiprecia las confesiones judiciales que como pruebas válidas constan en el proceso; el Tribunal de apelación, no aprecia las mismas en el grado de veracidad que éstas le conceden, con lo cual se concluye que el órgano jurisdiccional incumplió su obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas; ergo, emerge la falta de aplicación de los artículos 124, en relación con el inciso final del

artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que en conjunto constituyen, *per se*, normas que regulan la valoración de la prueba, estableciéndose de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, y el nexo entre los medios de prueba y las normas violadas.

Ahora bien, el yerro *in iure* detectado, deriva en una equivocada aplicación (violación indirecta) del artículo 1453 del Código Civil, al establecerse como válida una obligación nacida del concurso real de las voluntades (contrato), cuyo incumplimiento, en los términos descritos en el libelo demandatorio no se halla determinado procesalmente, lo cual es trascendente en el *in examine*; ergo, es procedente el cargo casacional objeto de estudio.

Por todo lo expuesto, se concluye que la sentencia del *ad quem*, incurre en el yerro *in iure* de falta de aplicación del artículo 124 en relación con el inciso segundo del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y como consecuencia de ello, en la violación indirecta del artículo 1453 del Código Civil, cargo previsto en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley de Casación; por lo cual, se determina la procedencia del recurso interpuesto.

6.6) 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; así, se dicta:

SENTENCIA DE MERITO:

6.7) Los señores Wilfried Meinlschmith y Cari Riemann Schwarz, por los derechos que representan de la compañía TRANSOCEANICA CIA. LTDA., en sus calidades de Presidente y Vicepresidente Ejecutivo respectivamente, persona jurídica que a su vez es apoderada en territorio ecuatoriano de la compañía HAPAG-LLOYD CONTAINER LINIE GMBH, demandan a JEDESCO S.A. compañía de nacionalidad ecuatoriana en la interpuesta persona de sus representantes legales Vicente Alfredo Núñez Díaz, Presidente Ejecutivo, y Jorge Alex Serrano Aguilar, Gerente General, el pago del flete correspondiente con ocasión del contrato de transporte existente, en el contexto establecido en el numeral **4.1)** del considerando CUARTO de la presente resolución.

6.8) De autos se verifican las excepciones planteadas a la demanda y la contestación a la misma, por parte de JEDESCO S.A., conforme lo descrito en el numeral **4.2)** del considerando CUARTO de la presente resolución, que en esencia arguyen: a) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho; b) Ilegitimidad de personería activa y pasiva; c) Falta de derecho para demandar; d) Insuficiencia y falta de poder para accionar la demandante; y, e) Improcedencia de la demanda.

6.9) Procesalmente, por cuanto las partes no han llegado a un acuerdo, se abrió la causa a prueba. La parte actora ha solicitado que: 1) se tenga por reproducido a favor de su representada todo cuanto de autos le fuere favorable, especialmente la demanda y sus anexos, y lo expresado por su abogado patrocinador en la audiencia de conciliación; 2) que se tenga por impugnado y redargüido de falso y objetado en su legitimidad todo lo adverso en cuanto hubiere lugar en derecho, especial y señaladamente la contestación a la demanda, así como todos y cada uno de los escritos de prueba que ha presentado la parte demandada; 3) que se reproduzca a su favor las comunicaciones de fechas 10 de julio de 2007, 3 y 22 de agosto de 2007, 18 de enero de 2008 y 26 de mayo de 2008 dirigidas a la compañía JEDESCO S.A. requiriéndosele el pago de los valores adeudados por concepto de flete por la transportación marítima contratada bajo los conocimientos de embarque No. HLCUGYE061141140 de fecha 11 de noviembre de 2006 y -No. HLCUGYE061141753 emitido el 17 de noviembre de 2006. Indica, además, que los conocimientos de embarque constituyen prueba del contrato de transporte y como tales son autónomos, independientes y rigen las relaciones entre el transportador y el tenedor del conocimiento, así lo dispone la legislación local y supranacional. Por lo expuesto, rige la relación entre su mandante y la demandada JEDESCO S.A. los conocimientos de embarque No. HLCUGYE061141140 emitido el 11 de noviembre de 2006 y el No. HLCUGYE061141753 emitido el 17 de noviembre de 2006 los cuales claramente establecen en su anverso la modalidad de flete prepago (Freight Prepaid), es decir que este valor debía ser cancelado en origen por el embarcador. Además, pide que se tome en cuenta que obra de fojas 3 a 7 copia certificada otorgada por el Registro Mercantil del Cantón Guayaquil el poder especial otorgado por la compañía HAPAG-Lloyd Container Line GMBH, a favor Transoceánica, del 8 de julio de 1998, con lo que desvirtúa la ilegitimidad de personería. Pide además que, Jorge Alex Serrano Aguilar, de la compañía JEDESCO S.A. en calidad de Gerente General y el señor Vicente Alfredo Núñez Días, en calidad de Presidente Ejecutivo, rindan confesión judicial.

La parte demandada ha solicitado en la etapa probatoria, que: 1) se reproduzca todo cuanto conste de autos le sea favorable, al igual que tacha e impugna y da por redargüido lo contrario, en especial la prueba presentada por la parte actora; 2) que se oficie al Registro Mercantil de Guayaquil a efecto de que remita copia de la escritura pública de aumento de capital, reforma y codificación de los Estatutos Sociales de la Compañía Transoceánica Compañía Limitada; 3) que la parte actora presente al despacho una copia certificada de los correspondientes Estatutos Sociales de la Compañía HAPAG-LLQYD CONTAINER LINIE GMBH; 4) Que se oficie a la Intendencia de Compañías de Guayaquil, a efecto de que remita certificación de la existencia jurídica de la Compañía HAPAG-LLQYD CONTAINER LINIE GMBH 5) que se señale día y hora a efecto de que los señores Wilfried Meinschmidt y Carl Riemann Schwarz, por los derechos que representan de la Compañía Transoceánica Cia. Ltda., personalmente y no por interpuesta persona rindan confesión judicial; 6) que la actora presente la documentación suficiente, con la que justifique pagos realizados por JEDESCO S. A., respecto a conocimientos de embarques; 7) que se señale día y hora, para que se realice una inspección judicial, en el lugar en donde reposan los libros de la Compañía JEDESCO S. A.; 8) acompaña documentación (383 fojas) de las negociaciones realizadas con la compradora *FIFFES INTERNATIONAL*, que es la consignataria según constan también en los conocimientos de embarque materia de la demanda, que establece que no existe constancia alguna de obligación o compromiso de pago a ninguna transportista; 8) acompaña el contrato de comercialización de la fruta, suscrito con la empresa *FIFFES INTERNATIONAL*, compradora o consignataria, la misma que fue exportada, y es materia de los conocimientos de embarque, del proceso, no aparece en el mismo cláusula contractual alguna, en que se obligue JEDESCO S. A., a pagar valor o cantidad alguna por concepto de la transportación.

De lo indicado en los párrafos que preceden, y conforme el objeto de la **Litis**, se analiza lo siguiente:

El informe pericial realizado por la economista Silvia Alexandra Solano Hidalgo, determina que ^a *(1/4) No se encontró dentro de la contabilidad de la empresa Jedesco S.A., ningún registro por concepto de transporte de la fruta exportada en los conocimientos de embarque (1/4). De igual forma no se encontró dentro del balance de comprobación de la compañía al 31 de diciembre de 2006, ninguna cuenta por pagar a Transocéánica o Hagap Lloyd. No se encontró dentro del Estado de Resultados del año 2006, ninguna cuenta por concepto pago de fletes o transporte de mercadería al exterior. Es importante mencionar que en la tercera página de los dos conocimientos de embarque revisados, dice "freight prepaid" que significa prepagado. Cabe resaltar que los conocimientos de*

embarque presentados por la empresa Jedesco en la diligencia y que adjunto a mi informe, difieren en la forma con los presentados por la empresa Transocéanica dentro del proceso. Sin embargo, los presentados por la empresa Transocéanica, dicen ^afreigh prepaid: 40.000,00, es decir flete prepagado 40.000,00 (¼)°.

La Inspección Judicial (fojas 484 -489) realizada el día 23 de junio de 2010, de los libros contables de JEDESCO S., realiza la revisión de los libros de registros donde consta la documentación referente a los conocimientos de embarques.

Las confesiones judiciales de la parte demandada (Jorge Alex Serrano Aguilar, Gerente General, y Vicente Alfredo Núñez Días, Presidente Ejecutivo DE JEDESCO S.A.), establecen claramente que el pago de los fletes no les corresponde a estos sino a los consignatarios, y que los habrían prepagado.

Otro punto importante que es necesario mencionar, y que resulta trascendente para la valoración de la prueba, es que, dentro de este proceso consta la confesión judicial de Wilfried Meinschmith, Gerente General de la parte actora, quien afirma que existió una contratación de estipulación prepago.

De los conocimientos de embarque, se evidencian las palabras ^aflete prepagado°, lo cual es concordante con lo obtenido en la inspección judicial y con el informe pericial, señalado *ut supra*; además, de estos documentos se puede corroborar que estos se encuentran cancelados en su totalidad ^atotal del flete 40.000,00°, constando como saldo pendiente a cancelar ^atotal flete por cobrar 0.00°.

Los requerimientos de pago, presentados para justificar el incumplimiento de la obligación del embarcador, en el caso concreto, no coadyuvan a tener como hecho cierto dicha cuestión, menos aún los documentos que justifican la representación de las personas jurídicas involucradas en el *in examine*.

6.10) Del escenario procesal planteado, se llega a tener como hechos ciertos, lo siguiente:

- La existencia de un acuerdo de voluntades, contenido en los conocimientos de embarque No. HLCUGYE061141140 de fecha 11 de noviembre de 2006 y No. HLCUGYE061141753 emitido el 17 de noviembre de 2006, convenciones de las cuales se tiene como cierto que el/la transportista es HAPAG-LLOYD CONTAINER LINIE GMBH.; el embarcador es JEDESCO S.A.; y, el consignatario es FYFFES INTERNATIONAL.
- El valor del flete relacionado con el conocimiento de embarque No. HLCUGYE061141140, fue pactado en US\$ 40,000.00; a su vez, el flete del conocimiento de embarque No. HLCUGYE061141753, fue pactado igualmente en US\$ 40,000.00, según la prueba documental aportada.
- El acuerdo de voluntades contenido en los conocimientos de embarque, estableció la modalidad de flete prepago (Freight Prepaid), es decir que el flete debía ser cancelado en origen.
- HAPAG-LLOYD CONTAINER LINIE GMBH, transportó las mercaderías cumpliendo su obligación contenida en los conocimientos de embarque desde el Puerto de Guayaquil, hasta el puerto de Hamburgo, en las fechas establecidas.

6.11) Naturaleza jurídica del contrato de transporte.- Debemos señalar que el servicio de transporte marítimo, es uno de los contratos más usuales, por la gran cantidad de materias transportadas, contribuye al desarrollo económico de los países. El contrato de transporte es aquel por el cual un sujeto (el porteador) se obliga frente a otro (el cargador) a transportar a una persona o cosa de un lugar a otro a cambio de un precio denominado flete²⁰. Arroyo Martínez lo define, como *el*

20 Fernando Sánchez Calero, El contrato de Transporte Marítimo de Mercancías, Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam, p. 128

*traslado por mar de un lugar a otro de personas o mercancías a cambio de un precio llamado flete*²¹. García Pita señala que el contrato de transporte se *entiende al contrato de transporte marítimo de mercancías como aquel en que* ^a *una persona -el Porteador- se obliga, mediante un precio a trasladar por mar, de un lugar a otro, mercancías bajo su propia custodia*^o ²²

Desde un ámbito abstracto, según el Código de Comercio aplicable al caso, constituyen actos de comercio, entre otros, el transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico; las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas, y los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo.

El Código de Comercio, vigente al tiempo del contrato de transporte, establecía las siguientes garantías normativas:

^a El transporte es un contrato en virtud del cual uno se obliga, por cierto precio, a conducir de un lugar a otro, personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico, o mercaderías ajenas, y a entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas.

Llámase porteador el que contrae la obligación de conducir. El que hace la conducción por agua toma el nombre de patrón o barquero.

Denomínase cargador, remitente o consignante el que, por cuenta propia o ajena, encarga la conducción.

Se llama consignatario la persona a quien se envían las mercaderías.

21 Ignacio Arroyo Martínez, en Curso de Derecho Marítimo, Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2005, p. 515

22 José Luis García Pita y Lastres, en Arrendamiento de Buques y Derecho Marítimo, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 151

Una misma persona puede ser, a la vez, cargador y consignatario.

La cantidad que el cargador se obliga a pagar por la conducción, se llama porte.

El que ejerce la industria de hacer transportar personas o mercaderías, por sus dependientes asalariados y en vehículos propios, o que se hallen a su servicio, se llama empresario de transporte, aunque algunas veces ejecute el transporte por sí mismo°. (Artículo 205 del Código de Comercio)

Llámase carta de porte el documento que las partes otorgan para acreditar la existencia y las condiciones del contrato y la entrega de las mercaderías al porteador. (Artículo 211 del Código de Comercio)

Los remitentes de mercaderías, los comisionistas de transporte y los porteadores pueden exigir mutuamente, como comprobante de su convenio, una carta de porte, fechada y firmada, que se extenderá por duplicado y que expresará:

1o.- El nombre, apellido y domicilio del cargador, del porteador y del consignatario;

2o.- La naturaleza, cantidad y marca de los objetos que se remiten;

3o.- El lugar en que debe hacerse la entrega;

4o.- El plazo en que ella ha de efectuarse;

5o.- El precio de la conducción; y,

6o.- La indemnización a cargo del porteador por algún retardo, si se pactare, y cualesquier otros pactos y condiciones que acordaren los contratantes.

La carta de porte puede ser nominativa, a la orden, o al portador.

La omisión de alguna de las precedentes enunciaciones puede suplirse con cualquiera especie de prueba.

Pero en ningún caso podrá el cargador hacer responsables al porteador, de pérdidas o averías de efectos que no se han expresado en la carta de porte, ni pretender que los efectos expresados en ella, tenían una calidad superior a la enunciada. (Artículo 212 del Código de Comercio)

La omisión de alguna de las enunciaciones que prescribe el Art. 212, no destruye el mérito probatorio de la carta de porte, y las designaciones omitidas podrán ser suplidas por cualquiera especie de prueba legal. (Artículo 214 del Código de Comercio)

El consignatario debe: 1o.- Otorgar al porteador recibo de las mercaderías que éste le entregare, siempre que por no existir carta de porte no pudieren canjearse el original y el duplicado; y, 2o.- Pagar el porte y gastos dentro de las veinticuatro horas siguientes al recibo de las mercaderías. (Artículo 250 del Código de Comercio)

En el *in examine*, son observables las normas atinentes al contrato de transporte, sin embargo, al existir los conocimientos de embarque, los cuales constituyen acuerdos de voluntades, que son ley para las partes, aquellos generan obligaciones para una o para las dos partes, estas obligaciones constituyen, respectivamente, los derechos de la parte o partes acreedoras; en tanto que, las obligaciones que el contrato genera producen los derechos que la ley otorga al acreedor ^a $\frac{1}{4}$ *para obtener del deudor el cumplimiento íntegro, exacto y oportuno de las obligaciones cuando el deudor no la cumple en todo o en parte, o está en mora de cumplirla*^{1/4} ^o23.

6.12) 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”*. Ahora bien, referida norma 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

23 Arturo Alessandri Rodríguez, Derecho Civil, De Los Contratos, Editorial Zamorano y Caperán, Santiago, 1976, p. 60

individuales, *a contrario sensu* de lo impersonal y abstracto de la ley general.

Se insiste, la norma *in comento*, establece que el contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, ^a *¼ quiere significar que tiene una fuerza obligatoria para las partes análoga a la que tiene la ley para todos los habitantes de la República; y que así como los particulares no pueden eludir el cumplimiento de la ley, de la misma manera, los contratantes no pueden eludir el cumplimiento del contrato, o dejarlo sin ejecución ¼ el contrato no sólo tiene fuerza obligatoria para los contratantes, sino que se impone con toda su fuerza a las personas que tengan que intervenir en él; es por eso que los tribunales no pueden modificar o desconocer un contrato válidamente celebrado. A lo sumo pueden interpretar sus cláusulas oscuras. Pero este efecto solamente lo atribuye la ley a los contratos legalmente celebrados, es decir, a aquellos en cuya celebración se han observado todos los requisitos establecidos por la ley para su celebración, porque de otro modo implícitamente se habría autorizado la violación de la ley*²⁴.

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 del conflicto sometido a decisión judicial, los términos del mismo (contrato) y las contingencias ocurridas a su alrededor, se hallan delimitados, en el siguiente contexto:

- El valor del flete relacionado con el conocimiento de embarque No. HLCUGYE061141140, fue pactado en USS 40,000.00; a su vez, el flete del conocimiento de embarque No. HLCUGYE061141753, fue pactado igualmente en USS 40,000.00, según la prueba documental aportada, lo cual concuerda con las confesiones judiciales, el informe pericial y la inspección judicial.
- El acuerdo de voluntades contenido en los conocimientos de embarque, estableció la modalidad de flete prepago (Freight Prepaid), es decir que el flete debía ser cancelado en origen por el embarcador, según la prueba documental aportada, lo cual concuerda con las confesiones judiciales, el informe pericial y la inspección judicial.

24 Arturo Alessandri Rodríguez, Derecho Civil, De Los Contratos, Editorial Zamorano y Caperán, Santiago, 1976, p. 61

- HAPAG-LLOYD CONTAINER LINIE GMBH, transportó las mercaderías cumpliendo su obligación contenida en los conocimientos de embarque desde el Puerto de Guayaquil, hasta el puerto de Hamburgo, en las fechas establecidas.

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 (contrato de transporte marítimo), 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 accionante pretendiera desconocer las cláusulas contractuales, para darles un alcance tal que propicie desatender la forma de pago acordada contractualmente, por imperio de la ley, dicha intención se interpreta en su contra, más aún si las cláusulas provienen de los formularios propios de los conocimientos de embarque, prevaleciendo por lo mismo la sola intención de los contratantes, según los preceptos del artículo 1582 del Código Civil.

En el contexto indicado, al ser los conocimientos de embarque, acuerdos de voluntades, convenciones que, *per se*, son ley para las partes, y al tener fijado como hecho cierto que el flete fue acordado en la modalidad prepago, y que según la cláusula contractual (14. Flete) *“El flete será pagadero al recibir el Transportista la Mercancía”*, se concluye que la obligación del embarcador (JEDESCO S.A.) no estaría pendiente; tanto más que la empresa transportista (HAPAG-LLOYD CONTAINER LINIE GMBH), que funge de actora, no ha justificado dicha cuestión (falta de pago de los fletes) o que el acuerdo de voluntades haya sido modificado en el ámbito de la modalidad de pago del flete, o que se haya instaurado un crédito a favor de la transportista respecto del valor del flete, por medio de un adendum, documento o similar que demuestre dichas cuestiones.

En virtud de los argumentos esgrimidos, la obligación exigida por la parte actora a la demanda, si bien *prima facie* se deriva de un concurso real de voluntades, en los términos del 1453 del Código Civil, no se halla justificado que la misma este pendiente de cumplimiento; ergo, la demanda 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 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 LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

7.1) Declarar la procedencia del recurso de casación planteado por Destefano Hugo Daniel, en su calidad de representante legal de la compañía JEDESCO S.A, por la causal 3era del artículo 3 de la Ley de Casación, en torno a la falta de aplicación del artículo 124 en relación con el inciso segundo del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y como consecuencia de ello, la violación indirecta del artículo 1453 del Código Civil.

7.2) Corrigiendo el error *in iure*, casar la sentencia, de mayoría, emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Guayas, en sentencia de fecha miércoles 30 de enero del 2019, las 09H30; ergo, conforme la garantía normativa establecida en el artículo 16 de la Ley de Casación, en mérito de los hechos establecidos en la sentencia, tomando en cuenta que, los fundamentos de hecho y de derecho plasmados por los señores Wilfried Meinlschmith y Cari Riemann

Schwarz, por los derechos que representan de la compañía TRANSOCEANICA CIA. LTDA., en sus calidades de Presidente y Vicepresidente Ejecutivo respectivamente, persona jurídica que es a su vez apoderada en territorio ecuatoriano de la compañía HAPAG-LLOYD CONTAINER LINIE GMBH, en el *in examine*, no han sido justificados, se rechaza la demanda planteada. Sin costas ni honorarios que regular.

7.3) Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y la aceptación total del recurso, 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 (PONENTE)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA

JUEZ NACIONAL (E)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C = EC
L = QUITO
CI
1708753890

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

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

Juicio No. 09332-2016-11914

**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 6 de octubre del 2021, las 15h52. 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 el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 19 de agosto de 2019, dentro de la causa ordinaria que por cobro de dinero sigue Banco Amazonas S.A. en contra del señor Hugo Jacinto Guillermo Coronel.

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 Guayaquil, de 14 de febrero de 2018, que declara sin lugar la demanda. **1.2.-** Satisfecho el trámite de dicho recurso de apelación, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en lo medular rechaza el recurso de apelación y confirma la sentencia subida en grado que declara sin lugar la demanda.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la parte accionante, 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

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

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

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

sorteo, es conocido por el respectivo Conjuez Nacional, doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, quien, mediante auto de 29 de julio de 2020, luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido el mismo por el caso 4 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, a través de su abogado defensor, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos, recurso que no fue debatido por la contra parte al no haber comparecido a la respectiva audiencia. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en el párrafo siguiente.

5.- Intervención de la defensa técnica del accionante y recurrente abogado Joaquín Zevallos Franco: En lo relevante indica, que presentó su recurso con fundamento en el caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, al incurrir la sentencia en aplicación indebida del precepto de valoración probatoria consagrado en el artículo 164 *ídem*, existiendo indebida aplicación del artículo 1728 del Código Civil. Dice que el artículo 1728, debe entenderse en contexto con sus 3 artículos precedentes (1725 al 1728), que en su conjunto disponen que las obligaciones de más de ochenta dólares deben constar por escrito, exceptuándose los casos donde exista un principio de prueba por escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso, así, un pagaré de más de ochenta dólares, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hace prueba plena de la deuda al no certificar la entrega, pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esa circunstancia. La aplicación de este precepto jurídico en la valoración y sustanciación del fallo impugnado es contradictoria con el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos. El artículo 1728 del Código Civil habla de *prueba plena*, es decir, del sistema antiguo de prueba tasada, donde la prueba era plena o semiplena también llamada incompleta; sistema de prueba tasada introducido en el siglo XIX en el Código de Enjuiciamiento Criminal de 1889, para luego incluirse en materia civil el 19 de octubre de 1907, principio que estuvo vigente en el Ecuador hasta la entrada en vigencia del último Código de Procedimiento Civil del 2005 que ya contenía el concepto de la prueba plena. Según el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, la prueba debe apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es decir, el principio de unidad de prueba se basa en la sana crítica ± la unión de la lógica y la experiencia ± así pues, la lógica dice que, a menos que exista error, fuerza o dolo, nadie va a firmar un pagaré sobre un valor que no debe y la experiencia de los jueces los llevará a la misma conclusión. Si se usa la sana crítica para valorar documentos, no es factible expresar que el pagaré por sí solo no es un instrumento probatorio sobretodo en casos como este, en el que no existió contradicción; el *Ad-quem* no hace una

relación directa del pagaré con la liquidación de valores pendientes y la tabla de vencimientos, instrumentos probatorios que se utilizaron en la audiencia de juicio de primera instancia y que se replicaron en apelación. Aduce que la Corte Nacional, en un proceso similar el número 09932-2016-1031, estableció que se puede incluir como prueba válida en esta clase de procesos al pagaré, más aun cuando la parte demandada no comparece al proceso a reclamar su contenido ni lo objeta, y esa falta de contradicción hace que el pagaré sea suficiente prueba para plantear su cobro en vía ordinaria, como en este caso donde hay una tabla de vencimientos y una liquidación de valores pendientes debidamente tramitados. Por tanto, al no haber sido aplicado debidamente el principio de unidad de prueba, solicita se case la sentencia.

III CONSIDERANDOS

6.- 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 Código Orgánico General de Procesos 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*).

7.- 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)

8.- 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 nomofilático; 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.

9.- Contenido de los casos invocados, admitidos en fase previa de admisibilidad: Como quedó establecido, en el párrafo 3 de esta sentencia, en concreto el caso admitido por vía casacional, es el cuarto del artículo 268 del COGEP, cuyos contenidos es el siguiente:

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.

9.1.- El caso cuarto, se produce por violación directa de las normas procesales que regulan la valoración de los instrumentos probatorios y por tal vulnera de manera indirecta normas sustanciales, normas que deben indicarse en la formulación del cargo, concomitantemente con la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción y la explicación razonada del nexo de causalidad entre ambas infracciones. Los vicios previstos en el caso invocado "*Aplicación indebida, falta de aplicación y errónea interpretación*", han de entenderse de la siguiente manera: (i) la aplicación indebida, radica en un yerro de selección de norma, al seleccionar el juzgador una no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la norma acertada para su solución, (ii) la falta de aplicación, resulta cuando, como su nombre lo indica, el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar la controversia; y, (iii) la errónea interpretación es un yerro de interpretación, aquello implica que, si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución de la litis, se aleja del espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra en la norma.

10.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, se tiene que el yerro admitido para estudio de este Tribunal, es la falta de aplicación del principio de unidad de la prueba contenido en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, que ha llevado a la indebida aplicación del artículo 1728 del Código Civil, por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

11.- En lo concreto, se acusa de que el artículo 1728 del Código Civil, debe contextualizarse con sus artículos precedentes, que en conjunto disponen que las obligaciones de más de ochenta dólares deben constar por escrito, excepto cuando haya un principio de prueba por escrito del demandado o de su representante que haga verosímil lo litigioso, así, un pagaré de más de dicho valor, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, deja de ser prueba plena de la deuda, por falta de certificación de la entrega, pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla tal circunstancia; al aplicarse este precepto en la valoración del fallo, es contradictorio con el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos; el invocado artículo 1728, habla de prueba plena, atendiendo al antiguo sistema de prueba tasada y según el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, la prueba se aprecia en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, o sea, el principio de unidad de prueba basado en la sana crítica que une la lógica y la experiencia; donde la lógica dice que, a menos que exista un vicio del consentimiento, nadie firmaría un pagaré sin adeudarlo y la experiencia del juez lo guiará a esa conclusión; al usarse la sana crítica para valorar documentos, el pagaré por sí solo es un instrumento probatorio sobre todo ante la falta de contradicción; mal se puede, sin relación directa del pagaré con la liquidación de valores pendientes y la tabla de vencimientos, establecerse que el pagaré sea insuficiente prueba para cobrarlo en vía ordinaria; así es como, se dejó de aplicar el principio de unidad de prueba.

12.- Problema jurídico a resolver: De la abstracción realizada, se tiene que dichas acusaciones se orientan a una sola intención que se concretiza en una sola interrogante: **¿Constituirá un pagaré a la orden, demandado para su cobro en vía ordinaria, prueba suficiente de obligaciones?**; la interrogante planteada, se resuelve en los siguientes párrafos:

¿Constituirá un pagaré a la orden, demandado para su cobro en vía ordinaria, prueba suficiente de obligaciones?

13.- De los títulos valores o títulos crediticios: La expresión ^a *título valor*^o, proviene del vocablo alemán *Wertpapiere*, que se traduce como: ^a *papel valor*^o, de allí su entendimiento de título valor, término acogido por varias legislaciones, donde evoluciona e incluso se lo denomina ^a *título de crédito*^o, pese a que no siempre el documento que contiene un derecho de crédito es un título de crédito y no todos los ^a *títulos de crédito*^o, representan derechos crediticios de dinero, por lo que parecería ser más propia la denominación de ^a *título valor*^o, pese a que hay títulos que contienen valores y no son títulos de valor, como diversos documentos de identificación, por lo que ciertas legislaciones prefieren el término de ^a *títulos de crédito*^o¹. Para efectos prácticos, estas

1 Araya, Celestino R. *Títulos circulatorios*. Buenos Aires: Astrea. 1989. pp. 29-30.

denominaciones, en el marco ecuatoriano, se utilizan indistintamente para referirse a la misma clase de documentos. El Código de Comercio en rigor, en el artículo 78, establece que: *“Los títulos valores son documentos que representan el derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, permitiendo a su titular o legítimo tenedor ejercitar el derecho mencionado en él. Pueden ser de distinta naturaleza dependiendo del derecho o bien que ellos aluden.”*, este cuerpo legal, determina además que los títulos valores, deben cumplir necesariamente con dos presupuestos, además de los que exige la ley para cada documento en particular: a) La mención del derecho que en el título se incorpora, con indicación del objeto en que consiste y su valor. Si la obligación consiste en una cantidad de dinero y ésta devenga intereses, la indicación de estos o el porcentaje del cupo, margen o descuento sobre el importe del título, de ser el caso. De no haberse señalado la tasa de interés a pagar y/u otra forma de fijar ganancias en el título y si la obligación de pago se funda en un mutuo o préstamo de consumo, se entenderá que la obligación devenga la tasa máxima de interés legal vigente, publicada por el Banco Central del Ecuador o la entidad que haga sus veces en el futuro; y, a partir de que se haya constituido al deudor en mora, la tasa máxima de mora que corresponderá al uno punto un (1.1) veces la tasa legal ya indicada; y, b) La firma de quién lo crea, siendo factible sustituir la firma bajo la responsabilidad del creador del título, por un signo o contraseña inserto mecánicamente. Este signo o contraseña debe ser protocolizado en una notaría previo a su utilización. La firma puede ser física o electrónica siempre que esta última se encuentre debidamente registrada ante las entidades de certificación de información previstas en la Ley de Comercio Electrónico y Mensajes de Datos. De lo anotado, se concretiza que los títulos valores se integran entonces por dos partes: i) el derecho que contienen, que es literal en cuanto a su existencia, contenido, extensión y modalidad, regido estrictamente por su tenor escriturario y autónomo por ser adquiridos de modo originario en cada transmisión regular del título y no de modo derivativo siendo indiferente su existencia anterior en el patrimonio de otro sujeto², haciendo que cada nuevo portador adquiera un derecho propio, independiente de cualquier relación personal que hubiere podido existir entre quien adeuda la prestación y los anteriores portadores del documento; y, ii) el título que lo contiene, pues el derecho sin el título no tiene valor.

14.- Del pagaré a la orden.- El Código de Comercio, dentro de los títulos de crédito, define en su artículo 186 al pagaré como *“^a 1/4 un título de contenido crediticio, por el cual una persona, llamada otorgante, promete incondicionalmente pagar una suma determinada de dinero a otra denominada tomador o beneficiario, a su orden o al portador.”*, de lo que deviene que no es simplemente un documento destinado a hacer constar una obligación, sino un instrumento de crédito, efecto de comercio con vida autónoma que tiene por sí mismo, una promesa de pago.³ La ley dispone que para

2 Legón, Fernando A. *Letra de cambio. Pagaré*. Buenos Aires: Astrea. 1988. pp. 19-20.

3 Tercera sala - Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Quinta época. Tomo XXXV. IUS: 362819.

que un pagaré sea válido debe contener necesariamente los siguientes requisitos: a) La denominación del documento inserta en el texto mismo y expresada en el idioma empleado en la redacción del documento; en caso de que no llevaran la referida indicación serán válidos siempre que contuvieren la indicación expresa de ser ^a *a la orden*°; b) La promesa incondicional de pagar una suma determinada; c) La indicación del vencimiento; d) El lugar donde debe efectuarse el pago; e) El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago; f) La indicación de la fecha y el lugar donde se suscribe el pagaré; y, g) La firma del que emite el documento (suscriptor). Por tratarse de documentos de crédito, al pagaré le son aplicables las normas de la letra de cambio en lo que se refieren al endoso, al aval, al vencimiento, al pago, a los recursos por falta de pago, a las copias, a las falsificaciones y alteraciones, o relativo a la prescripción, cómputo de plazos y conflicto de leyes. Deja sentado la ley, que el suscriptor del pagaré se obliga en el mismo sentido que el aceptante de una letra de cambio.

15.- De las acciones cambiarias: La falta de aceptación o de pago de los títulos valores, genera la posibilidad al acreedor o tenedor del título de incoar la respectiva acción cambiaria para su cobro; el Código de Comercio, en su artículo 160, dispone que la acción cambiaria es directa o de regreso. Directa: contra el aceptante y sus avalistas; y, de regreso: contra todo otro obligado. También podrá ser ejercida por otra persona diferente al obligado directo que, haya pagado el título y solicite el reembolso. Por ahora, corresponde definir entonces, que es la acción cambiaria propiamente dicha, así pues, se entiende por tal a aquella que se funda exclusiva y excluyentemente en la posesión del título y en los derechos literales y autónomos que esa posesión atribuye al acreedor; se dice que se funda exclusivamente en ella por cuanto, la pretensión de cobranza tiene en precisión por fundamento la posición activamente legitimada del portador del documento y, el reclamo, se refiere al derecho literal a percibir la suma indicada en el documento, sin que el deudor pueda argüir defensas personales fundadas en relaciones con anteriores portadores del título. Esta acción, se funda excluyentemente en la posesión del título por cuanto debe excluirse toda referencia a las razones o motivos que determinaron la creación del título o su circulación, por tanto, no puede oponer defensas ajenas a la propia relación cartular. En esencia, el ejercicio de la acción cambiaría implica afirmarse ante un juez como acreedor de la suma indicada en el título valor por el solo hecho de poseerlo conforme con su ley de circulación (aspecto positivo), vedando al deudor defensas o argumentaciones extrañas al papel mismo y a su posesión por ese acreedor (aspecto negativo).⁴

15.1.- Las obligaciones claras, puras, determinadas y actualmente exigibles contenidas en títulos valores, tales como letras de cambio y pagarés a la orden, tienen trámite propio y deben sustanciarse en vía ejecutiva según lo disponen los artículos 347 y 348 del Código Orgánico General de Procesos,

⁴ Legón, Fernando A. *Letra de cambio. Pagaré*. Buenos Aires: Astrea. 1988. p. 52.

hacerlo en otra vía implicaría el rechazo *in limine* de la demanda tanto más que el derecho procesal es de orden público y solo está permitido hacer lo que la ley expresamente dispone; no obstante, caducada⁵ o prescrita la acción cambiaria, el portador o tenedor tiene dos opciones para el cobro de la cambial: **a)** En caso de haberse iniciado la acción cambiaria en vía ejecutiva para el cobro de letra de cambio o pagaré, sin lograr citar al demandado en el término legal, subsiste una acción cambiaria *residual* a favor del tenedor o portador, quien, en el mismo proceso iniciado para el cobro de la cambial⁶ debe justificar que el girador no haya hecho provisión o que el girador o endosante se haya enriquecido injustamente; o, de ser el caso, que el aceptante recibió provisión o se enriqueció injustamente, acorde al artículo 461 del Código de Comercio vigente a la fecha de presentación de la demanda (actual artículo 171 del Código de Comercio). Ha de tenerse en cuenta que, el derogado Código de Comercio, establecía diferentes plazos para el cómputo de la prescripción, así pues, todas las acciones que resultaban contra el aceptante, prescribían en tres años contados desde la fecha del vencimiento; las acciones del portador contra los endosantes y contra el girador, prescribían en un año, a partir de la fecha del protesto levantado en tiempo útil o de la fecha del vencimiento en caso de la cláusula de devolución sin costas; y, las acciones de los endosantes unos contra otros y contra el girador prescribían en seis meses contados desde día en que el endosante hubiere reembolsado la letra o del día en que el mismo ha sido demandado. En todo caso, ha de considerarse que de conformidad con el inciso segundo de la regla 21 del artículo 7 del Código Civil, en las cuestiones vigentes a la época de promulgación de una ley que modifique el plazo para la prescripción, regirá la ley vigente a la época en que se trabó la litis. **b)** En caso de no haberse iniciado la acción cambiaria directa en vía ejecutiva, subsiste para el portador o tenedor de la letra o pagaré la acción de enriquecimiento sin causa conforme lo previsto en el artículo 173 del actual Código de Comercio, que ordena *“En caso de caducidad de la acción cambiaria, subsistirá la acción por enriquecimiento sin causa, cuyo plazo de prescripción se rige por las disposiciones sobre la prescripción en general de que trata este Código.”*, norma que ha de entenderse en concordancia con lo previsto en el artículo 179 *ídem* que establece los plazos de prescripción, acción que por no contar con un trámite específico, debe ventilarse en procedimiento ordinario conforme a lo dispuesto en el artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos, y que, prescribe en cinco años contados desde el día en que se perdió la acción cambiaria.⁷ En consecuencia, para incoar la acción de enriquecimiento sin causa, no basta la

5 En el supuesto previsto en el artículo 149 inciso tercero del vigente Código de Comercio (2019): *“La omisión del protesto producirá la caducidad de las acciones de regreso inherentes a la letra de cambio.”*

6 Esto en concordancia con el artículo 2415 del Código Civil, que dispone *“La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.”*

7 Artículo 179 del Código de Comercio.- “Todas las acciones que de la letra de cambio resultan contra el aceptante, prescriben en cinco años contados desde la fecha del vencimiento. Las acciones del portador contra los endosantes y contra el girador, prescriben en cinco años, a partir de la fecha del protesto levantado en tiempo útil o de la fecha del vencimiento en caso de la cláusula de

presentación del título, sino que, para su procedencia, ha de justificarse necesariamente provisión de fondos, esto es, que el dinero fue efectivamente entregado a fin de evitar el posible enriquecimiento sin causa, pues el título valor en vía ordinaria únicamente constituye principio de prueba por escrito y no hace prueba plena de la deuda porque no certifica la entrega como lo señala el artículo 1728 del Código Civil. *“El enriquecimiento sin causa consiste en el desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, sin que ello esté justificado por una operación jurídica (como la donación) o por la Ley”*.⁸

16.- De la sana crítica como sistema de valoración de la prueba. ±El artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos prevé que: *“Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. 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 obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”* (El énfasis del Tribunal). Es decir, ante la presencia de pruebas solemnes su valoración está sujeta al cumplimiento de las formas que la ley establece para su existencia jurídica. En tal razón, queda claro que la norma *ibídem*, cuya infracción se acusa en el caso, no contiene en sí una regla de valoración de prueba, al ser un sistema valoración que guía la apreciación de la prueba excluyendo la valoración discrecional del juzgador, la opinión jurídica generalmente autorizada, ha dicho que *“la sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero razonamiento”*⁹, puesto que la valoración probatoria es facultad soberana de las instancias, escapando del control de la casación su revisión; la vulneración de estas reglas es motivo de casación únicamente cuando se demuestre de manera evidente, que el Tribunal *Ad quem* ha actuado arbitrariamente, apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en la observación racional, puesto que la convicción a más de ser razonada debe ser el resultado lógico de los hechos y la convicción que sobre ellos se alcance con la apreciación motivada de los elementos de la prueba; las alegaciones del recurrente en la audiencia de fundamentación de recurso, tendenciosas a que existió violación del principio de unidad de la prueba por parte del Tribunal *Ad quem*, por cuanto

devolución sin gastos. Las acciones de los endosantes unos contra otros y contra el girador prescriben en cinco años contados del día en que el endosante ha reembolsado la letra o del día en que el mismo ha sido demandado, lo que ocurra primero. La acción de enriquecimiento sin causa prescribe a los cinco años, contados desde el día en que se perdió la acción cambiaria.”

8 Tratado de las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile-2001, 2ª. Edición. P. 61-62.

9 Couture, Eduardo 1979. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma t. II, Pág. 478.

en el presente proceso, al no existir contradicción, el pagaré a la orden en conjunto con la liquidación de valores pendientes y la tabla de vencimientos era suficiente prueba de la obligación, aun cuando la acción cambiaria para ejercer el cobro del pagaré como documento literal y autónomo prescribía en tres años a contarse desde la fecha de su vencimiento conforme lo disponía el artículo 479 del Código de Comercio vigente a la época de presentación de la demanda, prescripción que ha sido reconocida por la parte accionante al deducir su recurso de apelación según lo señala la propia sentencia impugnada y por tanto, al encontrarse prescrita la acción cambiaria, el Tribunal *Ad quem* ha procedido a analizar la procedencia de la acción de enriquecimiento sin causa en sujeción a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 461 *ídem*, señalando que, en casos como el presente, lo que importa es probar la provisión de fondos o como lo señala la jueza de instancia, la entrega del dinero al demandado, pues *“Si la demanda se fundamenta en el enriquecimiento injusto del demandado, incumbía probar al actor, el hecho de que aquél retenía en su beneficio, sin título alguno, la cantidad prestada, no obstante haberla recibido en calidad de préstamo”*¹⁰ (Prontuario S. VI-IX. Pág. 80)¹⁰ señalando el *Ad quem* a continuación que:

“ 1/4 con los documentos aportados por el banco accionante no se prueba la provisión de fondos, pues, el pagaré a la orden acompañado a la demanda perdió su virtualidad jurídica propia convirtiéndose en un principio de prueba por escrito (1/4); es decir, el banco accionante requería de prueba complementaria que demuestre la provisión de fondos, y los documentos de fs. 3 (liquidación de valores) y el de fs. 4 a 6 (tabla de amortización) no demuestran tal provisión, a ello, súmese que el primero es un documento elaborado por el propio banco, y, el segundo, no tiene firma de autoría o de responsabilidad careciendo por ende dichos documentos de valor probatorio, y respecto a lo alegado en la formalización del recurso por parte del banco de que «el demandado tampoco compareció, imposibilitando así la declaración de parte solicitada por el Banco Amazonas S.A.», se advierte que el banco bien pudo ejercer la prerrogativa que le concede el Art. 177.2 del COGEP, que dice: «Si la o el declarante no asiste a la audiencia, la parte interesada podrá solicitar de manera fundamentada, que se suspenda la audiencia por tratarse de una prueba trascendental. En caso de aceptar la petición, la o el juzgador señalará día y hora para continuar la audiencia y dispondrá la comparecencia de la o del declarante mediante apremio ejecutado por la Policía Nacional», y de autos no se advierte que haya hecho uso de esa prerrogativa, luego, el pagaré a la orden -por sí solo- como única prueba válida no justifica el hecho de la provisión de fondos, y por ende, que el patrimonio del banco accionante se haya empobrecido y el del accionado se haya enriquecido injustamente” (Sic)

16.1.- Con lo dicho se demuestra que la valoración de la prueba se ha efectuado en forma íntegra, sin

10

vulnerarse el principio de unidad de la prueba, respetándose las reglas de la sana crítica en todo momento, pues la experiencia y la lógica llevan a concluir a los juzgadores que al haberse demandado el cobro del pagaré debió justificarse provisión de fondos, en tanto la sola firma de los documentos de crédito no certifica que efectivamente se haya entregado el dinero, de allí que, según lo dispuesto en el artículo 1728 del Código Civil, el pagaré en la forma propuesta solo constituya principio de prueba por escrito y no hace prueba plena de la deuda porque no certifica la entrega del dinero, y aunque hace verosímil el hecho litigioso debía ser reforzado con otras pruebas que solventen y afirmen que el documento ha generado una obligación de plazo vencido.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

17.- Los títulos valores o de crédito como la letra de cambio y el pagaré a la orden, se componen de dos partes: **i)** el derecho que contienen, literal y autónomo respecto a su existencia, contenido, extensión y modalidad se rige estrictamente por su tenor escriturario y en tanto son adquiridos de modo originario en cada transmisión regular del título y sin derivación siendo indiferente su existencia anterior en el patrimonio de otro sujeto, por tanto cada nuevo portador adquiere un derecho propio, independiente de cualquier relación personal que hubiere podido existir entre quien adeuda la prestación y los anteriores portadores del documento; y, **ii)** el título que lo contiene, pues el derecho sin el título carece de valor. La falta de aceptación o de pago de los títulos valores, genera la posibilidad al acreedor o tenedor del título de incoar la acción cambiaria para su cobro, la cual se funda exclusiva y excluyentemente en la posesión del título y en los derechos literales y autónomos que esa posesión atribuye al acreedor; tal acción cambiaria con el derogado Código de Comercio prescribía en tres años, mientras que con el vigente Código de Comercio (2019) prescribe en cinco años; tiempo luego del cual, subsiste una acción cambiaria *residual* que permite el cobro de la letra de cambio o pagaré en vía ordinaria, siempre que se justifique la provisión de fondos para evitar un posible enriquecimiento sin causa del demandado, pues perdida la acción cambiaria directa, los títulos valores se constituyen en principios de prueba por escrito que hacen verosímil el hecho litigioso siendo prueba insuficiente de la obligación por falta de acreditación de la entrega del dinero al tenor de lo dispuesto en el artículo 1728 del Código Civil.

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.- Negar el recurso de casación interpuesto por el Banco Amazonas S.A., respecto de la

sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 19 de agosto de 2019.

18.2.- Por no haberse rendido caución, no existe nada que disponer en este sentido.

18.3.- Devolver los expedientes de instancia, 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

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C = EC
L = QUITO
CI
1708753890

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

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

Juicio No. 09332-2018-04206

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 4 de octubre del 2021, las 12h02. 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 el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 21 de octubre de 2019, dentro de la causa que por devolución de lo pagado en exceso sigue la Compañía TONISA S.A. a través de su representante legal Miriam Elizabeth Abad Santander, en contra de la Compañía INMOBILIARIA ORIENTE S.A. (INMORSA) representada por el señor Tomás Rolando Campuzano Castillo y la señora Fabiana Estefanía Durán Pólit.

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 Guayaquil, de 10 de junio de 2019, que declara sin lugar la demanda por falta de derecho.

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho recurso de apelación, el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en lo medular, decide rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia subida en grado, que declaró sin lugar la demanda.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la parte accionante, deduce recurso de

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

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

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

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 la respectiva Conjuenza Nacional, doctora Rita Annabel Bravo Quijano, quien, mediante auto de 3 de septiembre de 2020, luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido parcialmente el mismo, únicamente en lo relativo al caso cuatro 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, Jorge Rafael Gudiño Galarza, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, el mismo que 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 compañía TONISA S.A., como lo específica en su demanda, celebró un contrato de arrendamiento de una bodega para fines mercantiles, por el cual se fijó un canon de mil setecientos treinta y ocho dólares con treinta y cinco centavos (\$1.738.35); sin embargo, en noviembre de 2014, la compañía demandada INMORSA S.A., deja de emitir las respectivas facturas por el pago de los cánones de arrendamiento, por lo que, la accionante decide incoar una acción de pago por consignación para tener constancia de sus pagos, no obstante, en lugar de consignarse la cantidad fijada en el contrato, se ha consignado la cantidad aproximada de dos mil cien dólares americanos (\$2100) existiendo una diferencia de trescientos dólares (\$300), lo cual, pese haber sido debidamente justificado en su momento, mediante copias certificadas y originales de los depósitos realizados desde noviembre de 2015 hasta julio de 2017, no ha sido considerado en la sentencia impugnada, en cuyo apartado 8.6., dice que: *" ¼ sobre esta alegación no hay constancia de prueba de lo alegado, por la parte actora, por lo que se rechaza la misma."* aplicando la Sala únicamente la Ley de Inquilinato, sin remitirse al Código Civil. Para fundamentar la causal cuarta del artículo 268 del COGEP, que regula las normas de valoración probatoria, alude que la sentencia impugnada vulnera el artículo 159 primer inciso del COGEP, relativo a la prueba documental y el artículo 164 *ídem*, por cuanto existe una valoración aislada de la prueba actuada por parte del *Ad quem*, el que solamente se remite al certificado expedido por el GAD de Guayaquil, que fija el techo máximo para el cobro de los cánones de arrendamientos, sin analizar los certificados y documentos originales que respaldan los depósitos realizados, existiendo una valoración indebida de la prueba. El Tribunal de instancia ni siquiera valora la pertinencia de la

prueba, no explica porque los documentos aportados no prueban el pago indebido. El artículo 193 del COGEP define a la prueba documental como: *“¼ todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho, o declare, constituya o incorpore un derecho”* así la documentación presentada, reunía los requisitos legales y no estaba inmersa dentro de las situaciones establecidas en el artículo 195 de dicho cuerpo legal, lo cual conlleva a la falta de aplicación de los artículos 2195 y 2200 del Código Civil que disponen que, cuando por error se ha hecho un pago y se prueba que no se lo debía, existe derecho para repetir lo pagado o a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad. Por tanto, el *Ad-quem*, debía ordenar la devolución a la compañía TONISA S.A de un total de siete mil novecientos ochenta y nueve dólares con veinte centavos (\$7989.20) más los intereses legales, pues la demandada conocía cuál era el monto de la deuda y no reconoce este error que los ha beneficiado, existiendo un incremento patrimonial no justificado que obligaba a la compañía accionada a la devolución de lo pagado en exceso.

6.- Efectivización del principio de contradicción:

6.1. Intervención de la defensa técnica de la demandada Fabiana Estefanía Durán Pólit: En lo medular señaló que, existe un contrato de arrendamiento que fundamenta la relación entre las partes y motivo de reclamación del recurrente, contrato que desde su suscripción, estableció incrementos anuales que corresponden a los valores depositados en consignación por el recurrente y que han sido impugnados por no corresponder a los valores reales y completos. Las pruebas fueron valoradas en primera y segunda instancia, existiendo en este recurso mala fe por la hoy accionante para que no se ejecute una sentencia donde se declaró sin lugar su reclamación. La Corte Provincial, toma su razonamiento partiendo del hecho cierto de que quien contrata como arrendataria es la compañía TONISA S.A., compañía con ánimo de lucro, que arrendó un local denominado *“bodega”* para destinarlo exclusivamente a la fabricación y almacenamiento de productos de limpieza y aromatización de ambientes, por tanto, al no ser un local destinado a vivienda o vivienda taller, no era factible aplicar el artículo 19 de la Ley de Inquilinato, más aún, en el propio contrato, el accionante renunció a tal acción. El artículo 185 de la Constitución, consagra la necesidad de observar la jurisprudencia obligatoria, como lo hacen los jueces de instancia, quienes acogen el criterio esgrimido por más de tres ocasiones en forma unívoca por la ex Corte Suprema de Justicia, en los fallos publicados en los Registros Oficiales: 103 de 07/01/1999 dentro del juicio 734-98; 22 de 22/02/2000 dictada dentro del juicio 256 emitido por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil; 575 del 14/05/2002, expediente de casación 41; 661 del 12/09/2002 expediente de casación 144-2002; sentencias donde se han pronunciado negando el derecho de obtener la devolución de pensiones cobradas en exceso cuando los locales objeto de contrato de arrendamiento se han destinado a una actividad mercantil o lucrativa como en el presente caso. La causal cuarta del artículo 268 del COGEP, que ha sido admitida

a trámite, tiene como concepto esencial un impropio acto de valoración de la prueba o no aplicación o aplicación indebida de una norma jurídica que lleve a la equivocada aplicación del derecho sustantivo; en la especie, los jueces aplicaron jurisprudencia sin que ello implique la existencia de mala interpretación de la ley. No cabe la causal alegada, más aún cuando se alega que se ha vulnerado el artículo 2195 del Código Civil, pues no se está frente a un pago indebido, el pago es por motivos del contrato, nació como obligación contractual y no hay ley que exima al arrendatario de pagar lo que se acordó en el contrato, el que, en esta causa, estableció un valor inicial e incrementos anuales. Por tanto, el derecho sustantivo fue correctamente aplicado a la sentencia de primer y segundo nivel, debiendo rechazarse el recurso por falta de derecho de la compañía recurrente e imponerse el pago de las costas procesales por litigar con mala fe conforme al Código Orgánico de la Función Judicial.

6.2.- Intervención de la defensa técnica de la compañía demandada, INMOBILIARIA ORIENTE (INMORSA S.A.): El recurso ha sido admitido por la causal cuarta del artículo 268 del COGEP. El objeto de la controversia se basaba sólo en el pago en exceso que había sido determinado por la existencia de una certificación emitida por la oficina de arrendamientos de la Municipalidad de Guayaquil que establecía una diferencia entre lo que se estaba pagando y lo que, según el certificado debía pagarse. Partiendo de este punto, la recurrente ha pretendido desde la segunda instancia dividir el objeto de la controversia, lo cual es improcedente. Tanto el *A quo* como el *Ad quem* han motivado debidamente sus sentencias y han aplicado criterios jurisprudenciales - fallos de triple reiteración - que son de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces conforme al artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial. El casacionista debió explicar al Tribunal de Casación, con toda precisión, cual fue el precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba objeto de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación como lo dispone el numeral cuarto del artículo 268 del COGEP; debió establecer, además, cuáles fueron las normas de derecho sustantivo que no se aplicaron o se aplicaron indebidamente, ejercicio no realizado por el casacionista. El recurso de casación es evidentemente técnico, no permite nueva valoración de prueba y si pretende acusar la existencia de un error de hecho en la apreciación de la prueba deben señalarse las condiciones precisas para que proceda. Solicita se rechace el recurso de casación planteado por el accionante, con las consecuencias jurídicas que este rechazo implica y se confirme en todas sus partes la sentencia dictada por el *Ad quem*.

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 Código Orgánico General de Procesos 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 el caso admitido por vía casacional, es el cuarto del artículo 268 del COGEP, cuyo contenido es el siguiente:

4. 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.º

10.1.- El caso cuarto de casación, se produce por violación directa de las normas procesales que regulan la valoración de los instrumentos probatorios y por tal vulnera de manera indirecta normas sustanciales, normas que deben indicarse en la formulación del cargo; concomitantemente con la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción y la explicación razonada del nexo de causalidad entre ambas infracciones.

10.1.1.- En cuanto a los vicios de esta causal —falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación— responden a conceptos propios de infracción disimiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la acertada para solucionar la cuestión; por su parte 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, 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 al conflicto jurídico.

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 cuatro, falta de aplicación de los artículos 159, 164 y 193 del COGEP que han conducido a la falta de aplicación de los artículos 2195 y 2200 del Código Civil.

V.- JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- La denuncia casacional, se concreta en que celebró un contrato de arriendo de una bodega para fines mercantiles, fijando un canon arrendaticio. En noviembre de 2014, la demandada dejó de emitir las respectivas facturas por dicho concepto; empezando a pagarle por consignación, más, en lugar de consignarse la cantidad fijada en el contrato, le ha consignado valores en exceso, que pese a justificarlo, se lo rechaza como consta en el apartado 8.6., del fallo acusado, aplicándose la Ley de Inquilinato, sin remitirse al Código Civil. Acusa la vulneración del artículo 159 primer inciso del COGEP, sobre la prueba documental y del artículo 164 *ídem*, por existir una valoración aislada de la prueba actuada, al solo remitirse al certificado del GAD de Guayaquil, que fija el techo máximo de cobro de los cánones arrendaticios, sin analizar certificados y documentos originales que respaldan sus depósitos, haciendo una valoración indebida de la prueba; sin valorar la pertinencia, ni explicar el por qué los documentos dejan de ser prueba del pago indebido, cuando el artículo 193 del COGEP define a la prueba documental y la documentación presentada, reunía los requisitos legales, sin estar inmersa en el artículo 195 *supra*, conllevando a la falta de aplicación de los artículos 2195 y 2200 del Código

Civil, atinentes a que, si por error se ha hecho un pago y se prueba que no se lo debía, hay derecho para repetir lo pagado o a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad; por lo que se debía ordenar la devolución a su favor del exceso pagado más intereses legales, al conocer la demandada tales excesos, su falta de reconocimiento de este error la beneficia con un incremento patrimonial injustificado que obliga a la accionada a devolverle lo pagado en exceso.

12.1- Problema jurídico a resolver: De la abstracción realizada, se tiene que dichas acusaciones se orientan a una sola intención que se concretiza en una sola interrogante: **¿Estará destinada la Ley de Inquilinato a solucionar controversias de contratos cuya esencia sea distinta a los fines sociales de vivienda?**; la interrogante planteada, se resuelve en los siguientes párrafos:

¿Estará destinada la Ley de Inquilinato a solucionar controversias de contratos cuya esencia sea distinta a los fines sociales de vivienda?

13.- Del contrato de arrendamiento y de la naturaleza de la Ley de Inquilinato: La Codificación de la Ley de Inquilinato, publicada en el Registro Oficial No. 196 de 1 de noviembre del 2000, nace con el objeto de regular las relaciones derivadas de los contratos de arrendamiento y subarrendamiento de locales comprendidos en los perímetros urbanos, como para tratar lo referente a competencia y procedimiento en caso de relaciones intersubjetivas nacidas de éstos; siendo también aplicable para las controversias derivadas de locales para la vivienda, vivienda y taller y, vivienda y comercio en los perímetros rurales; el anticresis de locales para las modalidades ya indicadas; y las derivadas de la relación de vecindad exclusivamente en inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, como lo disponen los artículos 1 y 51 *ídem*. No obstante, de la lectura de los artículos que la componen, no se desprende que la ley defina o conceptualice lo que se entiende por contrato de arrendamiento, por lo que resulta necesario remitirse al Código Civil, que en su artículo 1454 define al contrato o convención como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, así pues, el arrendamiento consiste entonces, en un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o prestar un servicio y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales, conforme lo dispone el artículo 1856 *ídem*; debiendo considerarse que en virtud del principio "*pacta sunt servanda*" lo pactado obliga y es ley para las partes, debiendo de cumplirse de buena fe. De esto se tiene que el arrendamiento es un contrato bilateral por el que una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por un tiempo determinado y un precio cierto; estos rasgos son los que caracterizan la relación jurídica, en la que se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutar obra o prestar servicio, y arrendatario al que adquiere la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga a pagar; es un

contrato que se perfecciona por el mero consentimiento y de tracto sucesivo, por extenderse su ejecución durante un período de tiempo.

13.1.- Antes de la expedición de la Ley de Inquilinato, los contratos de arrendamiento se regulaban al amparo del Código Civil ya sea que se tratase de bienes ubicados en el perímetro urbano o rural, pero con la expedición de la Ley de Inquilinato, surgieron algunas reformas respecto a la forma y modo en que se venía manejando estas relaciones contractuales, sobre todo en cuanto a los registros de los contratos y cánones máximos de pensiones locativas; así por ejemplo, se dispuso en la Ley, la implementación del Registro de Arrendamientos a cargo del Jefe de Catastros Municipales de los Concejos Cantonales, excepto en Quito y Guayaquil, cantones en los que la Oficina de Registro de Arrendamientos, sería independiente de la Jefatura de Catastros; se estableció también la obligación de los arrendadores de inscribir sus predios en el referido Registro de Arrendamientos, así como la obligación de las oficinas de Registro de fijar la pensión máxima de arrendamiento de cada local y de conceder al arrendatario el certificado correspondiente en el que conste la identidad del predio o local inscrito y la pensión mensual para su arrendamiento, pensión que no puede exceder de la doceava parte del diez por ciento del avalúo comercial con que dicho inmueble conste en el Catastro Municipal y de los impuestos municipales que gravaren a la propiedad urbana, determinando la ley en forma imperativa, que no se podrá arrendar, total o parcialmente un predio, sin el correspondiente certificado de fijación de precios. Más, si el arrendador no hubiere inscrito el predio destinado a vivienda, vivienda y comercio o vivienda y taller, el Juez de Inquilinato \pm o quien haga sus veces \pm deberá imponerle una multa equivalente a seis meses de pensiones de arrendamiento, correspondiendo el cincuenta por ciento al inquilino y el otro cincuenta por ciento al Estado, monto que deberá ser depositado en la cuenta única del Tesoro Nacional.

13.2.- Si bien la Ley de Inquilinato regula en *prima facie* los contratos de arrendamientos sobre *locales* ubicados en el perímetro urbano, cualquiera sea su naturaleza, no es menos cierto que al tratarse de una ley social, su origen obedece a una necesidad de protección a los inquilinos de inmuebles urbanos y de aquellos en zonas rurales, destinados a vivienda, vivienda-comercio y vivienda-taller, para evitar el abuso de los arrendadores y un desequilibrio de poder en las relaciones contractuales de esta categoría, de allí que la propia ley, en su artículo 14, imponga una multa al arrendador que hubiere omitido inscribir los predios destinados a tales fines y que, el artículo 19 prevea sanciones por cobros excesivos, determinando que: *“ Quien cobrare una pensión mayor de la fijada por la Oficina Municipal de Arrendamientos o la Jefatura de Catastros, según el caso, será sancionado por el Juez de Inquilinato con una multa equivalente al valor del canon de arrendamiento mensual cobrado, sin perjuicio de la devolución al inquilino de lo cobrado en exceso, que deberá liquidarse con el interés legal vigente a la fecha en que se ordene la devolución. Esta acción se*

tramitará en procedimiento sumario, por cuerda separada. La acción para demandar la devolución de lo cobrado en exceso y el derecho a recabar dicha devolución, prescribirá en dos años.^o, en este sentido, la jurisprudencia ha sido concordante en señalar, que no todo contrato goza de esta protección ni de la acción prevista en el artículo 19, por cuanto ^a ¼ la Ley de Inquilinato es de carácter social, siendo su objeto proteger a los ciudadanos en la satisfacción de su necesidad vital de contar con un espacio de habitación (incluido el lugar de desarrollo de sus actividades productivas personales en forma complementaria), que, por falta de medios económicos, no pueden adquirir una vivienda propia y se ven en la necesidad impostergable de arrendar un lugar donde vivir junto con su familia, lo cual puede conducir a abusos por parte de ciertos arrendadores. Pero, cuando se arrienda un local para instalar en él un comercio o industria, el arrendatario lo hace con el fin de obtener con su actividad, un beneficio económico de lucrar con ello, y es bien conocido que mientras mejor ubicación y servicios tenga un negocio, mejores posibilidades tiene de alcanzar éxito. El alquiler de inmuebles para destinarlos a la actividad mercantil, por su misma naturaleza, no puede ser amparado por una ley social, pues el mercader, regido en su actividad por la libre oferta y la demanda, puede escoger dónde ubicar su negocio y sabe hasta dónde le resulta rentable pagar determinado canon arrendaticio; no tiene, en definitiva, la necesidad urgente e impostergable de arrendar para satisfacer una necesidad vital, por lo que no se encuentra en desigualdad de condiciones con respecto al arrendador para que éste le pueda imponer una pensión locativa abusiva, pues si la propuesta no le conviene sencillamente no la acepta. Es por ello que estos locales no están inmersos en la obligación de inscripción y por la misma razón, las oficinas de Registro de Arrendamiento o las Jefaturas de Catastro Municipales, en su caso, no pueden fijar respecto de ellos la pensión máxima de arrendamiento.^{o 1}, criterio ratificado por más de tres ocasiones² por la Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia y que por tanto, constituye jurisprudencia obligatoria y vinculante al haber sido pronunciado con anterioridad al 20 de octubre de 2008, fecha de vigencia de la Constitución de la República en rigor, pues con posterioridad a esa fecha, constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorios, aquellos declarados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en los supuestos previstos en el artículo 185 de la norma suprema.

13.3.- Por lo tanto, los contratos de arrendamiento de predios destinados a comercio o industria, que se caracteriza al contener dos elementos, por un lado, el local, como soporte material; y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial; los cuales no se encuentran protegidos por la Ley de

1 Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Corte Suprema de Justicia. Resolución 734-98 (Juicio 49-1997 Burneo vs Paute y otros) publicada en el R.O. 103 de 7 de enero de 1999.

2 Véase también las resoluciones emitidas por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: Resolución 144-2002 (Juicio 266-2001 ORAMERSA S.A. vs Guevara y otros) publicada en el R.O. 661 de 12 de septiembre de 2002; y, Resolución 41-2002 (Juicio 214-2001 Santana vs Maldonado) publicada en el R.O. 575 de 14 de mayo de 2002.

Inquilinato en cuanto a la obligación de inscripción y las acciones que se derivan por cobros excesivos de cánones de arrendamiento, esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 243 del Código Orgánico de la Función Judicial, que ordena en su parte pertinente que: *“Las juezas y los jueces de inquilinato y relaciones vecinales, en las controversias sometidas a su conocimiento aplicarán los principios de derecho social, salvo en las causas originadas en relaciones de arrendamiento, subarrendamiento y anticresis de inmuebles urbanos que no se destinen a vivienda, vivienda-comercio o vivienda taller, en que aplicarán los principios del derecho civil o mercantil, según el destino del inmueble.”* Observándose que el objeto de la ley es vigilar el comportamiento y las actitudes del ser humano y velar por una igualdad de clases y la satisfacción de la necesidad básica de vivienda para el desarrollo de una sociedad dentro del estado social de derecho, muy distinto a la práctica del derecho comercial, cuyo objeto es regular las actividades e intercambios de bienes y servicios.

13.4.- De la lectura de la sentencia impugnada, particularmente de su apartado 4.1, se observa que la compañía accionante TONISA S.A., suscribió un contrato de arrendamiento con la empresa demandada INMORSA S.A., con el objeto de alquilar un bien inmueble denominado *“Bodega”*, para destinarlo a la fabricación y almacenamiento de productos de limpieza y aromatización de ambientes, de lo que se tiene que no es un contrato en cualquiera de sus modalidades destinado a vivienda, sino al comercio o industria. También, al llegar a los apartados 4.3. y 4.4. del fallo, se deja sentado que la demanda establece que según el comprobante de Registro de Arriendo emitido por el GAD correspondiente, el rubro máximo de canon mensual era de \$985,79 dólares americanos, y que existe un pago en exceso del 115,19%; adicional a lo expuesto, refiere la parte actora que al solicitar la consignación judicial de los cánones de arrendamiento se lo hizo por el valor de \$2121,29 en lugar de \$1721,83 dólares que era lo que correspondía, existiendo un pago en exceso de \$399,46 dólares desde noviembre de 2015 hasta la fecha de presentación de la demanda. De lo expuesto se desprende que el contrato firmado es de naturaleza eminentemente de comercio o empresarial y por tanto, no le son aplicables las normas relativas a la obligación de inscripción de los contratos y tampoco es posible incoar a su favor, la acción concedida en el artículo 19 de la Ley de Inquilinato pues, como ha quedado referido en párrafos precedentes y como lo ha dejado sentado la sentencia que se recurre en casación, no se trata de un inmueble destinado a vivienda, vivienda-comercio o vivienda-taller. Más allá de que se cumpla una formalidad es de vital importancia apreciar la esencia contractual, ya que conforme al artículo 1576 del Código Civil *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*, por lo que el hecho de que se haya cumplido o no lo dispuesto en el artículo 439 del Código de Comercio, en nada enerva la intención de las partes, que al suscribir dicho instrumento han generado un vínculo contractual, realizador de los derechos consistentes en desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los

principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; de libertad de contratación, establecidos en el artículo 66 numerales 15 y 16 de la Constitución; cosa distinta a lo precautelado con la ley de inquilinato, que básicamente atiende al derecho a la vivienda digna, por lo que no cabe duda que son dos órbitas distintas de tratamiento. Tanto más si se considera que actualmente, el artículo 413 del Código de Comercio vigente, expresamente dispone que: *“Los inmuebles destinados al uso comercial, son todos aquellos que no están comprendidos en las categorías de vivienda, vivienda-taller y vivienda-negocio; sino, aquellos que se toman en arrendamiento para desarrollar actividades empresariales/comerciales que sean parte del giro ordinario de las actividades del ente arrendador, independientemente de que dicho inmueble constituya una unidad inmobiliaria por sí solo, forme parte de un inmueble de mayor magnitud, o se encuentre anexado a éste.”*, señalando dicho cuerpo legal además, que el arrendamiento de locales comerciales es un contrato por el cual las partes se obligan recíprocamente: el arrendador a conceder el goce de un local para dedicarlo a actividades empresariales, y el arrendatario a pagar un precio determinado o canon de arrendamiento por el precitado goce del local, precio que se pacta libremente de común acuerdo entre las partes contratantes.

14.- De la valoración de la prueba: El artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos prevé que: *“Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. 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 obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”* (El énfasis del Tribunal). Es decir, ante la presencia de pruebas solemnes su valoración está sujeta al cumplimiento de las formas que la ley establece para su existencia jurídica. En tal razón, queda claro que la norma *ibídem*, cuya infracción se acusa en el caso, no contiene en si una regla de valoración de prueba, al ser un sistema valoración que guía la apreciación de la prueba excluyendo la valoración discrecional del juzgador; *“la sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero razonamiento”*³, puesto que la valoración probatoria es facultad soberana de las instancias, escapa al control de la casación su revisión; la vulneración de estas reglas es

³ Couture, Eduardo 1979. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma t. II, Pág. 478.

motivo de casación únicamente cuando se demuestre de manera evidente, que el Tribunal *ad quem* ha actuado arbitrariamente, apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en la observación racional, puesto que la convicción a más de ser razonada debe ser el resultado lógico de los hechos y la convicción que sobre ellos se alcance con la apreciación motivada de los elementos de la prueba; nada de lo cual ha explicado ni demostrado el recurrente en la audiencia de fundamentación de recurso, pues únicamente alega que existió una valoración aislada de la prueba actuada por parte del Tribunal *Ad quem*, por cuanto únicamente analizan el certificado expedido por el GAD de Guayaquil que fija cuál es el techo máximo para el cobro de los cánones de arrendamientos, sin analizar los certificados y documentos originales que respaldan los depósitos realizados y que no explican porque los documentos aportados no prueban el pago indebido.

14.1.- El pago al que alude el recurrente, tanto en su recurso cuanto en la fundamentación del mismo, es el contenido en los artículos 2195 y 2200 del Código Civil que regulan expresamente ^a *EL PAGO DE LO NO DEBIDO*^o, acción independiente de la contenida en el artículo 19 de la Ley de Inquilinato y que no fue planteada como parte de la pretensión del accionante en su demanda y constituye cosa nueva en casación⁴, pese a ello este Tribunal considera pertinente explicar, que esta acción como su nombre lo indica, opera cuando una persona ha hecho un pago por error y prueba que no lo debía, solo entonces tiene derecho para repetir lo pagado; no obstante, en la presente causa el recurrente confunde el pago de lo no debido con lo pagado en exceso, que contienen diferencias sustanciales entre ambas acciones, así pues la primera opera cuando efectivamente se pagó algo que no se debía y la segunda cuando se pagó lo que se debía pero en demasía, revirtiéndose en ambos casos la carga de la prueba, que por imperativo legal, corresponde al demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2198 del Código Civil. De allí que la sentencia impugnada resuelva rechazar el recurso y confirmar el fallo de primera instancia, al considerar que no hay prueba del pago en exceso al que alude el recurrente, pues los comprobantes de los pagos efectuados

⁴ Respecto a cuestión nueva la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en el siguiente sentido: "Este planteamiento constituye una cuestión nueva en casación, difiere de la proposición de los fundamentos de hecho y de derecho consignados en el libelo de demanda, a base de los cuales y a las excepciones propuestas por el demandado se trabó la litis; ahora bien, generalmente las cuestiones nuevas no son aceptadas en casación porque conllevan la pretensión de reforma de los términos de la materia controvertida, colocando a la contraparte en desventaja y por ello en indefensión; únicamente cuando se trata de la proposición de un nuevo enfoque para el análisis del objeto de la controversia se admite que se innove, pero deberá necesariamente ser el mismo fundamento de hecho el que se analice", (Registro Oficial No. 221 de 28 de noviembre del 2003).

en el juicio de consignación no son suficiente prueba para demostrar el exceso más aún si se considera que el contrato materia de la litis, como dejan sentadas ambas sentencias, establecía un incremento del 10% anual a partir de septiembre del 2010 calculado sobre el último canon vigente. En virtud de lo expuesto, no se observa valoración aislada de la prueba en contravención a lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, y peor aún vulneración de los artículos 2195 y 2200 del Código Civil que en virtud del principio dispositivo ni siquiera eran aplicables a la causa.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

15.- La Codificación de la Ley de Inquilinato, regula las relaciones derivadas de los contratos de arrendamiento y subarrendamiento de locales dentro del perímetro urbano; lo referente a competencia y procedimiento por estas relaciones; como también respecto a vivienda, vivienda y taller y, vivienda y comercio en los perímetros rurales; y otras relaciones del régimen de inquilinato. El contrato de arrendamiento es una convención bilateral que obliga a las partes recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o prestar un servicio y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las diversas leyes en distintas materias, que se perfecciona con el mero consentimiento y de tracto sucesivo, por extenderse su ejecución durante un período de tiempo. Antes de la Ley de Inquilinato, el arrendamiento se regulaban en el Código Civil, sin discriminación de la clase de bienes o destino del arrendamiento; con la Ley de Inquilinato, cambia el tratamiento de estas relaciones contractuales, creando los registros de los contratos y régimen de cánones máximos de pensiones locativas para proteger al inquilino precautelando así el derecho a la vivienda; sin perjuicio de que en primacía los contratos de arrendamientos sobre locales ubicados en el perímetro urbano son tratados por esta ley, su esencialidad radica en su carácter social encaminada a proteger la vivienda y todo lo que implica su efectivo goce, sancionando su excesivo cobro y falta de registro. Más los contratos de arrendamiento de predios destinados a comercio o industria, que se caracterizan por contener los elementos, de la existencia del local como soporte material y, del negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial, no se protegen por la Ley de Inquilinato que vigila el alquiler y la satisfacción de la necesidad básica de vivienda, distinto a la práctica del derecho comercial, que regula actividades e intercambios de bienes y servicios. Por lo que al demandarse el pago de pensiones excesivas sin que lo arrendado se regule bajo la ley de inquilinato, reluce la improcedencia de la pretensión; así también, si se reclama pago de lo no debido, es incompatible con el reclamo de pago de pensiones en exceso.

VI. DECISIÓN

16. 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:

16.1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 21 de octubre de 2019.

16.2.- Por no haberse rendido caución no existe nada que disponer al respecto.

16.3.- Devolver los expedientes de instancia, 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. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA

JUEZ NACIONAL (E)

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C = EC
L = QUITO
CI
1708753890

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

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

Juicio No. 11333-2019-01707

JUEZ PONENTE: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA, JUEZ NACIONAL (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, viernes 15 de octubre del

2021, las 11h13. **VISTOS.-** En virtud de los recursos de casación interpuestos por Ángel German Jara Calderón y Hugo Monteros Paladines, procurador judicial de Juan Marcos Palacios Masache, en contra de la sentencia emitida el día 14 de febrero del 2020, las 11h00, por el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, que resolvió aceptar en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y demandada, confirmar en lo principal la sentencia dictada por el Juez a quo¹, y reformar la misma, disponiendo que los señores Juan Marcos Palacios Masache y Ángel German Jara Calderón, rindan cuentas de la administración de la Gasolinera Zamora; el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; el doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, admitió a trámite el medio de impugnación planteado, mediante auto de 28 de octubre del 2020; 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, 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; 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 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 dictada por el Ab. Vinicio José Bravo Merchán, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Loja provincia de Loja.

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

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

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMÁN
CASTANEDA
C=EC
L=QUITO
CI
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE
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 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 24 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 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

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.

⁵ **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 garantías normativas de referido 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) Bernardo Ismael Palacios Escobar y Marcia Castillo Castillo, en calidad de actores, demandan a Juan Marcos Palacios Masache, Ángel Germán Jara Calderón, Melania Celeste Palacios Escobar, Marcos Leonel Palacios Escobar y Amparito del Río Romero Cabrera, la rendición de cuentas; en el siguiente contexto:

a C. Fundamentos de hecho:

Uno.- Migración a los EEUU.- Desde el mes de mayo de 1990 residí con mi esposa y

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)°.

familia en los Estados Unidos de Norteamérica, ante la difícil situación de nuestro país, optamos por trabajar y lograr economizar el mínimo centavo, ello con la finalidad de algún día retornar a nuestro país.

Dos.- 1995.02.27: Apoderado.- Con esta fecha, ante el consulado de Ecuador en Nueva York, Estados Unidos, los comparecientes otorgamos poder amplio y suficiente a favor del señor JUAN MARCOS PALACIOS MASACHE, padre del primer compareciente con la finalidad de que adquiera y administre todos los bienes existentes sean muebles o inmuebles, adquiera en lo posterior a cualquier título legal, toda clase de muebles o inmuebles, venda o permute hipoteca o los de anticrédito, suscriba contratos, etc.

Tres.- 2002.04.05: Compra de bien inmueble y negocio de estación de combustibles-gasolinera.- A esta fecha y con el poder antes mencionado compramos mediante escritura pública ante el señor Notario Público Primero del cantón Zamora y conjuntamente con mi hermano Marcos Leonel Palacios Escobar, una propiedad que se encuentra ubicada en el barrio Pio Jaramillo Alvarado del cantón Zamora, Lotización Zamora y, todos los muebles construcción e implementos adheridos al inmueble que en sí forman parte de una estación de servicios de combustible denominada ZAMORA.

Cuatro.- Sociedad de Hecho.- Al realizar la compraventa del bien inmueble y el negocio de la gasolinera antes referido, se produjo e inició un cuasicontrato de comunidad entre los actores y hermano de uno de los comparecientes, nos referimos al señor Marcos Leonel Palacios Escobar y su señora esposa Amparito del Rio Romero Cabrera.

Que desde que realizamos la compra de la propiedad y todos los equipos propios de una estación de combustible, fue nuestro padre Juan Marcos Palacios Masache, quien su nombre se obtuvo el Registro Único de Contribuyentes para el negocio de la gasolinera, así mismo la persona que obtuvo ante los entes de control los permisos respectivos.

Cinco.- 2003.02.03.- Administración de la Gasolinera.- En esta fecha, es decir, pocos meses posteriores a la compra de la ESTACIÓN DE COMBUSTIBLE, nuestro padre Juan Marcos Palacios Masache a su vez, otorgó un poder amplio y suficiente a favor del señor Ángel Germán Jara Calderón, cuñado del compareciente y actor, quien específicamente administró las cuentas bancarias y manejó económicamente la estación de combustible Zamora conjuntamente con su esposa Melania Celeste Palacios Escobar, en calidad contadora, poder que hasta el cierre forzosa de la Estación de Combustible no había sido cerrado.

Seis.- Revocatoria del poder.- Con fecha diecisiete de Marzo del año 2016 los comparecientes revocan el poder al demandado JUAN MARCOS PALACIOS.

Siete.- He solicitado una y otra vez las cuentas del negocio, más sólo recibía negativas y desinformación por parte de los demandados y con la misma mal fe, mi socio y hermano procede a vender sus acciones de la propiedad donde se asienta la estación de combustible en el año 2017 y compradas por la competencia (única gasolinera en Zamora), situación que hasta el momento me ha sido imposible reactivar el negocio por todas las dificultades construidas incluso ante la agencia reguladora de hidrocarburos.

Ocho.- No satisfechos, con el daño que me causaban, y cuando la gasolinera seguía en operación, en una forma dolosa mi padre cierra el Registro Único de Contribuyentes, lo que derivó en el cierre de los permisos respectivos ante la autoridades competentes y finalmente cierre total de la estación de combustibles (Anexo)^o (Sic)

Se establece como pretensión lo siguiente:

^a F. Pretensión: En base a lo expuesto, solicito que los demandados señores Ángel Germán Jara Calderón, Melania Celeste Palacios Escobar y Juan Marcos Palacios Masache rindan cuentas del negocio y su utilidad desde el mes de Febrero del dos mil tres (2003) hasta Diciembre del años dos mil diecisiete (2017)^{1/4}° (Sic)

A fjs. 536 consta el escrito mediante el cual se completa la demanda.

4.2) De autos se verifica que los accionados Juan Marcos Palacios Masache, Ángel Germán Jara Calderón y Melania Celeste Palacios Escobar (por intermedio de su procurador judicial), y Marcos Leonel Palacios Escobar y Amparito del Río Romero Cabrera, contestan la demanda y plantean las siguientes excepciones previas, en el siguiente sentido:

^a (1/4) - Error en la forma de proponer la demanda.

-Litis Pendencia.

-Prescripción de la acción (1/4)

-Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

-Falta de derecho de la parte actora.

-Total improcedencia de la acción.

-Ilicitud de la pretensión. ° (Sic).

4.3) Desarrollado el proceso, llevada a efecto la audiencia correspondiente, el abogado Vinicio José Bravo Merchán, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Loja, Provincia de Loja, emite su sentencia declarando con lugar parcialmente la demanda, la misma que es reducida a escrito el 14 de noviembre del 2019, en el siguiente contexto:

^aSEXTO: CONCLUSIONES: c.1. Que los accionantes, han demostrado que son propietarios de los lotes de terreno y, que además, compraron la Gasolinera Zamora, que se encuentra en dichos terrenos; c.2. Que el demandado Juan Marcos Palacios Masache, en calidad de mandante de los accionantes, señores Berardo Ismael Palacios Escobar y Marcia Castillo Castillo; ha comprado varios lotes incluida la gasolinera Zamora; c.3. Que el accionado Juan Marcos Palacios Masache, ha sido administrador de la Gasolinera Zamora, conforme al poder especial producido (fs. 521 y 522); y, habiendo los actores comprado el bien inmueble y la gasolinera incluida, han demostrado la calidad de propietarios; c.4. Que el demandado Juan Marcos Palacios Masache, no ha demostrado por ninguno de los medios que dicha Gasolinera era de su propiedad; por tanto, debe rendir cuentas de su administración a los propietarios de dicho negocio; c.4. Con relación a los demandados Ángel German Jara Calderón, Melania Celeste Palacios Escobar, Marcos Leonel Palacios Escobar y Amparito del Rio Romero Cabrera, los accionantes, no han logrado demostrar les hayan administrado el bien o negocio del cual reclamaban cuentas.- PARTE RESOLUTIVA. DECISIÓN QUE SE ADOPTA Y LO QUE SE ORDENA.- En aplicación de los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal, establecidos en el Art. 169 de la Constitución de la República y Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, en base a las consideraciones expuestas; ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA

CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se acepta parcialmente la demanda, y, se dispone al señor JUAN MARCOS PALACIOS MASACHE rinda cuentas de la administración de la Gasolinera Zamora, que han solicitado los actores BERARDO ISMAEL PALACIOS ESCOBAR y MARCIA CASTILLO CASTILLO.- La rendición de cuentas será del el mes de febrero del 2003 hasta el mes diciembre del 2017, en el plazo de sesenta días. En relación a los demandados ANGEL GERMAN JARA CALDERON, MELANIA CELESTE PALACIOS ESCOBAR se rechaza la demanda. Sin costas procesales, por tanto en el presente asunto no se condena en costas, por no cumplirse los presupuestos establecidos en el Art. 284 del COGEP.- La parte accionante y parte demandada interpusieron el recurso de apelación, los mismos que son tomados en cuenta para el trámite correspondiente.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE° (Sic)

4.4) Frente a los recursos de apelación interpuestos por los demandados: Juan Marcos Palacios Masache, Ángel Germán Jara Calderón y Melania Celeste Palacios Escobar (por medio de su procurador judicial), y Marcos Leonel Palacios Escobar y Amparito del Río Romero Cabrera; y, los actores: Bernardo Ismael Palacios Escobar y Marcia Castillo Castillo, el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Loja, en sentencia de 14 de febrero del 2020, las 11h00, resuelve aceptar parcialmente el medio de impugnación, en los siguientes términos:

“(1/4)OCTAVO: RESOLUCION: Por las consideraciones que anteceden y con fundamento en el principio de la verdad procesal expresado en el Art. 27 del Código Orgánico de la Función judicial que determina que las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes y en lo dispuesto en el Art. 82 de la Constitución de la República que contempla el principio de la seguridad jurídica que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, este Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, acepta en parte el recurso de

apelación interpuesto por la parte actora, acepta en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, confirma en lo principal la sentencia dictada por el Juez de primer nivel y se la reforma al disponer que los señores JUAN MARCOS PALACIOS MASACHE y ANGEL GERMAN JARA CALDERON rindan cuentas de la administración de la Gasolinera Zamora, rendición de cuentas que será desde febrero del 2003 hasta julio del 2017, en el plazo de sesenta días. En relación a la demanda MELANIA CELESTE PALACIOS ESCOBAR se rechaza la demanda. Sin costas procesales ni honorarios que regular. RECURSO HORIZONTAL DE ACLARACIÓN: La parte accionada, interpuso recurso horizontal de la sentencia y pidió aclaración manifestando que si bien está claro que tiene que rendir cuentas el señor Juan Marcos Palacios Masache, pero la rendición de cuentas es en relación con todo el mandato o solo en el ejercicio del mandato realizado en torno a la gasolinera. Concedida la palabra a la parte actora manifestó que el objeto de la demanda es claro, es el negocio de gasolinera por lo que la aclaración deviene en improcedente. Tribunal considera: El Art. 100 del COGEP, establece que una vez pronunciada la resolución no se la podrá modificar en parte alguna, sin embargo podrá aclararla o ampliarla a petición de parte; y, el Art. 253 del Ibídem, determina "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 decir sobre frutos, intereses o costas". De lo expuesto, se desprende que la solicitud de aclaración procede siempre que el peticionario demuestre que los argumentos señalados por el Tribunal en su fallo, fueren oscuros o inentendibles; particularidades no ocurren en el presente caso, el fallo ha sido claro, preciso y concreto, esto es, se ha resuelto de manera exclusiva sobre la rendición de cuentas del negocio de la gasolinera, que tiene que hacerse de los activos y pasivos, ingresos y egresos, esto es, de todo lo que conlleva las cuentas de una administración. Notifíquese." (Sic)

4.5) Inconformes con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Ángel German Jara Calderón y Juan Marcos Palacios Masache (por intermedio de su procurador judicial), demandados, 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 28 de octubre del 2020, las 09h50,

admitió parcialmente a trámite los recursos de casación planteados por los recurrentes singularizados en el numeral que precede, y dio trámite a los mismos, bajo los siguientes parámetros:

“ ¼ QUINTO: RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto, considerando que “ ¼ la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución es el derecho de toda persona, no solo a acudir a los órganos jurisdiccionales, sino a que a través de los debidos causes procesales y con mínimas garantías, obtenga una decisión fundada en derecho respecto de sus pretensiones” ¼ ° (Sentencia N° 0004, 10 de sept. 2009, Corte Constitucional, caso 0388-09-EP, 24 de febrero de 1010, p.55) el suscrito Conjuez Temporal de la Corte Nacional de Justicia, por las consideraciones que quedaron señaladas RESUELVE: en relación con el recurso interpuesto por ÁNGEL GERMAN JARA CALDERÓN, a la vez que INADMITE la censura por la causal quinta del art, 268 del Código Orgánico General de Procesos conforme se deja analizado, ADMITE a trámite el recurso por el caso cuatro ibidem; y, en relación con el recurrente JUAN MARCOS PALACIOS MASACHE , ADMITE a trámite el recurso por las causales segunda y cuarta del Art. 268 del COGEP, por lo tanto de conformidad con lo ordenado en el tercer inciso del Art. 270 reformado del Código Orgánico General de Procesos, se le corre traslado a la contraparte para que, en el término de treinta días, conteste 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. - Cúmplase y notifíquese. ¼ °. (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

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.

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:

“...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

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;*

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:

“...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...⁹ (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...⁹.

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.*

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los

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

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).^{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

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

¹¹ Ibídem, Pág. 28

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...”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^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:

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

“...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...”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

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

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...”*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...”*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.

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

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

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 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 descrito en el numeral 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos en relación al recurrente Ángel Germán Jara Calderón; y a los cargos establecidos en los numerales 2 y 4 *ibídem*, en relación al impugnante Juan Marcos Palacios Masache; ergo, inexorablemente los recurrentes debían referirse en su fundamentación exclusivamente a estas causales, siendo por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

6.2) Estudio de la causal segunda prevista en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en relación con el argumento planteado por el casacionista Juan Marcos Palacios Masache.

El caso seleccionado para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem* (numeral 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos) establece lo siguiente:

^a Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos (1/4)

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.^o

Ahora bien, dicho caso, establece la posibilidad de tres vicios del fallo que pueden dar lugar a que el mismo sea casado: **a)** que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; **b)** que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles; y, **c)** que el fallo no cumpla el requisito de motivación.

Por su parte, el autor Santiago Andrade Ubidia, sobre el tema, señala:

^a Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutive (...), que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado (¼) El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado^o.¹⁷

Ergo, del análisis de la causal de casación, se estima que, para su configuración, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la Ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones

¹⁷ Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Editorial Andrade & Asociados Quito, 2005, p. 135-136.

contradictorias o incompatibles.

- Si la impugnación hace relación a que el fallo no cumple el requisito de motivación.

Por tanto, el impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo¹⁸, son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

De los enunciados del recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe a la falta de motivación. Indica que las normas de derecho que contiene la sentencia impugnada no subsumen los hechos respecto de los cuales se trabó la Litis; que en la resolución no se cumple con los presupuestos de pertinencia, razonabilidad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto; que se hace una motivación en apariencia ya que se insertan normas pero no se las relaciona con los hechos; que existe incongruencia entre el contenido factico y el contenido *iure*, que el considerando octavo de la sentencia recurrida no menciona argumento alguno que explique el nexo causal entre la demanda, la prueba y resolución a la que arriba el Tribunal juzgador, pues no se ha utilizado las reglas de la sana crítica, infiere además que, en esa virtud, se ha soslayado el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador.

Aclarado este punto, corresponde advertir que la garantía de motivación de las sentencias se

18 Constitución de la República del Ecuador: *“Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. 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”.*

encuentra consagrada constitucional, legal, convencional¹⁹, doctrinaria²⁰, y jurisprudencialmente²¹.

La garantía de la motivación de las sentencias se encuentra consagrada tanto en la norma constitucional como legal, así mismo desarrollada:

19 Desde la óptica del pluralismo jurídico y del bloque de constitucionalidad, en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al estándar mínimo que debe cumplir una resolución para ser considerada debidamente motivada, ha desarrollado el siguiente argumento, en el caso *Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela*: *“El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”*. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Aptiz Barbera y otros Vs. Venezuela*, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.)

20 Dentro del ámbito doctrinario, respecto al tema de la motivación encontramos una diversidad de criterios emitidos por varios tratadistas, de los cuales recogemos el siguiente: *“(1/4) La motivación, afirma MUÑOZ SABATE, es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva. Más concretamente, se encuentra integrada en el sistema de las garantías procesales del artículo 24 CE, al igual que el sistema de recursos, además de ser un principio jurídico-político fundamental. Efectivamente, es un derecho-deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los Tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Afirmábamos anteriormente que las partes han de procurar que la prueba practicada lleve al órgano jurisdiccional a la convicción de sus respectivas posiciones. Una vez que ha llegado a esta convicción es éste el que ha de persuadir, en su resolución a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido y de la razonabilidad de la aplicación de la normativa invocada. De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica (1/4)”*. (Gaceta Judicial Serie XVII N°. 2, Resolución No -558-99 Juicio No 63-99 R.O. No 348 de 28 de diciembre de 1999, Juicio verbal sumario que por obra nueva sigue el Dr. Marcelo Regalado Serrano contra Edgar Ramiro Zurita Mantilla y Juana Tinizaray Jiménez.)

21 Desde la óptica de la jurisprudencia como fuente del derecho, la Corte Constitucional, ha desarrollado varios precedentes en torno al ámbito normativo y material del principio de la motivación, en el siguiente contexto:

“(1/4) Como parte esencial de los principios que forman parte del debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con aquello se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica, dentro de un Estado Constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país, no queden en la indefensión y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia y es precisamente a través de la

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.- ^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: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. 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. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados^o.*

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.- ^a Art. 130.- **FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.-** *Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:*

(...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos^o.

motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto^o (Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia N° 003-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 117, de 27 de enero de 2010.).

Dentro del ámbito jurisprudencial, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en torno al tema de la motivación, ha desarrollado el siguiente argumento:

^a *Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener las razones o fundamentos para llegar a la conclusión o parte resolutive. La falta de motivación está ubicada en la causal 5ª del artículo 3 de la Ley de Casación y tiene como efecto la anulación del fallo. Cabe asimismo ese vicio, cuando los considerandos son inconciliables o contienen contradicciones por los cuales se destruyen los unos a los otros, por ejemplo, cuando el sentenciador afirma y niega, al mismo tiempo, una misma circunstancia, creando así un razonamiento incompatible con los principios de la lógica formal. Para encontrar los yerros acusados, el tribunal no debe atenerse exclusivamente a la parte resolutive sino también a la parte motivada, pues entre la una y la otra existe una relación causa y efecto, y forman una unidad^o (Ecuador, Corte Suprema de Justicia Resolución N° .271 de 19 de julio de 2001, juicio 90-01 (DAC vs Cobo) R.O 418 de 24 de septiembre de 2001).*

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS:

“ Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal 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 sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación” .

En consecuencia, la emisión de un fallo que en su parte dispositiva tenga decisiones contradictorias o incompatibles, tiene relación con la falta o ausencia de motivación, *per se*, dicha cuestión constituye uno de los errores *in judicando* previstos en el derecho positivo, bajo la modalidad del caso 2 previsto en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

Una vez delimitado el alcance de la causal de casación en análisis, corresponde estudiar el contenido de las normas jurídicas supuestamente soslayadas por los juzgadores de segunda instancia, por tal razón, es necesario advertir que la motivación debe ser apreciada desde una doble perspectiva, por una parte, como una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no serán arbitrarias, sino consecuencia de un razonamiento lógico, y, por otro lado, como una indefectible obligación de los administradores de justicia, que les impone el deber de justificar fáctica y jurídicamente la razón de sus decisiones.

Además, se debe ser enfático en lo siguiente: la obligación de motivar las resoluciones judiciales debe sujetarse a ciertos estándares, con la finalidad de que el fallo se encuentre debidamente motivado, pues, no puede entenderse a la motivación como una simple enunciación mecánica de normas, doctrina, principios jurídicos y de antecedentes de hecho, sin conexión alguna; esta fundamentación necesariamente ha de estructurarse sobre criterios de coherencia y pertinencia, así lo exige el artículo

130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial:

*^a (1/4) Art. 130.- (1/4) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se **explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho**. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos^o. (Énfasis añadido).*

Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: *^a ...la motivación es la exteriorización de **la justificación razonada que permite llegar a una conclusión...**^o ²² (Énfasis añadido).*

Es decir, tanto las normas jurídicas mencionadas en el presente fallo, como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen a los administradores de justicia el deber de construir sus fallos en base a un **razonamiento lógico**, el cual se consume cuando los jueces explican razonadamente la conexión entre las preceptos jurídicos aludidos en su resolución, con los hechos que han sido debidamente acreditados en la especie, esta labor intelectual les permite llegar a una adecuada conclusión.

Sobre la lógica y los estándares de la motivación, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia N° 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012, dictada dentro del caso N° 1212-11-E, refirió lo siguiente:

*^a ...Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera **razonable, lógica y comprensible**, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. **Una decisión razonable es aquella***

²² Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto...^{o 23} (El subrayado nos corresponde).

Por ende, a efectos de obtener del Tribunal de casación un fallo que enmiende la violación argüida, el interpelante tenía la obligación de acreditar que los jueces de segunda instancia, al momento de reducir su sentencia a escrito, incurrieron en los yerros señalados *ut supra*, mediante la exposición de una fundamentación de orden técnico jurídico, capaz de llevar al convencimiento de los integrantes del Tribunal de casación, del cometimiento de la transgresión alegada.

En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si el recurrente pretendía justificar la causal 2 prevista en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en torno al incumplimiento del requisito de motivación en la sentencia recurrida; tenía el deber de justificar, con solvencia y claridad, la transgresión a uno o varios estándares de la motivación, esto es, la falta de aplicación de principios constitucionales (razonabilidad), la incoherencia entre las premisas y la decisión (lógica), o, en su defecto, la falta de claridad en el lenguaje empleado por los juzgadores (comprensibilidad), esquema no exclusivo ni excluyentes para un análisis adecuado.

6.2.1) Delimitado el alcance, tanto de la causal invocada, como de la garantía de la motivación, es posible sintetizar el alcance del cargo formulado por el recurrente, en la falta de motivación de la resolución de segunda instancia.

Ahora bien, ¿Cómo debía acreditar la mentada falta de motivación el recurrente?

Conforme anticipamos en líneas anteriores, el recurso de casación es técnico, por tal motivo, la acreditación de la violación argüida debía ajustarse a los siguientes estándares:

23 Sentencia N° 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012, dictada dentro del caso N° 1212-11-E.

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.
- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

Dicho esto, la labor intelectual de los integrantes del presente Tribunal de casación, debe concretarse en la resolución del siguiente problema jurídico:

¿La sentencia dictada el viernes 14 de febrero del 2020, por el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil, de la Corte Provincial de Justicia de Loja, adolece de motivación, por contener decisiones contradictorias o incompatibles?

Como premisas, al fundamentar el recurso de casación **Juan Marcos Palacios Masache**, a más del ámbito abstracto descrito *ut supra*, centra su disertación en que la sentencia del *ad quem* no toma en cuenta lo que dicen los accionantes, en relación a que el poder original data del año 1995, y que de forma incongruente pese a este hecho fijado como cierto, el Tribunal de apelación, dispone que los demandados rindan cuentas a partir del año 2003, sin tomar en cuenta que los actores emitieron un poder desde 1995, y según su criterio, desde ahí debe rendirse cuentas respecto de todos los actos ejecutados con ocasión del mandato dado, en ese sentido increpa la incongruencia de la resolución; indica además que la sentencia de segunda instancia es inmotivada pues no contestó los argumentos esgrimidos en apelación, respecto del ámbito temporal en que debe rendirse cuentas a los accionantes, invocando para el efecto los artículos 2035, 2052, y 2059 del Código Civil; 164, 207, 208 y 268 del Código Orgánico General de Procesos.

Ergo, deviene en preciso estudiar el contenido de los argumentos esgrimidos por el objetante, al tenor

de los estándares técnicos que rigen la sustanciación del presente medio impugnatorio y aquellos relacionados con la motivación, no exclusivos ni excluyentes para un análisis adecuado:

6.2.1.1) Sobre el estándar de la razonabilidad.

La razonabilidad de una sentencia se sustenta en la naturaleza misma de la garantía constitucional de la motivación, que garantiza a los justiciables que los fallos de las autoridades judiciales no emanarán de consideraciones subjetivas, antojadizas o arbitrarias, pues, deben construirse sobre el sustento de normas y principios jurídicos.

Por consiguiente, carecerá de motivación, por falta de razonabilidad, aquella sentencia que no se apoya en la normativa jurídica o en los principios del derecho.

Revisado el fallo en su integridad, se concluye que los Jueces de segunda instancia, en efecto, al reducir a escrito su decisión, la construyeron al tenor de normas y principios constitucionales y legales, su fallo no deviene de consideraciones carentes de sustento legal y constitucional; el *ad quem* invoca el artículo 339 del Código Orgánico General de Procesos, concerniente a que la persona que administra bienes ajenos está obligada a rendir cuentas en los periodos estipulados, en relación además con las normas atinentes al contrato de mandato establecidas en los artículos 2020 y siguientes del Código Civil, con especial importancia los artículos 2039 y 2043 *ibidem*, en ese sentido la sentencia impugnada aplica e invoca preceptos jurídicos aplicables al caso concreto, *per se*, no se determina que la misma adolezca de falta de razonabilidad.

6.2.1.2) Sobre el estándar de la lógica.

La lógica impone a los juzgadores el deber de construir su decisión sobre la base de un silogismo jurídico; este silogismo está compuesto por una premisa mayor y una premisa menor, cuya valoración permite al juzgador inferir una conclusión coherente.

La falta de lógica supone un equívoco en el proceso de valoración de las premisas, que conduce a una conclusión incoherente con las premisas, lo que deriva además en que la resolución contenga decisiones contradictorias o incompatibles.

Para clarificar lo anotado, resulta útil ilustrar cómo se construye un silogismo en el ámbito jurídico, en este sentido, se determina que la premisa mayor está constituida por la norma jurídica, mientras que, la premisa menor la conforman los hechos acreditados en la especie.

Por el contrario, una sentencia ilógica supone la falta de armonía entre la conclusión y las premisas, e implica un equívoco en la labor intelectual del juez, quien, luego del análisis de las premisas, erró en el ejercicio de inferencia, expresando una conclusión que se aparta de la línea argumentativa que diseñaban dichas premisas.

En razón de lo expuesto, es posible anotar que, si el casacionista deseaba acreditar la falta de lógica en la sentencia impugnada, se encontraba en la obligación de, en primer término, individualizar las premisas utilizadas por los jueces en su argumentación, posteriormente, tenía que identificar la conclusión, y evidenciar cómo ésta difiere del hilo conductor que plantean las premisas.

Sin embargo, del análisis de los argumentos esgrimidos por el objetante, es posible colegir que, lejos de evidenciar la falta de lógica en el fallo impugnado, puso de manifiesto su mera inconformidad con aquello que los juzgadores de segunda instancia decidieron, planteando un debate de instancia, conforme se aprecia en el contenido de sus alegaciones:

^a (1/4) Las normas de derecho que contiene la sentencia no subsumen los hechos a los que contrajo la Litis y para que una sentencia sea motivada se deben cumplir con los presupuestos de pertinencia, razonabilidad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto y en el caso que nos ocupa se hace una motivación en apariencia, toda vez que se insertan normas, pero al relacionarlos con los hechos que se encuentran debidamente

probados se tergiversa afirmando que el compareciente debe rendir cuentas única y exclusivamente de un negocio jurídico y que dicho sea de paso lo hizo a título personal y no de los mandantes y no se dispone se lo haga de todos los bienes que fueron administrados por el compareciente, sino únicamente de una parte, denotado con ello la falta de imparcialidad con la que ha actuado en el presente caso. (1/4)

Con lo expuesto, se puede afirmar que, existe incongruencia entre el contenido fáctico y el contenido iure de la sentencia, lo que se torna mucho más ostensible, en el considerando OCTAVO de la sentencia recurrida, toda vez que no se menciona argumento alguno que explique el nexos causal entre la demanda, la prueba y resolución a la que arriba el tribunal juzgador, pues no se ha utilizado las reglas de la sana crítica para hacer la valoración de la prueba documental y estudio de los poderes conferidos por los accionantes al compareciente. (1/4)°

Lo esgrimido por el recurrente no coadyuva a identificar las premisas, para analizar su correspondencia o no con las conclusiones del caso concreto, lo que determina la falta de debida fundamentación y demostración; además, los argumentos sustentados por el recurrente, lejos de evidenciar la falta de lógica, transgreden el estándar que impone la prohibición de "debate de instancia" en sede de casación, pues, estos planteamientos inducen a los juzgadores al análisis del acervo probatorio²⁴.

El reproche del casacionista más bien se concreta en la expresión de mera inconformidad con el análisis del Tribunal de apelación, el cual concluyó que los hechos sometidos a su conocimiento demuestran la obligación de dos de los demandados de rendir cuentas en el ámbito temporal establecido.

En el presente caso, la conclusión expresada por los juzgadores, parte de la valoración de la premisa menor, es decir, de los hechos acreditados en la especie, que determinan que se justificó la existencia de un mandato el cual da origen a la obligación de rendir cuentas por parte de dos de los accionados,

²⁴ "El desacuerdo con las circunstancias fácticas tal como ellas fueron establecidas, ataca la apreciación que de la prueba hizo el tribunal, plantea una cuestión, sobre los hechos, que no es susceptible de revisión". (Ulrich Klug, Lógica Jurídica, Temis, Bogotá, 2004).

lo que permite deducir razonadamente, como conclusión, la aceptación parcial del recurso de apelación propuesto por las partes.

En razón de lo expuesto, este Tribunal no advierte incongruencia entre las premisas la conclusión y la resolución emitida por el Tribunal de apelación, el fallo guarda armonía con el análisis intelectual desarrollado por los juzgadores; así, se excluye que la sentencia carezca de lógica.

6.2.1.3) Sobre el estándar de la comprensibilidad.

Este estándar coloca a los juzgadores en la necesidad de materializar su resolución en una sentencia escrita, cuya redacción sea clara y entendible para el auditorio social. Por consiguiente, para acreditar la violación a este parámetro, el recurrente debía individualizar el pasaje de la sentencia que considera incomprensible y explicar la razón de su alegación.

No obstante, el casacionista pretende justificar la incomprensibilidad de la sentencia, con argumentos, eminentemente enunciativos e infundados, según los postulados transcritos en los apartados anteriores.

Por todo lo indicado, no se advierte error de derecho en la labor intelectual de los juzgadores de apelación, la sentencia impugnada respeta los preceptos de los artículos 89 del Código Orgánico General de Procesos, 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución República; ya que de forma razonable, lógica y comprensible, en base a los hechos fijados como ciertos, el *ad quem* determinó la obligación de los demandados Juan Marcos Palacios Masache y Ángel German Jara Calderón, de rendir cuentas a los accionantes, en virtud del mandato previamente establecido; 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, y trascendencia, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que la sentencia del *ad quem*, no contiene el requisito de motivación, es improcedente.

6.3) Estudio de la causal cuarta prevista en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en relación con el argumento planteado por los recurrentes Ángel German Jara Calderón y Juan Marcos Palacios Masache.

La causal elegida, por los recurrentes, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es la establecida en el numeral 4 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 (1/4)

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°.

Del ámbito literal y teleológico establecido en la norma invocada, se avizoran tres modos de infracción, tres vicios o cargos a través de los cuales se puede interpelar una sentencia del *ad quem*, vía recurso de casación, en procesos de conocimiento, cargos que, a su vez, conducen a otros dos modos de infracción. Ergo, en la sentencia, el primer yerro, puede ocurrir por: 1) aplicación indebida, 2) falta de aplicación, o, 3) errónea interpretación, de ^a preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba°; y, el segundo por: a) equivocada aplicación, o, b) por la no aplicación de normas de derecho sustantivo; *per se*, para la procedencia del recurso por la causal objeto de análisis, es imprescindible la concurrencia de dos infracciones continuadas, la primera de ^a preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba°; y, la segunda de ^a normas de derecho sustantivo°, lo cual se explica por el doctor Carlos Ramírez, en el siguiente sentido:

“Estas exigencias completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el error respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba

conduce a otra violación, a la violación de normas de derecho sustantivo. Es decir que, si no hay violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, no puede haber violación de la norma sustantiva como para configurar esta causal^{25o}.

Ergo, del análisis de la causal de casación propuesta, se advierte que, para su procedencia, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- 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 violada, 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 escogido, debe ir relacionado con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.
- La violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, a la vez, debe derivar en una equivocada aplicación o en la no aplicación de normas de derecho (norma sustantiva). De este enunciado, se desprende también dos cargos que deben justificarse en la propuesta casacional: 1) Equivocada aplicación; o, 2) No aplicación, de normas de derecho sustancial.

25 Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito ± Ecuador, pag. 120

Así también, para una correcta argumentación de la causal de casación aludida, se debe identificar varios aspectos, a saber:

- El medio o medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se ha infringido la norma que regula la valoración de dichas pruebas.
- La norma o normas que regulan la valoración de la prueba, cuya aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación se acusa.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre los medios de prueba y la norma procesal violada.
- Singularizar la norma sustantiva que como consecuencia del yerro *in iure* acusado, ha sido **indirectamente** transgredida.

Ergo, frente a este cargo casacional, es preciso observar que:

“La demostración de este caso implica revisar la aplicación de los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba, lo que conduce a corregir el error judicial de la segunda violación, aplicando otras normas de derecho sustancial o a la aplicación de las que la sentencia no ha aplicado (1/4) la valoración de la prueba es la operación mental que realiza el juzgador para, con la debida argumentación y ponderación, determinar si los hechos del caso tienen relación con la norma o normas a aplicar y conducir si son ciertas o no las afirmaciones del actor y/o del demandado; y, sobre todo, la valoración implica una decisión sobre la credibilidad de la fuente \pm medio de la prueba(1/4) la facultad de valorar prueba es privativa de los jueces de instancia; por lo que el tribunal de casación, en la primera fase de tratamiento del recurso, no puede

juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal ad quem, ni realizar una valoración nueva y distinta de las pruebas que obran de autos, sino comprobar si en la valoración de la prueba se ha violado o no los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba y si esta violación ha conducido a la violación de las normas sustantivas.^{26o}

6.3.1) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente.

Tanto el recurrente Ángel German Jara Calderón, como el impugnante Juan Marcos Palacios Masache, acusan que en la sentencia de segunda instancia existe **falta de aplicación** de los artículos 164, 207 y, 208 del Código Orgánico General de Procesos.

En el mismo sentido, sostienen que oportunamente presentaron ciertos medios probatorios, sobre los cuales no se aplicaron las normas descritas *ut supra*. Así, Ángel German Jara Calderón, sostiene que presentó la escritura pública que contiene el poder especial conferido por Juan Marcos Palacios Masache a su favor, conferido en la ciudad de Loja, el 3 de febrero del 2003, ante el doctor Galo Castro, Notario Público del cantón Loja. Por su parte el recurrente Juan Marcos Palacios Masache sostiene que presentó como prueba documental no solo los poderes conferidos por los mandatos al compareciente sino también el RUC, documentos relativos con permisos para el funcionamiento de la gasolinera obtenidos a título personal y en ningún momento como mandatario de los accionantes.

Para sustentar sus reproches, por una parte Ángel German Jara Calderón, refiere que *“ en ninguna de sus cláusulas consta que mi mandante me haya delegado algún poder sea de manera total o parcial, todo esto ha conllevado a la falta de aplicación del artículo 2035 del Código Civil, pues si debía rendir cuentas debía o debo hacerlo a mi mandante que es señor Juan Marcos Palacios Masache, y no a terceros como son los accionantes con los cuales no tengo ningún vínculo jurídico, por lo que la sentencia recurrida en su razonamiento viola el precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba contenido en el artículo 207 y 208 del Código Orgánico General de Procesos, generando su*

²⁶ Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito ± Ecuador, pag. 120 -121.

falta de aplicación, estos artículos establecen que los instrumentos públicos hacen fe en juicio, y siendo la escritura un instrumento público no se le ha otorgado el valor probatorio que le corresponde, existiendo falta de aplicación de los artículos 207 y 208 del COGEP, lo que conllevó a su vez a la violación de los artículos 2042, 2059 y 2062 del Código Civil (norma sustantiva) por errónea interpretación (1/4) Por otro lado, la sentencia recurrida incurre en falta de aplicación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba establecida en el art. 164 del Código Orgánico General de Procesos. El artículo 164 del COGEP genera una regla para la valoración de la prueba y establece que los juzgadores deben expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas que les haya servido para justificar su decisión, es decir se debió realizar un análisis una por una de cada prueba con la cual los juzgadores llegaron a su resolución, lo que no sucede en la presente causa, pues los juzgadores provinciales se limitan a establecer, en general, que de acuerdo a la prueba expuesta es evidente que procede la prescripción, pero no expresan cuáles son esas pruebas y tampoco existe un análisis de las mismas. Aquello generó la errónea interpretación del artículo 2035 del Código Civil°.

Por otra parte, Juan Marcos Palacios Masache, afirma que ^a en la etapa probatoria se presentó como prueba documental no solo los poderes conferidos por los mandantes al compareciente, sino también el RUC, documentos relativos con permisos para el funcionamiento de la gasolinera obtenidos a título personal y en ningún momento como mandatario de los accionantes y sin embargo de aquello la sentencia recurrida dispone que se rinda cuentas únicamente de lo que los accionantes pretenden y presuntamente les beneficia, lo que ha conllevado a la falta de aplicación del artículo 2035 del Código Civil, pues si se dispone que se rinda cuentas debe de hacerlo de todos los bienes administrados por el compareciente y no solo de una parte de aquellos, lo que denota la mala fe con la que actúan los accionantes y que han logrado engañar a la administración de justicia, por lo que la sentencia recurrida en su razonamiento viola el precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba contenido en el artículo 207 y 208 del Código Orgánico General de Procesos, generando su falta de aplicación, estos artículos establecen que los instrumentos públicos hacen fe en juicio, y siendo la escritura un instrumento público no se le ha otorgado el valor probatorio que le corresponde, existiendo falta aplicación de los artículos 207 y 208 del COGEP, lo que conllevó a su vez a la violación de los artículos 2052 y 2059 del Código Civil (norma sustantiva) por errónea interpretación°.

Como se puede observar, de forma idéntica los dos recurrentes, luego de aducir la falta de aplicación

de los artículos 164, 207 y, 208 del Código Orgánico General de Procesos, singularizar los medios de prueba, y esgrimir las particularidades de su fundamento, sostienen la violación de los artículos 2042, 2059 y 2035 del Código Civil, por *“ errónea interpretación ”*; con el aditamento que Ángel German Jara Calderón sostiene además la vulneración del artículo 2062 *ibídem*, en el mismo contexto.

Las normas cuya falta de aplicación se acusa, son las siguientes:

Código Orgánico General de Procesos:

“ Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

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 obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión” .

“ Art. 207.- Efectos de los documentos públicos. El documento público agregado al proceso con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho proceso” .

“ Art. 208.- Alcance probatorio. El instrumento público hace fe, aun contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan

hecho las o los interesados. En esta parte no hace fe sino contra las o los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen prueba con respecto a las o los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular°.

A su vez, las normas sustantivas cuya violación indirecta se acusan son:

Código Civil:

° Art. 2035.-El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo.°

° Art. 2042.-El mandante podrá en todo caso ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo.°

° Art. 2059.-El mandatario está obligado a dar cuenta de su administración.

Las partidas importantes de su cuenta serán documentadas, si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación.

La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante.°

° Art. 2062.-El mandante está obligado:

1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato;

2. *A satisfacerle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato;*
3. *A pagarle la remuneración estipulada o usual;*
4. *A pagarle las anticipaciones de dinero, con los intereses corrientes; y,*
5. *A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato.*

No podrá el mandante exonerarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo

salvo que le pruebe culpa.º

6.3.2) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de falta de aplicación de los artículos 164, 207 y, 208 del Código Orgánico General de Procesos.

La falta de aplicación constituye uno de los yerros *in jure* en este cargo casacional conocido como error de omisión. **La falta de aplicación** de la ley, en el caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas atinentes a preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, cuya observancia era exigible, y que de haberlo hecho, dicha situación, por efecto, determinaba la aplicación real y correcta de las normas de derecho sustantivo en la sentencia.

6.3.3) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada por los recurrentes, 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:

Al fundamentar su cargo casacional, los recurrentes, incurren en una imprecisión, ya que, procuran de

parte del Tribunal de casación una nueva valoración probatoria, dicha cuestión la encontramos en el relato descrito en el numeral **6.3.1)** de esta sentencia.

Ergo, este Tribunal advierte que el cargo planteado, incurre en la prohibición establecida en el cuarto inciso del artículo 270 Código Orgánico General de Procesos, que señala: *“No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba”*; y, al configurarse tal pretensión, en los enunciados de la formulación propuesta, dicha situación deriva en la transgresión del principio de *no debate de instancia*, ya que se evidencia que los recurrentes intentan una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

“ (1/4) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (1/4)

la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (1/4)º 27

Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al

27 Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

principio de "*no debate de instancia*", por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén "*se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia*"²⁸. Los recurrentes debían delimitar el ámbito de los preceptos de valoración probatoria y la trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados relacionados con los artículos acusados.

Por otra parte, se verifica que, los casacionistas, no desarrollan el fundamento del cargo, con el carácter técnico que exige el medio de impugnación, ya que, de forma por demás abstracta, en sus enunciados, hacen relación a un sinnúmero de medios de prueba presuntamente no valorados conforme los preceptos de los artículos 164, 207 y 208 del Código Orgánico General de Procesos, sin identificar, en concreto, cual es el medio o medios de prueba respecto de los cuales no se aplicó el precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba acusado, lo que impide la demostración adecuada del nexo entre estos dos presupuestos, lo que torna a su propuesta impugnatoria en vaga y estéril, tanto más que, lo que se verifica conforme lo indicado *ut supra*, es un debate de instancia, proscrito en esta sede.

Sin dejar de lado las imprecisiones técnicas descritas en los párrafos que preceden, corresponde analizar el yerro *in iure* propuesto, en relación al mismo, desde la órbita del régimen procesal vigente, el Título II, del Código Orgánico General de Procesos, hace relación a la prueba, por su parte, el Capítulo I, establece las reglas generales; así, respecto a su valoración, 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 obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión (artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos); en el *in examine*, de la revisión de la sentencia impugnada se advierte que en función de su independencia e imparcialidad, el *ad quem*, justipreció sobre la base de la ciencia, la lógica y la experiencia, los medios probatorios aportados, a tal punto que los enuncia detalladamente; así mismo, en torno a los documentos públicos, se verifica que aquellos fueron agregados en legal forma al proceso, e hicieron fe contra las o los declarantes, en el contexto de que los mandatos siempre estuvieron vinculados con la administración de la gasolinera

²⁸ Murcia Ballén, Humberto, "*Recurso de Casación Civil*", 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

objeto de la rendición de cuentas, entre otros, *per se*, no se evidencia la falta de aplicación de los artículos 207 y 208 del COGEP, en correspondencia con el artículo 164 *ibídem*.

6.3.4) Como último punto, pese a que según lo analizado *ut supra*, se excluye la falta de aplicación de precepto jurídico de valoración probatoria alguno, hay que considerar, en el caso concreto, la esencia del mandato como contrato, y su administración.

Según el artículo 2020 del Código Civil, el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.

El contrato de mandato está sometido a determinadas reglas en cuanto a la administración del mismo, las mismas se describen en el Código Civil.

De los hechos fijados como ciertos, los accionantes, en el año 1995, otorgaron poder a Juan Marcos Palacios Masache, de forma amplia, para que en su nombre, entre otros, administre y adquiera bienes, e intervenga en cualquier negocio comercial, pudiendo el mandatario sustituir el mandato otorgado; *prima facie*, Juan Marcos Palacios Masache, como mandatario debía ceñirse rigurosamente a los términos del poder, conforme el artículo 2035 del Código Civil.

Ciñéndose rigurosamente a los términos del poder, en el año 2002, Juan Marcos Palacios Masache, a nombre de los hoy accionantes adquiere determinados bienes inmuebles, en varios de los cuales existía una construcción y una gasolinera.

En la misma ilación de hechos, manteniendo en legítimo poder (derivado) y administración la Gasolinera Zamora, descrita en el párrafo que precede, por efectos del mandato original, Juan Marcos Palacios Masache, en el año 2003, delegó el mandato a él otorgado, a Ángel German Jara Calderón, para que realice actos de administración de la mentada gasolinera (apertura de cuenta bancaria,

facturación de combustible, manejo de cuenta bancaria, sin perjuicio que el propio Juan Marcos Palacios Masache maneje alternativamente la misma); *per se*, Ángel German Jara Calderón, como mandatario debía ceñirse rigurosamente a los términos del poder, conforme el artículo 2035 del Código Civil. Entonces, el mandato otorgado a Ángel Germán Jara Calderón, si constituye parte del mandato original y parte del giro de negocio que generó el mandato inicial, en ese contexto no se puede excluir jurídicamente de la rendición de cuentas al señor Ángel German Jara Calderón.

Despejada la cuestión anterior, por otra parte, para verificar que el mandatario original y el ulterior delegado, han ceñido rigurosamente sus actos a los términos del mandato; el artículo 2042 del Código Civil, establece que *“ el mandante podrá en todo caso ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo.”*, más aún cuando *“ El mandatario está obligado a dar cuenta de su administración”* y que *“ Las partidas importantes de su cuenta serán documentadas, si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación”*, tanto más que *“ La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante.”*, en los términos descritos en el artículo 2059 del Código Civil.

Entonces, la acción incoada por Bernardo Ismael Palacios Escobar y Marcia Castillo Castillo, para exigir rendición de cuentas, es legítima y legal, por lo cual no se verifica en el caso concreto la violación indirecta de las normas sustantivas descritas en este análisis.

Por otra parte, de los hechos fijados como ciertos, no se determina que Bernardo Ismael Palacios Escobar y Marcia Castillo Castillo, hayan incumplido sus obligaciones que como mandantes establece el artículo 2062 del Código Civil, es más, en función del principio dispositivo dicha cuestión está excluida de discusión y resolución; *per se*, no se consolida la violación indirecta de referida norma sustantiva.

En relación al cuestionamiento del ámbito temporal respecto del cual deben rendir cuentas, este Tribunal, advierte que de la demanda y las excepciones (con lo cual se traba la Litis), la rendición de cuentas se solicita desde el año 2003 hasta la fecha indicada en la súplica; ergo, el órgano judicial, no puede rebasar las pretensiones porque incurriría en *extra petita*, en ese sentido el argumento planteado por la parte recurrente no tiene cabida en sede casacional.

Dicho esto, por cuanto en la fundamentación del cargo casacional propuesto por Juan Marcos Palacios Masache y Ángel Germán Jara Calderón, se avizora la vulneración de los principios de debida fundamentación y demostración, no debate de instancia, y trascendencia, se determina su improcedencia.

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 de los recursos de casación planteados por Ángel German Jara Calderón y Hugo Monteros Paladines, procurador judicial de Juan Marcos Palacios Masache, demandados, en virtud de no haber fundamentado los respectivos medios de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.

7.2) Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y el rechazo total de los recursos de casación, conforme la parte final del artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos, corresponde al juzgador competente, entregar a la parte perjudicada por la demora (actores) el valor total de la caución.

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 (PONENTE)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO
JUEZ NACIONAL

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C = EC
L = QUITO
CI
1708753890

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

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

Juicio No. 12333-2018-00230

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 13 de octubre del 2021, las 10h24. 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 el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, de 27 de junio de 2019, dentro de la causa ordinaria de nulidad relativa de contrato, seguida por Anabell Gisela Macías Orellana en contra de Darwin Bajaña Rivas, Vicente Alvarado Cedeño, Mario Carriel Rivera, Enrique Moreira Arriaga y Jorge Álvarez Álvarez.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia dictada por el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Vinces, de 15 de noviembre de 2018, que niega la demanda por improcedente.

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho recurso de apelación, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, decide rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia subida en grado.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la Procuradora Judicial de la señora Anabell Gisela Macías Orellana (*en adelante: recurrente, casacionista, demandado, accionado*),

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

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

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTANEDA
C=EC
L=QUITO
CI
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE
1705291975

interpone recurso de casación, convirtiéndose de esta manera la parte accionante 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 Conjuez Nacional, Pablo Loayza Ortega, quien, mediante auto de 26 de agosto de 2020, luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, lo admite por los casos 2, 4 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, la recurrente, a través de su defensa técnica, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos y garantías constitucionales. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes:

5.- Intervención de la defensa técnica de la recurrente: En lo concreto, dijo que se persigue la nulidad de un contrato de compraventa contenido en escritura pública, como la reivindicación del lote de terreno vendido por el ex cónyuge de la actora, señor Darwin Bajaña Rivas al señor Vicente Alvarado Cedeño, ante la Notaría del cantón Palenque, el 9 de diciembre de 2014, debidamente registrada. Lote de terreno, desmembrado de uno de mayor proporción, adquirido por la sociedad conyugal, formada entre Anabell Gisela Macías Orellana y Darwin Bajaña Rivas, que se extinguió por sentencia de divorcio de 23 de mayo de 2014, inscrita en el Registro Civil, el 6 de diciembre de 2014. Por lo que, por el caso cinco del artículo 268 del COGEP, denuncia falta de aplicación del artículo 1706 del Código Civil, según el cual, la declaración de nulidad origina la acción reivindicatoria contra terceros; en la sentencia impugnada, se dice que la declaración de nulidad del contrato y la reivindicación, en la misma demanda, es improcedente por existir indebida acumulación de pretensiones, según el artículo 145.2 del COGEP, ya que para la procedencia de la reivindicación, quien demanda debe tener la plena o nuda propiedad; en el juicio N.º 17711-2010 0818, con las mismas características al del presente caso, la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia, declaró con un lugar la pretensión del actor, criterio confirmado por la Corte Constitucional, señalando que por economía procesal se podría solicitar en el mismo proceso la reivindicación, ya que, para poder recuperar la propiedad del bien con la reivindicación, primero se debe declarar la nulidad de contrato y el criterio de la Corte Provincial, la

perjudica, al permitirse que su ex cónyuge venda de forma fraudulenta el bien de la sociedad conyugal e impida recuperarlo, por lo que debe casarse la sentencia. Por el mismo caso, alega falta de aplicación del artículo 184 del Código Civil, que permite al cónyuge o sus herederos que probaren que han enajenado, hipotecado o empeñado una parte de los bienes de sociedad conyugal sin los requisitos de ley, ejercer el derecho a la reivindicación; norma que de haber sido aplicada, causarían la aceptación de la demanda de nulidad, al no existir para la venta, ni el consentimiento, ni la firma de la señora Anabell Macías Orellana; entonces procede la reivindicación por ser la cónyuge perjudicada. Enerva la falta de aplicación del artículo 48 de la ley Notarial e indebida aplicación de los artículos 27 y 29 *ibidem*, respecto a que los notarios tienen la obligación de examinar ciertos elementos antes de celebrar una escritura pública, como lo determinado en el artículo 472 del COOTAD, que señala que para fraccionar un inmueble debe existir la autorización del Municipio, en este caso del Cantón Palenque y para su venta contarse con esa autorización de fraccionamiento, al no constar este habilitante, cabe la nulidad. Por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP, se acusa la vulneración de los artículos 164.1, 3 y 164 *ibidem*, por haberse aplicado los artículos 27 y 29 de la Ley Notarial, pues al valorar la prueba debidamente actuada y en específico la escritura de compraventa, daba lugar a la aplicación de los artículos 9 y 10 del Código Civil, por corroborarse que faltaba el fraccionamiento del artículo 472 del COOTAD, esto es, la autorización de la máxima autoridad Municipal. También acusa la falta de motivación de la sentencia por el caso dos, por falta de comprensibilidad del fallo que acogió la sentencia de primer nivel, acarreado el mismo vicio de falta de motivación que ya se había cometido al no tratar los crasos errores de los que adolecía el contrato y la escritura. Por lo que solicita casar la sentencia, declarando con lugar la demanda.

6.- Intervención de los demandados:

6.1.- Defensa técnica del señor Darwin Bajaña Rivas: En lo sustancial, alegó que la sentencia de la Corte Provincial de Los Ríos no vulnera ningún derecho de la accionante, quien ha planteado dos acciones distintas en un mismo proceso. En el trámite de la causa se observan los parámetros de los artículos 107, 332 y 333. 4 del COGEP; y, la fundamentación de la sentencia se ha remitido a los principios y garantías constitucionales, ya que la compraventa se celebró cumpliendo todas las formalidades que la ley establece, al tenor de los artículos 27 y 29 de la Ley Notarial, por lo que no existe razón para declarar su nulidad. La pluralidad de pretensiones que se puede proponer en una misma demanda requiere de compatibilidad, para que se puedan sustanciar en un solo proceso, lo cual

no sucede con la nulidad del contrato y la reivindicación, al ser acciones diferentes que deberían ser tramitadas en cuadernos separados. Requirió que se niegue el recurso de casación y se condene a la recurrente al pago de daños y perjuicios.

6.2.- Defensa técnica de Vicente Alvarado Cedeño: Quien en lo principal refirió, que no se ha podido establecer cuál es el vicio que afecta al contrato, por lo que se declaró tanto en primer como en segundo nivel, sin lugar la demanda. La reivindicación era una mera eventualidad, porque sólo pudo ser factible si procedía la nulidad del contrato, los ataques contra la sentencia no caben, porque no se puede hablar de reivindicación si no se ha pronunciado la nulidad de contrato y menos citar la vulneración del artículo 184 de Código Civil, que no hace referencia a ex cónyuges sino a cónyuges; tampoco se puede atacar la valoración de la prueba, ni la motivación de la sentencia sin señalar de qué manera se ha producido el vicio, porque la comprensibilidad y la razonabilidad son elementos que si están presentes en la sentencia. Por lo tanto, pide que el recurso se inadmita.

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 Código Orgánico General de Procesos 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 nomofilático; 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 el segundo, cuarto y quinto 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.

4. 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.”

10.1.- El caso segundo, 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 y principalmente la motivación; así como a la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles en su parte dispositiva que hagan inejecutable la resolución recurrida.

10.2.- El caso cuarto de casación, se produce por violación directa de las normas procesales que regulan la valoración de los instrumentos probatorios y por tal vulnera de manera indirecta normas sustanciales, normas que deben indicarse en la formulación del cargo;

concomitantemente con la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción y la explicación razonada del nexo de causalidad entre ambas infracciones.

10.3.- En cuanto al caso quinto, este es relativo a los errores *in iudicando*, se produce por violación directa normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, doctrinariamente se ha llamado a esta causal como vicio de juzgamiento. La falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación responden a conceptos propios de infracción disímiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la acertada para solucionar la cuestión; 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, la errónea interpretación es un yerro, en el cual, 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.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, se tiene que los yerros admitidos y fundamentados para estudio de este Tribunal, son: Por el caso dos del artículo 268 del COGEP, falta de motivación; por el caso cuatro, vulneración de los artículos 164, 163.1 y 3 *ibidem*, ocasionando la falta de aplicación de los artículos 9 y 10 del Código Civil; y, por el caso cinco la falta de aplicación de los artículos 470 y 472 del COOTAD, indebida aplicación de los artículos 27 y 29 de la Ley Notarial, errónea interpretación del artículo 48 *supra*; y, falta de aplicación de los artículos 184 y 1706 del Código Civil.

V.- JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- La acusación se centra en la falta de aplicación del artículo 1706 del Código Civil, según el cual, la declaración de nulidad origina la acción reivindicatoria contra terceros; la sentencia impugnada, dice que la declaración de nulidad del contrato y reivindicación en una demanda, es improcedente por indebida acumulación de pretensiones, ya que para que proceda la reivindicación, quien demanda ha de tener la plena o nuda propiedad; mientras que por economía procesal como con anterioridad se han pronunciado las Altas Cortes, se puede pedir en el mismo proceso la reivindicación, para así recuperar la propiedad del bien en conjunto con la nulidad de contrato; el *Ad-quem*, permite que el ex cónyuge venda de forma

fraudulenta el bien de la sociedad conyugal e impide recuperarlo; surge la falta de aplicación del artículo 184 del Código Civil, que permite al cónyuge o sus herederos que prueban la enajenación, hipoteca o empeño de una parte de los bienes de sociedad conyugal sin los requisitos de ley, ejercer la reivindicación; que de haberse aplicado, se aceptaría la demanda de nulidad, al inexistir en la venta, el consentimiento o la firma de la ex cónyuge; procediendo la reivindicación por ser la perjudicada. Se denuncia la falta de aplicación del artículo 48 de la ley Notarial e indebida aplicación de los artículos 27 y 29 *ibidem*, ya que los notarios han de examinar ciertos elementos antes de celebrar una escritura pública, como el del artículo 472 del COOTAD, que señala que para fraccionar un inmueble debe existir la autorización municipal, atinente al fraccionamiento, la falta de este habilitante genera la nulidad. Se vulneran los artículos 163.1, 3 y 164 del COGEP por haberse aplicado los artículos 27 y 29 de la Ley Notarial, al no valorar la prueba debidamente actuada, en específico la escritura de compraventa, que originaba la aplicación de los artículos 9 y 10 del Código Civil, por la falta del fraccionamiento. Hay falta de motivación de la sentencia, siendo incomprensible, al omitir tratar los errores que adolece el contrato y la escritura.

12.1.- Problema jurídico a resolver: De la abstracción realizada, la interrogante motivo de resolución se constriñe a determinar: ¿Resultan compatibles la demanda de nulidad relativa del contrato con la de reivindicación?; la cuestión planteada, se resuelve en los siguientes términos:

¿Resultan compatibles la demanda de nulidad relativa del contrato con la de reivindicación?

13.- Acerca de la nulidad absoluta y relativa: La cualidad de nulo, 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.*¹ Entre los varios tipos de nulidades, están: **a)** las constitucionales, como falta de motivación por el artículo 76.7.1, de la Constitución, **b)** las procesales, por falta de alguna esencialidad o incurrencia en algún vicio procedimental, como los del artículo 107 del COGEP; y, **c)** las de los negocios jurídicos, que pueden incoarse como acción o excepción, avizorándose nulidades absolutas y relativas. Estas últimas interesa a esta causa, al ser la controversia por nulidad de contrato de compraventa. Distinguiendo ^a *La nulidad y anulabilidad son^{1/4} categorías típicas de la invalidez del negocio jurídico, expresivas de [la] ^aineficacia estructural^o, por cuanto^{1/4} deriva de defectos, vicios en la formación o celebración del negocio (imperfección inicial), en contraposición con la^{1/4} ineficacia funcional, que supone un negocio regularmente formado que contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho^{o2}.* En lo contractual, la nulidad

1 Definición de la Real Academia de la Lengua Española

2 Beltrán, Carmen, "La nulidad de los contratos", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2009,

más conocida como ^a *nulidad absoluta*^o, es la máxima sanción por faltarle al contrato algún elemento esencial para su validez, al requerirse de éstos para surgir jurídicamente y causar efectos, habiendo requisitos internos del fondo del acto, conforme al artículo 1461 del Código Civil, que atiende a la capacidad legal, el consentimiento o voluntad de las partes (los vicios del consentimiento desembocan en nulidad relativa), objeto y causa lícita; otros elementos formales, atañen a lo externo de la voluntad, condicionando su validez al cumplimiento de previsiones legales para ciertos contratos; por lo general, los actos surgen con el solo consentimiento más las formalidades legales para refutarse válidos y dar efectos, como la compraventa de inmuebles que a la luz del artículo 1740 del Código Civil, exige se otorguen por escritura pública. Se distinguen así contratos consensuales, sin ninguna formalidad; y solemnes, que exigen acatar las formas de ley para su valor jurídico. Al desatenderse los presupuestos contractuales, son inválidos y nulos de pleno derecho, precautelándose el interés general sobre el particular, pues el acto no solo debe existir sino surtir efectos y solo es posible cuando es válido y legal,³ de lo contrario, según el artículo 1699 *ibídem*⁴, se le quita radicalmente valor al acto implicando su retroacción e imposibilidad de saneamiento, impidiéndole tener efectos jurídicos, ya declarados de oficio o a petición de parte. Es de nulidad absoluta, el contrato que nace defectuoso, no así respecto a la nulidad relativa o anulabilidad, donde el acto nace válido y puede tener efectos poseyendo sus propias esencialidades, ^a *¼ puede suceder que este acto se haya celebrado en circunstancias¼ que la relación de derecho que¼ no sea conforme a la equidad, y venga así a lesionar injustamente el interés privado que merece la protección de la ley*^o ⁵. Cabe solo a favor de quienes la ley protege por su situación bajo ciertas condiciones, siendo la principal característica de la nulidad relativa que alude a la persona⁶ que sufre el perjuicio y puede reclamarla, con la acción rescisoria, ya por defecto de capacidad sin ausencia del consentimiento, como los celebrados por incapaces relativos o con capacidad limitada de obrar o por la falta de consentimiento del otro cónyuge respecto de los bienes

pág. 21

3 Parraguez Luis, Régimen jurídico del contrato, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2021. Pág. 586

4 Artículo 1699 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.

5 Barros Alfredo, Curso de Derecho Civil, Editorial Nascimento, Chile. Pág. 130

6 Art. 1700 del Código Civil.- La nulidad relativa será declarada por el juez a petición de parte. Deberá alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, por sus herederos o cesionarios. Podrá sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.

Los actos realizados por uno de los cónyuges respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge cuando este es necesario, son relativamente nulos, y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó.

Si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los bienes del otro, sin tener su representación o autorización, se produce igualmente nulidad relativa, que puede alegar el cónyuge al que pertenecen los bienes objeto del acto o contrato.

de la sociedad conyugal o por algún vicio del consentimiento; donde para que el error invalide el contrato, éste ha de recaer sobre la cosa u objeto o las condiciones que originaron su celebración; que quien lo padece no sea el culpable; que tal error sea excusable, pues si es inexcusable no vicia el consentimiento. El tratamiento de nulidad absoluta y relativa se concretiza en el artículo 1698 del Código Civil: *“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. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”*. De las distintas causas que derivan en la nulidad o a la anulabilidad, sus efectos coinciden en: 1) Pronunciada con sentencia, da derecho a las partes a ser restituida al estado anterior si no hubiese existido el acto o contrato nulo; 2) Decretada, cada contratante es responsable de pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, más el abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, 3) No puede repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas⁷. 4) Ya declarada origina la acción reivindicatoria contra terceros poseedores⁸. En el presente caso, como se vislumbra del inamovible cuadro fáctico, aquí se discute la venta de un bien sin que se hayan integrado las personas que integraban la sociedad conyugal a la que se debe el indicado bien.

14.- En cuanto a la nulidad relativa de los actos sobre bienes de la sociedad conyugal: Conforme al artículo 139 del Código Civil, por el hecho del matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges; esta sociedad de bienes, puede ser administrada por cualquiera de los cónyuges, previo acuerdo, pudiendo autorizar un cónyuge al otro para que realice actos relativos a tal administración; y como dice el artículo 140 del Código Civil, *“No podrá presumirse tal autorización sino en los casos que la ley ha previsto”*. Cuando no se ha determinado el administrador, ambos administran esta sociedad de bienes, por lo cuándo se dispone de bienes sin la concurrencia de uno de los cónyuges, el otro cónyuge *“1/4 puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado al otro cónyuge y la ratificación podrá ser también general o especial. La ratificación podrá ser tácita, por hechos del otro cónyuge que manifiesten de un modo inequívoco su aquiescencia”*; cuestión que en el presente caso se avizora la enajenación de una parte de un bien perteneciente a una sociedad conyugal, sin autorización del otro cónyuge que integró dicha sociedad, autorización que no ha sido ratificada por el otro cónyuge. Ergo sin liquidación, la sociedad de bienes perdura pro indivisa; ergo, no por el hecho del divorcio, significa que los bienes adquiridos durante el matrimonio se extingan; ergo, para que los bienes de la sociedad conyugal, pasen de forma definitiva

7 Artículo 1704 ibídem.

8 Artículo 1706 ibídem.

a pertenecer a cada uno de los cónyuges en sus partes proporcionales, habrá que liquidar la sociedad conyugal. De forma más específica, al aludirse a la administración ordinaria el artículo 181 del Código Civil determina: *“El cónyuge a cuyo cargo está la administración ordinaria de los bienes sociales necesitará de la autorización expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación, constitución de gravámenes de los bienes inmuebles, de vehículos a motor y de las acciones y participaciones mercantiles que pertenezcan a la sociedad conyugal. En caso de que el cónyuge cuyo consentimiento fuere necesario para celebrar estos contratos se encontrare imposibilitado de expresarlo, quien administre los bienes sociales deberá contar con la autorización de una jueza o un juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia del domicilio del cónyuge imposibilitado, autorización que se sustanciará en procedimiento voluntario, conforme con lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos. La omisión del consentimiento expreso del cónyuge que no administre los bienes sociales o de la autorización del juez, en su caso, será causa de nulidad relativa del acto o contrato”*. Los cónyuges al estar divorciados marcan un punto límite de vida de la sociedad conyugal; el divorcio implica un hito de separación jurídica de la continuidad de la vida en común el auxilio a que se deben como también del régimen social de bienes; mientras no se liquide tal sociedad, persisten las obligaciones de los cónyuges divorciados en relación a la titularidad y representación respecto de los bienes. Por ello es que, conforme al artículo 184 del Código Civil: *“Si el cónyuge o sus herederos probaren haberse enajenado, hipotecado o empeñado alguna parte de los bienes de la sociedad conyugal, sin los requisitos prescritos en los artículos precedentes, podrán ejercer el derecho de reivindicación, o pedir la restitución de la prenda o cancelación de la hipoteca, en los casos en que, por regla general, se conceden estas acciones. Tendrán, asimismo, derecho a ser indemnizados con los bienes del otro cónyuge, en los casos en que no puedan o no quieran ejercer dichas acciones contra terceros. Los terceros evictos tendrán acción de saneamiento contra el cónyuge que hubiere contratado ilegalmente; y si la indemnización se hiciera con bienes sociales, deberá dicho cónyuge reintegrarlos”*.

14.1.- La nulidad relativa, invalida el acto tornándolo en ineficaz como en la nulidad absoluta; en la nulidad de pleno derecho, el acto es inválido al aludir a las esencialidades propias a la naturaleza del acto, pero en la nulidad relativa, la invalidez es en función del interés particular de ciertas personas, que requieren protección por su posición de desventaja en la relación contractual. Por ello, la nulidad relativa solo pueden perseguirla quienes la ley faculta \pm en el presente caso, el cónyuge que no autorizó \pm es decir, que el contrato resulta válido para una de las partes y relativamente nulo para aquella en favor de la que se establece legalmente la nulidad⁹. El artículo 1700 del Código Civil, habilita para demandar, a todos quienes en cuyo beneficio han establecido las leyes y a sus herederos

9 Coronel Cesar & Del Bruto Oscar, Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano, Ius Humani. Revista de Derecho. pág. 79

o cesionarios, por ende, es la ley la que determina las causales de nulidad relativa y autoriza la acción rescisoria, autorización que surge: a) Cuando la voluntad generadora del acto ha estado viciada¹⁰; b) Cuando hay lesión enorme¹¹; c) Cuando se omiten formalidades exigidas en consideración al estado o calidad de las personas que celebran el acto¹²; y, d) Cuando el acto ha sido celebrado por incapaces relativos^{13o14}. Uno solo de los cónyuges, no tiene la capacidad de enajenar los bienes de la sociedad conyugal. En el caso *in examine*, se asegura en la sentencia de apelación, que *“¼ la accionante acumuló en su acción varias pretensiones, opuestas, la nulidad de un contrato de compraventa¼ y se reivindique el bien que se encuentra inmerso dentro de ese contrato¼”* y se citan a los artículos 1697 y 1698 del Código Civil, atinentes a los casos de nulidad absoluta y relativa, así como los pertinentes a la reivindicación. Empero de ello, el fallo no distingue si la petición radica en la nulidad absoluta o relativa, disquisición relevante para establecer la procedencia de la demanda dado las distintas causas que propician una u otra. Del libelo inicial de fojas 47-41, se establece la pretensión de *“ NULIDAD RELATIVA del contrato de compra venta, contenido en la escritura pública celebrada ante el Notario Único del Cantón Palanque, de fecha nueve de diciembre del año 2014, celebrada entre DARWIN ERNESTO BAJAÑA RIVAS a favor de VICENTE ALBERTO ALVARADO CEDEÑO¼ la reivindicación del bien materia inmueble materia de escritura pública de compraventa”*. Los fundamentos de hecho de la súplica radican en que el señor Darwin Bajaña Rivas ex cónyuge de la demandante Anabell Macías Orellana, habría vendido sin su consentimiento y autorización de fraccionamiento municipal, una porción de terreno ubicado en el Cantón Palenque, adquirido por éstos durante la sociedad conyugal que aún mantienen sin liquidar. Establecidos estos presupuestos, es irrefutable que ante la ausencia de manifestación de voluntad de la actora, en el consentimiento de venta del inmueble que hace parte del haber conyugal, se ha configurado la hipótesis normativa del inciso segundo del artículo 1700 del Código Civil, que reza: *“ los actos realizados por uno de los cónyuges respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge cuando este es necesario, son relativamente nulos, y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó”*; haciendo viable desde esta arista la petición.

14.2.- Las normas acusadas como infringidas por el caso quinto de casación y que se encuentran correlacionadas con el objeto de la súplica de reivindicación son los artículos 1706 y 184 *ibidem*, que respectivamente establecen la potestad de deducir la reivindicación contra terceros poseedores en el evento de la declaración judicial de nulidad y en lo puntual la posibilidad de que el cónyuge o sus

10 Artículo 1467 del Código Civil

11 Artículo 1829 *ibidem*

12 Artículo 1700 *ibidem*

13 Artículo 1463 *ibidem*

14 Coronel Cesar & Del Bruto Oscar, Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano, lus Humani. Revista de Derecho. citando a: Valencia & Ortiz, 2000, pág. 526; Claro, 1979, págs. 612-618; Vodanovic, 1961, págs. 328-329

herederos que probaren la enajenación, hipoteca o empeño de alguno de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro, para que ejerza el derecho de reivindicación o de restitución de la prenda o cancelación de la hipoteca, en los casos en que, por regla general, se concedan estas acciones; por lo que es pertinente al tenor del artículo 1706 *ibidem*, declarada la nulidad en sentencia. En efecto, al no mediar la partición del bien descrito, por no estar liquidada la sociedad conyugal, debía observarse la fuerza normativa de los citados artículos, pues más allá de la disolución de la sociedad por el divorcio de los prenombrados, restaba su liquidación y si bien, en ellas no se estatuye la posibilidad de nulidad del acto y su concomitante reivindicación, si se establece la posibilidad de declarar en un primer momento la nulidad y luego la reivindicación, sin que esto signifique contraposición con el hecho que da lugar a la nulidad relativa de bienes vendidos de propiedad de la sociedad conyugal, por la ausencia de consentimiento de uno de los socios conyugales en el negocio jurídico. La prueba a la que alude el artículo 184 *ibidem*, concierne a la declaración judicial de nulidad relativa que conforme al artículo 181 *ut supra*, condena la ausencia de consentimiento expreso del cónyuge que no administre los bienes sociales con la nulidad relativa del acto o contrato; quedando incólume entonces la potestad de ejercer demanda de reivindicación. Al revisar la sentencia enervada, sobre este tópico en el considerando OCTAVO letra E, refiere el *ad quem*, que: *“ ¼ La nulidad de un contrato de compraventa, no determina que la propiedad del bien que se encuentre inmerso dentro de ese contrato o se la proclame al que pretenda dicha acción, sino que sólo se nulite ese acto por encontrarse las irregularidades que la ley exige, ello es ¼ diferente en caso de una reivindicación, ya que en este caso, el que propone la demanda debe ser el dueño del bien, dueño que ha sido proclamado con anterioridad; y, demandaría al que se encuentra en posesión de su bien. Por lo expuesto y evidenciándose que la demandada contiene dos pretensiones distintas, ella se encuentra inmersa en el numeral 2 del Art. 145 del Código Orgánico General de Procesos ¼ °. Aseveración que denota la falta de aplicación de los artículos 1706 y 184 del Código Civil, al haberse aplicado en su lugar, por parte de la Sala de apelación, el texto legal del artículo 145.2 del Código Orgánico General de Procesos, que reza: “ Se puede proponer, en una misma demanda, pretensiones diversas, siempre que: (¼) 2. Las pretensiones no sean contrarias ni incompatibles entre sí°; la aplicación de este postulado normativo debe efectuarse concomitantemente con el artículo 147.2 *ibidem*, que concibe a la indebida acumulación de pretensiones como un presupuesto de inadmisión de la demanda, debiendo ser declarada en la primera providencia de calificación de la demanda, con la expresión clara de los fundamentos de su decisión y la orden de archivo del expediente. En el caso, el momento oportuno para inadmitir el petitorio, feneció y, al haberse admitido a trámite la demanda, debía verificarse la procedencia o improcedencia en el fondo de lo pedido.*

15.- Sobre la motivación de la sentencia: La motivación al ser una garantía esencial, cuyo objeto es dar a conocer las razones, factores y causas ± premisas fácticas ± que dan lugar a la decisión de

determinada autoridad y que la justifica, sirviéndose de las premisas normativas en que se funda. Su desarrollo requiere de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida. La importancia de esta garantía va más allá del proceso y las partes, a quienes ± como se ha señalado ± les permite entender el motivo de la resolución; la motivación se dirige, además, en un sentido democrático que permite el control social de los órganos del Estado, es decir que se constituye en un parámetro de fiscalización; por aquello es que tiene doble función, una de carácter ^a *endoprocesal*^o y otra ^a *extraprocesal*^o¹⁵. La obligación de motivar las resoluciones de los poderes públicos, entre ellos los fallos judiciales, se funda en el artículo 76.7.1 de la Constitución, que ordena que: ^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: (1/4) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. 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. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados*^o; declaración constitucional que debe ser atendida en concordancia con los artículos 89 del Código Orgánico General de Procesos y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, disposiciones de las que se desprenden obligaciones judiciales mínimas a la hora de motivar: **a)** Enunciación de las normas o principios en que se funda; y, **b)** explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. En el presente caso, al evidenciarse el yerro en el razonamiento del *Ad-quem*, se denota una indebida motivación, que a su vez viaviliza la casación por el caso quinto. En lo que se refiere a la acusación por infracciones atinentes a preceptos valorativos prueba, que pueda conducir a la modificación de las premisas fácticas del fallo¹⁶, permitiendo corregir el error judicial, que condujo a una convicción errada en base de los medios de prueba. Se acusa que la sentencia no valora adecuadamente el contrato de compraventa, que al elevarse a documento público no existía la autorización de fraccionamiento del Ejecutivo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Palenque. Dicho cargo resulta improcedente, pues como se ha señalado en líneas anteriores, la Sala de apelación se limita a negar la demanda con base en la indebida acumulación de pretensiones, marcando así la imposibilidad propositiva de las solicitudes de la actora, bajo ese fundamento no ha sido necesaria la apreciación de los medios de prueba. No se observa por tanto, mérito para pronunciarse sobre posibles vicios de preceptos de valoración; persiste lo que este alto Tribunal ha

15 Chaumet, Mario, *Argumentación, claves aplicables en un derecho complejo*, Editorial ASTREA SRL, Buenos Aires. 2017, Pág. 345

16 Gaceta Judicial. XVI. N° 8 Pág. 2047.

venido concluyendo, que existe mérito para casar la sentencia por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de aplicación de los artículos 1706 y 184 del Código Civil. Por lo que a la luz del artículo 273.3 *ibídem*, se pasa a determinar lo que en derecho corresponde:

SENTENCIA DE MERITO

16.- Sobre la procedencia de la nulidad relativa del contrato: En virtud de las pruebas presentadas por la actora, ante la ausencia de contestación de la demanda de los señores Darwin Bajaña, Mario Carriel, Isidro Moreira y Jorge Álvarez, así como la improcedencia de las excepciones previas presentadas por el señor Vicente Alvarado, son hechos demostrados en el proceso que:

- 1) Que el señor Darwin Bajaña Rivas y Anabell Macías Orellana, contrajeron matrimonio en marzo del 2009;
- 2) Que el señor Darwin Bajaña Rivas, el 23 de julio del 2009, de estado civil casado con la actora Anabell Macías Orellana, adquirió al señor Humberto Bustamante Matamoro, el lote N° 16, de la Manzana N° 19, Parroquia Palenque, Provincia de Los Ríos, con una extensión de 349.77 m²;
- 3) Que el 23 de mayo del 2014, quedó legalmente disuelto el vínculo matrimonial mantenido entre Darwin Bajaña Rivas y Anabell Macías Orellana, quedando por liquidar la sociedad conyugal;
- 4) Que el demandado Darwin Ernesto Bajaña Rivas, por sí solo, ha comparecido el 9 de diciembre del 2014, a vender al señor Vicente Alvarado Cedeño, una porción de 117, 02 m² del lote de terreno descrito e individualizado, que pertenece a la sociedad conyugal insoluta.

16.1.- Los elementos descritos, configuran el presupuesto de nulidad relativa del artículo 1700 del Código Civil en concordancia con el artículo 181 *ibídem*, por faltar en la compraventa el expreso consentimiento de la señora Anabell Macías Orellana, conforme se ha analizado en el párrafo 14 y siguientes del presente fallo, debiendo dejarse sin efecto el contrato materia de la demanda, generador de desequilibrio económico entre los ex cónyuges con igualdad de derecho en la sociedad conyugal sin liquidar, por lo tanto el contrato debe de extinguirse.¹⁷

16.2.- En alusión a la pretensión de reivindicación del inmueble, es de tener presente que al tenor del artículo 933 del Código Civil, ^a *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; en el presente caso con vicio de nulidad relativa como ya se ha descrito, el bien objeto

¹⁷ Castellanos Mabel, Efectos de la Nulidad, rescisión y resolución del negocio fundamental en la cesión de derechos personales e créditos y en la cesión de contratos. 2003. Obtenido en: <file:///C:/Users/USER/Documents/u234474.pdf>

de la nulidad ha sido transmitido a otra persona, esto origina a la luz del artículo 184, en armonía con el artículo 1706 del Código Civil, esta constituye una acción independiente, que nace de la declaración de nulidad, debiendo perseguirse por cuerda separada, contra el tercero o quien funja de actual poseedor, a fin de que se restituya la sociedad insoluta.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

17.- Lo nulo es una cualidad de ausencia de valor, sin fuerza que obligue o cause efecto, es la antítesis de lo legal, carente de presupuestos sustanciales de forma o fondo. Hay varias clases de nulidades ya las constitucionales, ya las procesales, ya la de los contratos. Son de carácter absoluto y relativo. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, como aquella por omisión de algún requisito o formalidad predeterminada en la ley para su valía contractual, respecto a su naturaleza más que a la calidad o estado de los que ejecutan o acuerdan, como los contratos celebrados por los absolutamente incapaces, forman las nulidades absolutas radicales y de pleno derecho. La anulabilidad es para cualquiera otra especie de vicio relativo, dando derecho a rescindir el contrato, en función del interés particular de ciertas personas, que requieren protección dada su posición de desventaja, son causas de nulidad relativa: a) los casos en que la voluntad generadora del acto ha estado viciada; b) en los casos de lesión enorme; c) los casos en los que se omiten formalidades exigidas en consideración al estado o calidad de las personas que celebran el acto; y, d) los casos en los que el acto ha sido celebrado por incapaces relativos°. La inexistencia del consentimiento o la ausencia de autorización de uno de los cónyuges, para la venta, impide surtir efectos al contrato, determinando la nulidad relativa, que una vez declarable judicialmente, a petición de parte, da derecho a la acción de reivindicación. El contrato tachado de nulo no vale jurídicamente y no valdrá nunca, por ende mal produciría algún efecto atinente al tipo negocial, por lo que se reputa inexistente.

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.- Aceptar parcialmente el recurso de casación interpuesto y casar la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Multicompete de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos, de 27 de junio de 2019.

18.2.- Dictar sentencia de mérito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 273.3 del Código Orgánico General de Procesos, aceptando el recurso de apelación de la actora, revocar

por tanto la sentencia de primera instancia y dictar con lugar la demanda; declarar la nulidad relativa del contrato de compraventa celebrado entre Darwin Ernesto Bajaña Rivas y Vicente Alvarado Cedeño, el 9 de diciembre del 2014, contenido en la escritura pública celebrada ante el Notario Primero, encargado del Cantón Palenque, Mario Carriel Rivera; a través de la cual, se da en venta real y perpetua enajenación, el bien inmueble motivo del juicio de nulidad detallado en el literal 17 de la parte resolutive de este fallo. Escritura que se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Palenque el 17 de diciembre del 2014. Ordenar al Registrador de la Propiedad del Cantón Palenque, la cancelación de la inscripción de la referida escritura que contiene el contrato relativamente nulo.

18.3.- Dejar a salvo los derechos de los que se creyeren asistidas las partes procesales, en virtud de la presente declaración de nulidad relativa.

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

18.5.- 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. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

JUEZ NACIONAL

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C = EC
L = QUITO
CI
1708753890

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

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

Juicio No. 13337-2017-01340

JUEZ PONENTE: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA, JUEZ NACIONAL (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, jueves 7 de octubre del 2021, las 16h08. **VISTOS:** En virtud del recurso de casación planteado por Serela Narcisca Chavarria Torres, actora, en contra de la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2019, las 10h16, dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí, que resuelve negar el recurso de apelación interpuesto por la accionante, y confirmar la sentencia del Juez *a quo*¹, que declara sin lugar la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio deducida; 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 el medio de impugnación planteado, mediante auto de 25 de agosto del 2020, las 10h09; 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 conforme la Resolución No. 03-2021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la

¹ Abogado Holger Antonio Rodríguez Andrade, Juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Manta de la provincia de Manabí.

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

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

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

Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores David Isaías Jacho Chicaiza², Wilman Gabriel Terán Carrillo³ y Himmler Roberto Guzmán Castañeda⁴, 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 17 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 numeral 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*.

2.1) Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3⁵ de la

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.

5 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 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.*

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 referido 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 Serela Narcisa Chavarria Torres, mediante juicio ordinario, demanda a Jeannette Floribella Celi Montalvo y Luis Eduardo Yazbek Apolo, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en el siguiente contexto:

“LA NARRACIÓN DE LOS HECHOS DETELLADOS Y PORMENORIZADOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES, DEBIDAMENTE CLASIFICADOS Y NUMERADOS

Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (1/4)°.

1.- Es del caso señor Juez, que desde hace más de 15 años a la fecha de presentación de esta demanda, es decir, desde el día Miércoles 6 de Febrero de 2002, he venido manteniendo la posesión tranquila, pacífica e ininterrumpida con ánimo de señora y dueñas de un bien inmueble consistente en un lote de terreno y casa ubicado en el sector denominado "EL POVENIR" de la Parroquia Urbana Tarqui de esta Ciudad y Cantón Manta. El Lote de Terreno y casa que se encuentra signado con el número NUEVE, de la Manzana B-UNO, objeto de la presente acción de Prescripción Adquisitiva y sobre el cual estoy posesionada tiene las siguientes medidas y linderos: POR EL NORTE, lindera con parte del lote catorce y lote diecisiete con una extensión de 10.00 metros, POR EL SUR lindera con avenida Doscientos Quince, con extensión de 10.00 metros, por el ESTE, lindera con pase tres con una extensión de 20.00; y, por el OESTE, lindera con lote diez, con una extensión 20.00 metros, teniendo una superficie total del predio de Doscientos Metros Cuadrados (200 m²)

2.- Desde la fecha en mención hasta la actualidad soy poseedora real del referido bien inmueble antes descrito, del cual he venido manteniendo la posesión tranquila, pacífica, continua e ininterrumpida, con ánimo de señora y dueña a vista y paciencia de nuestros vecinos y colindantes, el inmueble se encuentra con su debido cerramiento, en el lote de terreno que estoy posesionada está construida mi vivienda de construcción de hormigón armado, con techo de loza de hormigón, en la que habito con mi familia y cuenta con todos los servicios básicos.

3.- Que este bien inmueble del que estoy en posesión desde el 6 de febrero del año 2002, lo adquirimos junto a mi pareja (conviviente) el señor Wolfgang Klapperich, para lo cual mi conviviente entregó a los señores JEANNETTE FLORIBELLA CELI MONTALVO y LUIS EDUARDO YAZBEK APOLO, la suma de \$60.000.00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, como el precio pactado por la compraventa del inmueble, en ese momento no se pudo efectuar la transferencia de dominio en la notaría por cuanto el inmueble tenía hipoteca a favor del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, con este valor entregado por mi conviviente, se debía cancelar la hipoteca y transferirnos la titularidad del inmueble e incluso se pagó el trámite para el levantamiento del Patrimonio Familiar en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, tal como lo justifico con los documentos que en original uno y otros en copia Notariada acompaño. Es más mi

conviviente de nacionalidad alemana (ahora fallecido con fecha 25 de Mayo de 2017 inclusive acude a la EAPAM, a realizar trámites de rebaja por pago de agua potable y alcantarillado por ser ya una persona de la tercera edad respecto al inmueble del que estoy en posesión (...)^o (Sic)

Estableciendo como petición lo siguiente:

^a PETICIÓN.- En vista de los argumentos esgrimidos en los fundamentos De hecho y de derecho en las líneas anteriores, solicitó usted señor (a) Juez de la Unidad Judicial civil de esta ciudad de Manta que una vez calificada y admitida a trámite esta demanda y amparada en lo estipulado en los Arts. 603, 715, 2393, 2393, 2398, 2410, 2411, 2413 y siguientes el Código Civil, en concordancia con el Art. 289 del Código Orgánico General de Procesos, concurre ante su autoridad para demandar como en efecto demando en PROCEDIMIENTO ORDINARIO, acción de PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO, del bien inmueble que me encuentra en posesión, compuesto de un terreno y casa, para que luego del trámite legal correspondiente en sentencia se me declare Dueña Absoluta y Titular del Dominio, ordenando que la misma se protocolice en unas de las Notarías y se la inscriba en el Registro de la Propiedad de esta Ciudad de Manta a fin de que me sirva de Justo Título.^o. (Sic).

4.2) De autos se verifican las excepciones planteadas a la demanda y la contestación a la misma, por parte del GAD accionado, en el siguiente sentido:

^a En virtud de lo expuesto, y al tratarse de un proceso de interés privado -entre las partes-, el GAD de Manta comparece en la presente causa para observar, velar proteger los intereses de esta entidad, que pudieren verse afectados durante la tramitación de esta causa por las partes interesadas^o

Por su parte, los demandados Jeannette Floribella Celi Montalvo y Luis Eduardo Yazbek Apolo, por

medio de su procuradora judicial abogada Maritza Graciela López Calderón, contestan la demanda y deducen excepciones al siguiente tenor:

^a (1/4) DECIMO.-

INDICACIÓN CATEGORICA DE LO QUE SE ADMITE Y LO QUE SE NIEGA.

Esclarecidos todos y cada uno de los puntos de la improcedente e ilegal demanda, le indico lo que sigue:

10.1.- No Admito la demanda de Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio Propuesta en contra de mis Mandantes, por parte de La Accionante por encontrarse alejada de la realidad de los hechos;

10.2.- No Admito la demanda de Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio Propuesta en contra de Mis Mandantes, sobre su casa, por cuanto tiene constituido Patrimonio Familiar, para proteger a sus hijos, y la misma no puede ser objeto de perturbación ni de invasión;

10.3.- No Admito la demanda de Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio propuesta en contra de mis Mandantes, por cuanto su construcción la realizaron mis mandantes con su propio esfuerzo y peculio, colocaron cada ladrillo, diseñaron cada parte se su hogar y ahora de la noche a la mañana, se pretende invadir su casa, que tiene Patrimonio Familiar;

10.4.- Niego que tenga derecho a habitar la casa de mis mandantes, por cuanto la actora es una mujer casada con el señor JULIO RIGAIL HERNANDEZ, por lo tanto, no tuvo ni tiene relación con el Alemán el señor Wolfgang Klapperick,

DECIMO PRIMERO

EXCEPCIONES PREVIAS

10.1.1.-) Tal como aparece del Testimonio de la Escritura Pública de Compraventa-

Mutuo Hipotecario- Patrimonio Familiar- que acompaño a favor de mis Mandantes y del Banco Ecuatoriano de la VIVIENDA, demuestro señor Juez que los señores LUIS EDUARDO YAZBEK APOLO y JEANNETTE FLORIBELLA CELI MONTALVO, en la Notaria Primera del Cantón Manta, autorizada el 08 de Diciembre de 1998, e inscrita en el Registro de la Propiedad de Manta, el 29 de Enero de 1999, adquirieron un bien inmueble Signado con el Numero 9, de la Manzana B-UNO, del Programa de Viviendas denominado el Porvenir, ubicado en la Parroquia Tarqui, del cantón Manta.

Por los antecedentes expuestos, fundamento mi Demanda en lo que señala el numeral 18 del Art. 66 de la Constitución de la República que garantiza el derecho al honor y el buen nombre que tenemos todos los ciudadanos ecuatorianos y en armonía con lo dispuesto en los Artículos 2231; 2232; 2233; 2234 del Código Civil. Es decir, que lo dicho guarda relación con las siguientes excepciones previas de acuerdo a lo que señala el Artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos.

Artículo 153 numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos.- Incapacidad de la Parte Actora o de su Representante. (¼)

Artículo 153 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos.- Litispendencia. (¼)

10.1.4.-) Se tenga como excepción previa, la improcedencia de la demanda, por cuanto no sabe que es lo que pide, si la Prescripción o la acción Reivindicatoria de dominio. (¼)

10.1.5.-) Se tenga como excepción previa, la improcedencia de la demanda, por cuanto existe error en la forma de proponer la demanda, por la inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones, lo que guarda relación con el Artículo 153 numeral 4 de Código Orgánico General de Procesos (¼)

El Juicio o acción Reivindicatoria de dominio de dominio, se plantea cuando usted no

tiene la posesión y ha sido despojado del mismo o no se encuentre en posesión, por lo tanto, la doble demanda planteada por la actora, carece de verdad procesal por lo que se solicita rechazar la demanda por estar inmersa en lo que señalan las normas legales del Artículo 153 numerales 3 y 4 del Código Orgánico General de Procesos. (¼)° (Sic)

4.3) Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, el abogado Holger Antonio Rodríguez Andrade, Juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Manta, de la provincia de Manabí, emite su sentencia rechazando la demanda, la misma que es reducida a escrito el 7 de junio de 2019, en el siguiente contexto:

ª (¼)ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA°, NIEGA la demanda propuesta por la ciudadana SERELA NARCISA CHAVARRIA TORRES, con cédula de ciudadanía No. 130369311-1 en contra de los cónyuges Jeannette Floribella Celi Montalvo y Luis Eduardo Yazbek Apolo, por no cumplir con el tiempo requerido, esto es, más de quince años, conforme lo señala el Art. 2411 del Código Civil, ni con la posesión a que se refiere el artículo 715 ibídem, puesto que de acuerdo a la indicado en la presente sentencia, ésta dejó de ser ininterrumpida con la demanda e inicio del juicio No. 13325-2014-0082 que obra de fojas 250 a 410 de los autos. 9. LA PROCEDENCIA O NO DEL PAGO DE INDEMNIZACIONES, INTERESES Y COSTAS.- No ha lugar al pago de costas, dado que no se cumple con lo establecido en el artículo 284 y 286 del Código Orgánico General de Procesos. Ejecutoriada que sea esta sentencia, se ordena la cancelación de la inscripción de la demanda, para lo cual se notificará al Señor Registrador de la Propiedad del cantón Manta. 10. SOBRE RECURSOS INTERPUESTOS EN AUDIENCIA.- Habiendo la parte actora interpuesto Recurso de Apelación de la Sentencia dictada en esta causa, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 257 del COGEP, se dispone que la parte accionante fundamente el Recurso interpuesto en el término de 10 días, contados a partir de la notificación de este fallo. Téngase en consideración que la parte demandada se adhirió al recurso de apelación interpuesto por la parte actora. Téngase también en cuenta que la parte demandada interpuso recurso de apelación de los autos interlocutorios que resolvieron las excepciones previas contempladas en los numerales 4 y 5 del artículo 153 del COGEP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-(Sic)

4.4) Frente al recurso de apelación interpuesto por la actora Serela Narcisa Chavarría Torres, y la adhesión al mismo, el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí, en sentencia de miércoles 06 de noviembre de 2019, las 10h16, resuelve el medio de impugnación en el siguiente sentido:

“(1/4)De conformidad con todo lo expuesto en este fallo, el único objeto del juicio de prescripción extraordinaria de dominio es dejar obtener el dominio del bien inmueble, lo sustanciado por la parte accionante no ha sido suficiente, para que la Sala llegue a la convicción requerida por la constitución y la ley, de que su posesión haya sido durante quince años, en tal razón, la prueba aportada por la actora es insuficiente para justificar los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda, por lo que corresponde desestimar la acción por falta de pruebas al no existir otros elementos sobre la probanza de la prescripción ordinaria alegada que permitan a esta Sala hacer una valoración en conjunto; resaltando una vez más, que por imperio de la Ley, es obligación de las partes litigantes, probar los hechos que se alegan, excepto los que se presumen conforme a la ley, y siendo obligación de todo juzgador, aplicando el tenor expreso de la ley. No existen otras pruebas practicadas por el actor que permitan tener el suficiente convencimiento a este Tribunal que la se hayan cumplido los elementos necesarios como son que la posesión tenga el tiempo para la prescripción extraordinaria de dominio. Con las amplias consideraciones y motivación expuesta a lo largo de este fallo, este Tribunal de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA” NIEGA el recurso de Apelación interpuesto por la parte actora Serela Narcisa Chavarría Torres confirma la sentencia venida en grado que declara sin lugar la demanda de prescripción extraordinaria de dominio por falta de requisitos. Sin costas que regular en esta instancia. Notifíquese° (Sic)

4.5) Inconforme con la resolución dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, la actora, Serela Narcisa Chavarria Torres, interpone 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 martes 25 de agosto del 2020, las 10h09, admitió a trámite el recurso de casación por el caso 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, bajo los siguientes parámetros:

*ª (1/4) En conclusión de lo analizado en los numerales precedentes es necesario transcribir el siguiente criterio jurisprudencial: ª La Casación es un recurso eminentemente técnico, cuya procedencia exige el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en la Ley que lo regula, de manera que el control de legalidad de los fallos impugnados por parte del Tribunal de Casación está supeditado a que el recurrente al formular su ataque contra la sentencia recurrida, satisfaga dichos requisitos y las condiciones legalmente establecidas, ya que, por la naturaleza excepcional de este recurso carece de la facultad de suplir las omisiones en las que ha incurrido el o la casacionista, estándole vedado interpretar sus aspiraciones...º (Expediente de casación 149-2012, Juicio No. 62-2012PVM, publicada en el suplemento al Registro Oficial 8, de 20 de Abril del 2016).
SEXTO: RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto, el suscrito Conjuez Temporal de la Corte Nacional de Justicia, por las consideraciones que quedaron señaladas **INADMITE** la censura por los casos cuatro y cinco del Art. 268 del COGEP; y, **ADMITE** a trámite el recurso por el caso tres del Art. 268 *ibídem* disponiendo se remita el expediente a la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo dispone el inciso final del Art. 270 del COGEP. Notifíquese y cúmplase.-ª (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:

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.

“...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...”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:

“...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...”⁹
(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...”⁹.

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*

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

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^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...°.*

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 ^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...°¹¹.

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

¹¹ Ibídem, Pág. 28

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...”.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:

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

***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 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: ^a 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, ^a *...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.

13 Orlando Rodríguez Ch., *Casacion y Revision*, Temis, Bogota, 2008, p. 67

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 sentencia impugnada...”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.

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

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°.*

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...”*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...”*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:

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

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

**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 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 descrito en el numeral 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; ergo, inexorablemente el recurrente debía referirse en su fundamentación exclusivamente a esta causal, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

6.2) Estudio de la causal prevista en el numeral 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en relación con el argumento planteado por la casacionista.

La causal elegida, por la recurrente, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es la establecida en el numeral 3 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)*

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^o.

El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste en:^{a 1/4} *la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante,*^{o 17}, en este sentido, *a la incongruencia del fallo puede revestir tres formas: a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra petita)*^o,¹⁸ en consonancia, el Tratadista Guillermo Enderle señala al respecto:

a El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones ajenas o distintas de las peticionadas temporalmente por las partes (extra petita); omitir decisión respecto a cuestiones planteadas en tiempo y modo oportuno (citra petita) o rebasar o exceder el contenido de la pretensión u oposición añadiendo algo no solicitado, no obstante haber sido cumplidos los requisitos de actividad requeridos para estos casos (ultra o petita)^{o 19}

Esta Alta Corte, respecto al tema analizado, ha indicado lo siguiente:

^{a (1/4)} El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *sententia debet esse confirmis libelo, ne eat judex, ultra, extra, o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata et probata*, delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o

17 Humberto Murcia Ballén, *a Recurso de Casación Civil*^o, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, Pag. 506.

18 Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).

19 Enderle Guillermo Jorge, *a La Congruencia Procesal*^o, Rubinzal ± Culzon Editores, Buenos Aires ± Argentina, Pag. 103.

defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso²⁰.

En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 92 del Código Orgánico General de procesos: *“Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.”*, en relación con lo que dispone el artículo 91 *ibídem*: *“La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes”*; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es sino la que es materia del litigio²¹.

En tal virtud, la congruencia exige ^a *al juez que su pronunciamiento en sentencia se corresponda con el objeto del proceso, resuelva sobre las peticiones realizadas por las partes y decida los puntos litigiosos del proceso*²².

^a *¼ Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa parte favorecida por la ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia*

20 G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador)

21 Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 323.

22 Oswaldo Navas, Teoría General del Proceso, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2019, p 101

*y de equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada*²³.

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, corresponde:

- Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.
- Asemejar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.
- Identificar, de ser el caso, la reconvención esbozada por el demandado, así como las excepciones planteadas a la misma.
- Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.
- Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvención u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.
- Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito *ut supra*, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido (*plus o ultra petita*), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (*extra petita*), o se ha dejado de

²³ Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 321.

resolver sobre algo pedido (*citra petita*) (*debida fundamentación y demostración*).

- El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

6.2.1) La recurrente, al plantear su propuesta casacional, en esencia señala que en la sentencia impugnada, ^a emitida el 6 de noviembre del 2019, a las 10h16, se describe que la demandada únicamente alega la existencia de Patrimonio familiar sobre el inmueble, y acepta que la posesión del inmueble es desde febrero del 2002, sin embargo la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, concede en su sentencia , como alegación de la DEMANDADA el que la actora no cumple con la posesión de quince años, por lo que se sobre entiende que se ha concedido más de lo que se ha alegado como excepción, sin tomar en cuenta lo determinado por el art. 164 del COGEP° (*sic*), en ese sentido señala que en el juicio se acotó prueba testimonial (cinco testigos), quienes son vecinos del lugar en donde se halla el inmueble que se pretende prescribir, quienes fueron claros y precisos al asegurar que la actora ha residido en forma continua como dueña y señora por más de 15 años; en ese contexto, señala la recurrente, que los jueces no valoraron esta prueba fundamental.

Se afirma por parte de la casacionista que se han cumplido con los requisitos de la posesión del artículo 715 del Código Civil, para la procedencia de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; que esta posesión fue ininterrumpida; cuestiona que el *ad quem*, habla que se ha interrumpido la prescripción por una hipoteca; hace relación al artículo 2411 del Código Civil, en relación a los requisitos que contiene esta norma y refiere que como accionante hizo actos de señora y dueña en el bien inmueble que se pretende prescribir y que dicha cuestión se probó con testimonios de vecinos que conocen de los hechos, afirmando que la prueba testimonial fue suficiente para justificar la posesión y que no fue valorada pese a que fue solicitada y actuada en legal y debida forma; arguye que el *ad quem*, se excedió al manifestar que no existe la posesión por más de 15 años, cuando la única alegación de la demandada era que existía un patrimonio familiar; *per se*, refiere que al haberse probado tanto en primera y segunda instancia la posesión por más de quince años, procede su petición; en este sentido, pide que se revisen las sentencias de primer y segundo nivel; infiere que el Juez *a quo* manifestó una situación diferente a lo que refiere la sentencia del *ad quem*; ergo, solicita que se acepte el cargo casacional y se acepte la demanda.

Los demandados indican que la argumentación realizada por la recurrente es impertinente, pues procura la propiedad de un bien inmueble que tiene dueño y respecto del cual no se han cumplido los requisitos de ley para que opere la institución jurídica de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; sostienen que con la documentación que consta en la prueba actuada se demuestra que la actora jamás estuvo dentro del bien inmueble, que no fundamenta el cargo casacional, ergo, solicitan que se declare improcedente el medio de impugnación.

6.2.2) De la revisión del planteamiento realizado por la recurrente, no se evidencia argumento adecuado alguno tendiente a realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones o peticiones, y lo resuelto en la sentencia; *a contrario sensu*, los enunciados planteados en torno a la prueba testimonial (cinco testigos) ^a *quienes son vecinos del lugar donde se halla el inmueble que se pretende prescribir, quienes fueron claros y precisos al asegurar que la actora ha residido en forma continua como dueña y señora por más de 15 años*^o, desde un singular punto de vista, están directamente relacionados con la prueba actuada en el proceso, en la primera y segunda instancia, ergo, de las afirmaciones planteadas, se deriva la transgresión del principio de *no debate de instancia*, ya que la recurrente procura una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

^a (1/4) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (1/4) la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de

derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (1/4)^o 24

Es preciso reiterar que la valoración de la prueba, está vedada en sede casacional²⁵, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación casacional desplegada, que existe una evidente intención de abrir la discusión del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de "*no debate de instancia*", por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén "*se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia*"²⁶.

6.2.3) Por otra parte, en el *in examine*, se precisa una revisión del fondo del caso a fin de evidenciar si existió o no un vicio de incongruencia, para ello se requiere determinar si se ha otorgado más de lo pedido (*plus o ultra petita*), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (*extra petita*), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (*citra petita*). Las garantías normativas que regulan la emisión de la resolución judicial, determinan que esta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes originados durante el juicio, fundándose en la Constitución, la ley y los méritos del proceso; la omisión de resolución de las pretensiones o el otorgamiento más allá de aquellas, o algo distinto a las mismas, constituyen errores *in iure*, que dan lugar a la casación.

Lo que jurídicamente calificado como "*traba de la litis*", se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, (exigencia fundada o no) y de la resistencia esgrimida en contra (excepciones). Fijados los puntos del litigio y desarrollada su discusión más allá de la negación pura, corresponde al órgano jurisdiccional, pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones o razones que fundamentan la pretensión y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas. El tratadista Humberto Murcia Ballén señala al respecto "*1/4 la actividad del juez, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada; que solo puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes, o, en otros términos, que solamente debe moverse dentro del espacio que le determina el demandante en su demanda o el*

24 Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

25 **Código Orgánico de la Función Judicial:** ^a Art. 270.- ^a (1/4) *No procede el recurso de casación, cuando de manera evidente, lo que se pretende es la revisión de la prueba (1/4)^o.*

26 Murcia Ballén, Humberto, "*Recurso de Casación Civil*", 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

*demandado en la contestación*²⁷.

Ahora bien, la casacionista acusa que en la sentencia del *ad quem*, se ha resuelto y otorgado algo más de lo pedido, que no era materia del litigio, afirmando que en la sentencia impugnada, ^a *emitida el 6 de noviembre del 2019, a las 10h16, se describe que la demandada únicamente alega la existencia de Patrimonio familiar sobre el inmueble, y acepta que la posesión del inmueble es desde febrero del 2002, sin embargo la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, concede en su sentencia, como alegación de la DEMANDADA el que la actora no cumple con la posesión de quince años, **por lo que se sobre entiende que se ha concedido más de lo que se ha alegado como excepción***^o (Sic), por lo que, es oportuno examinar si se resolvió *plus o ultra petita*.

Delimitando el cargo acusado, la recurrente sostiene que en la sentencia del *ad quem*, se ha resuelto u otorgado más de lo pedido en las excepciones planteadas al contestar la demanda; para dilucidar aquello, en función del artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece el principio dispositivo, bajo el cual todo proceso se promueve por iniciativa de la parte legitimada, este Tribunal contrasta la pretensión de la demanda, las excepciones, y la resolución impugnada:

La ciudadana Serela Narcisca Chavarría Torres, concretamente en su súplica al órgano judicial señala:

^a ¼ concurro ante su autoridad para demandar como en efecto demando en PROCEDIMIENTO ORDINARIO, acción de PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO, del bien inmueble que me encuentra en posesión, compuesto de un terreno y casa, para que luego del trámite legal correspondiente en sentencia se me declare Dueña Absoluta y Titular del Dominio, ordenando que la misma se protocolice en unas de las Notarías y se la inscriba en el Registro de la Propiedad de esta Ciudad de Manta a fin de que me sirva de Justo Título^o

El bien inmueble objeto de la controversia es el ubicado en el sector denominado ^a El Porvenir^o, de la

²⁷ Humberto Murcia Ballén, ^a *La Casación Civil en Colombia^o*, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá, Pag. 480.

Parroquia Urbana Tarqui, del cantón Manta, signado con el número nueve, de la Manzana B-uno.

En función del contradictorio los demandados Jeannette Floribella Celi Montalvo y Luis Eduardo Yazbek Apolo, al contestar la demanda dedujeron, ente otras las siguientes excepciones:

^a (1/4) Artículo 153 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos.- Litispendencia.

(1/4)

*10.1.4.-) Se tenga como excepción previa, la **improcedencia de la demanda**, por cuanto no sabe que es lo que pide, si la Prescripción o la acción Reivindicatoria de dominio. (1/4)*

10.1.5.-) Se tenga como excepción previa, la improcedencia de la demanda, por cuanto existe error en la forma de proponer la demanda, por la inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones, lo que guarda relación con el Artículo 153 numeral 4 de Código Orgánico General de Procesos (1/4)° (Sic)

6.2.4) Descrito lo anterior, jurisdiccionalmente, sobre la base de la traba de la Litis, correspondía al *ad quem*, justipreciar los elementos probatorios aportados y fijar si se tenían como hechos ciertos aquellos necesarios para determinar su correspondencia o no con los requisitos que desde el ámbito de la doctrina, la jurisprudencia, y la ley, se establecen para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, a fin de dilucidar la procedencia o no de la demanda.

La prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, es un modo de adquirir el dominio de los bienes inmuebles que son susceptibles del comercio humano, con el tiempo necesario de quince años, contra toda persona.

La institución jurídica analizada pertenece a la órbita del derecho privado, consistente en un mecanismo o uno de los modos de adquirir el dominio o propiedad como lo ordena el artículo 603 del Código Civil; y, como lo dice el artículo 2398 *supra*, salvo las excepciones que establece la

Constitución, se gana por prescripción, el dominio de los bienes corporales raíces, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales.

Son presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio: a) Que la acción se dirija en contra de quien ostenta la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa; b) Que el demandante se encuentre en posesión del mismo, con ánimo de señor y dueño, de manera pública, pacífica e ininterrumpida por más de quince años, al tenor de los artículos 715 y 2411 del Código Civil; c) Que el inmueble que se pretende prescribir se encuentre dentro del comercio humano; y, d) Que el inmueble se encuentre debidamente singularizado.

A la luz del artículo 2410 del Código Civil, el dominio de las cosas comerciales puede ser adquirido por la prescripción extraordinaria, bajo las siguientes reglas: *“ 1. Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito; 2. Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 715; 3. Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; 4. Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1. Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; y, 2. Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo”*.

Esta Alta Corte, respecto de los requisitos para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, ha indicado lo siguiente:

“La acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de bienes raíces exige para su procedencia, según lo establecen la ley, la jurisprudencia y la doctrina los siguientes requisitos: 1o. La posesión material del actor por quince años del bien o derecho real que se pretende prescribir, en forma pública, pacífica e ininterrumpida;

2o. la correcta individualización del inmueble a prescribirse; 3o. que se haya dirigido la demanda a quien aparezca como titular del dominio del predio en el Registro de la Propiedad correspondiente; y 4o. que tal bien se halle en el comercio y sea susceptible de apropiación. El inciso primero del Art. 715 del Código Civil define a la posesión como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y 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". En la jurisprudencia se destaca que "La prescripción adquisitiva, institución relativa a los derechos reales, es título constitutivo y originario de dominio... La causa de su adquisición es la prescripción, y el fundamento de ésta, es la posesión tenida y ejercida con los requisitos o condiciones y durante el tiempo exigido por la ley".²⁸

Así mismo, ha señalado lo siguiente:

*"Tercera.- 3.2.-(1/4) 3.2.2.- Las disposiciones, legales relativas a la prescripción adquisitiva de dominio, establecen que la prescripción adquisitiva es un modo (originario) de adquirir el dominio, que se funda en la posesión, por un tiempo determinado de bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y por lo tanto son prescriptibles. De lo expuesto se deduce que para que se produzca la prescripción adquisitiva de dominio se requiere: **1er. Requisito:** Que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible; pues no todas las cosas son prescriptibles. Así, no: pueden ganarse por prescripción: las cosas propias, las cosas indeterminadas, los derechos personales o créditos, los derechos reales expresamente exceptuados, las cosas comunes a todos los hombres, las tierras comunitarias, las cosas que están fuera del comercio. **2do. Requisito:** La posesión de la cosa, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño*

28 Gaceta Judicial Año CVIII. Serie XVIII, No.5 Sentencia No. 09111-2004-0923

(Art. 715 Código Civil).- *La posesión es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de ley, el poseionario adquiera por prescripción el derecho de dominio del bien. La posesión requerida para que proceda legalmente la prescripción adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva. 3er. Requisito: Que la posesión haya durado el tiempo determinado por la ley. El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de 15 años, sin distinción de muebles e inmuebles, ya se trate de presentes o ausentes. 4to Requisito.- Que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado.- 5to Requisito.- Que la acción se dirija contra el actual titular del derecho de dominio, lo que se acredita con el correspondiente certificado del Registrador de la Propiedad.*²⁹
(Énfasis fuera del texto)

a) A la luz de lo enunciado en líneas precedentes, el **primer requisito** para que opere la institución jurídica en análisis, hace relación a que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible; aquello tomando como referente que no todas las cosas son prescriptibles, pues no pueden ganarse por prescripción: las cosas propias, las cosas indeterminadas, los derechos personales o créditos, los derechos reales expresamente exceptuados, las cosas comunes a todos los hombres, las tierras comunitarias, las cosas que están fuera del comercio.

Un tema de relevancia al analizar este requisito, es delimitar y discriminar si el bien inmueble objeto del proceso está o no fuera del comercio humano:

El Código Civil en su artículo 2398 establece: *a (1/4) Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales^o.*

No todos los bienes corporales, gozan del mismo tratamiento, pues hay que distinguir entre cosas comerciales reguladas por el derecho privado y cosas inkomerciales o fuera del comercio humano, en específico aquellas reguladas por el derecho público. Las cosas comerciales, son aquellas que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas, pudiendo así sobre ellas recaer un derecho real o

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil y Familia, Registro Oficial Suplemento N0. 170, 19 de julio del 2011.

constituirse un derecho personal, siendo susceptibles de incorporarse al patrimonio de una persona. Las cosas que están fuera del comercio humano, son aquellas que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas por parte de los particulares; sin poder ser susceptibles de un derecho real ni personal; por lo que, no pueden incorporarse a patrimonio alguno. En el derecho público, hay cosas que en razón de su naturaleza están fuera del comercio humano, siendo aquellas comunes a todas las personas y que de manera absoluta, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas en general y por ello, no las alcanza el comercio humano, de manera absoluta y definitiva como es el caso del alta mar, el espacio aéreo, etc.; también en el derecho público, hay otro conjunto de cosas que en razón de su destino, están fuera del comercio humano, que pese a ser susceptibles de comercialización por su naturaleza, han sido sustraídas del comercio jurídico, al haber sido destinadas a un fin público, como son calles, plazas, caminos, en fin bienes nacionales, estatales o fiscales, que pueden ser objeto de relaciones jurídicas de carácter público, como el caso de las concesiones, subastas, adjudicaciones, etc. regladas en la ley según la naturaleza o destino de la concesión, subasta, adjudicación, etc.; por ello, desde el punto de vista del derecho privado, se las considera fuera del comercio humano, aspecto que no es absoluto, por existir la posibilidad de ser desafectados, y convertirse en bienes comerciables.

En el presente caso, se tiene que la descripción dada en la sentencia objeto de estudio, sobre el inmueble pretendido, registra que tiene sus antecedentes translativos de dominio derivados de relaciones jurídicas entre particulares; ergo, se trata de un bien que está en el ámbito del derecho privado, en el comercio humano; *per se*, prescriptible, susceptible de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

b) El segundo requisito para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, tiene relación con la posesión, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).

Uno de los elementos necesarios para la prescripción extraordinaria es el ánimo de verdadero señor o dueño, es decir como si fuera de propiedad de uno, el poseedor debe comportarse como dueño absoluto y exclusivo del bien inmueble. Por ejemplo si existiese un contrato de arrendamiento con alguien que firma como propietario, se está reconociendo que no es de su propiedad, por lo tanto, no es poseedor sino solamente mero tenedor. Como el ánimo o voluntad esta intrínsecamente dentro de una persona, se necesita exteriorizar, exponerla al conocimiento de los demás, de no ser así el

poseedor se maneja en forma clandestina ocultando su propósito, es una posesión viciosa que no sirve para adquirir.

Esta exteriorización se efectúa mediante ^a hechos posesorios^o que demuestran el ánimo de dueño, como por ejemplo edificar, cercar, conectar servicios públicos (agua, luz, teléfono, etc.) o cualquier acto que un propietario acostumbra realizar.

Es decir, la posesión con ánimo de señor y dueño, implica que el poseedor no reconoce vínculo alguno con el titular, empero, posee sin admitir derecho mayor al suyo. En efecto, carecen de *animus domini* los poseedores cuya causa posesoria no sea en concepto de dueño, como es el caso de quienes poseen en calidad de arrendatarios, comodatarios, depositarios, etc.

La posesión es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de ley, el posesionario adquiera por prescripción el derecho de dominio del bien. La posesión requerida para que proceda legalmente la prescripción adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva.

La buena fe es uno de los elementos que determina la posesión pública, tranquila, no interrumpida del bien inmueble cuya prescripción se pretende; la buena fe se presume de derecho, por lo tanto no admite prueba en contrario, pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir la mala fe.

^a La excepción tiene una contra excepción se vuelve a la regla general de que no cabe prescripción contra título inscrito, si el poseedor ^a material^o de la finca, tiene un título de mera tenencia. En este caso se cambia la regla: se presume la mala fe. Esto es muy lógico, ya que quien entra en posesión por un título de mero poseedor, reconoce la posesión de otro: la mera tenencia supone la existencia de un poseedor distinto; por ejemplo, el arrendatario, es un mero tenedor, y al actuar como arrendatario está reconociendo la propiedad y la posesión del propietario que es otra persona distinta de él^o.³⁰

30 Larrea Holguín, Juan (2002). ^a *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador^o*, Corporación de Estudio y

De conformidad con el artículo 729 del Código Civil ^a *Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (1/4)°*.

Conforme lo indicado *ut supra*, la posesión analizada en este punto y requerida para que proceda legalmente la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva, dentro de los términos establecidos por la ley:

El artículo 728 del Código Civil, establece que *“posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella°”*; la **posesión pública** se opone a la clandestina, es decir que, se ejerce sin ocultarla a persona alguna. Para que la posesión no sea clandestina, los actos posesorios deben ser notorios de modo que puedan ser interpretados con el ánimo ^a de señor o dueño°.

En torno a la **posesión pacífica**, es decir no violenta, el poseedor pacífico debe recurrir a las acciones judiciales correspondientes para defender su posesión si es atacada, pero no puede rechazar por la fuerza a quien pretende apoderarse de la cosa que posee, de lo contrario puede incurrir en la posesión violenta establecida en el artículo 725 del Código Civil.

La posesión debe ser también exclusiva, si es compartida por varios poseedores, esas personas forman un solo sujeto, es un ejemplo claro el de los condóminos, la exclusividad de la posesión se refiere a una cosa determinada, no posee todo el predio, quien solamente hace actos posesorios en una parte.

Finalmente la posesión debe ser no interrumpida. La interrupción sea natural o civil hace referencia a un acto del titular del derecho, que produce la privación de la posesión a otra, o también en el ejercicio de un recurso judicial por parte del mismo titular contra el poseedor, es decir el dueño del bien inmueble ejerce el derecho de interrumpir natural o civilmente la prescripción.

Publicaciones. Quito-Ecuador, 2005, p. 462.

c) El **tercer requisito**, hace relación a que la posesión analizada *ut supra*, haya durado el tiempo determinado por la ley. El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de quince años, conforme la garantía normativa descrita en el artículo 2411 del Código Civil; en la especie, Serela Narcisa Chavarria Torres, conforme lo fijado como cierto por el *ad quem*, si bien *prima facie* está en posesión del bien inmueble cuya prescripción persigue, la misma no ha cumplido con el requisito temporal, es decir una posesión de quince años.

d) El **cuarto requisito**, tiene relación con que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado, de lo que se deduce que debe existir una correcta individualización del inmueble a p r e s c r i b i r s e .

Son imprescriptibles, entre otras, **las cosas indeterminadas**; ergo, pretender prescribir de manera general una cosa que no se la individualiza expresamente (por ejemplo un lote de terreno, una casa), es contrario al ordenamiento jurídico, en vista de que, el dominio y los derechos reales que se pueden adquirir por la prescripción, sólo existen respecto de cosas individualmente determinadas, por cuanto la posesión, es la tenencia, con ánimo de dueño, de una cosa determinada, según el artículo 715 del Código Civil.

En la casuística nacional, en torno a este elemento y su configuración, se ha extrapolado la posición jurídica, en cuanto a la exactitud en la individualización del bien; sobre el tema, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

^a (1/4) En definitiva, desde la época en que se celebró esa escritura hasta el momento de presentación de la demanda, bien pudo suceder que varíen los linderos, por el nombre de los vecinos colindantes, y que las medidas utilizadas son antiguas, habiéndose actualizado; pero lo que importa a fines de esta acción, como se ha señalado, es que no quepa duda alguna respecto a que se trata en realidad del mismo inmueble, coincidiendo los linderos establecidos en la inspección judicial -diligencia probatoria de singular importancia porque permite al Juez conocer con exactitud la verdad de las cosas y los hechos invocados por las partes- y el peritaje con los que se han señalado en la demanda; que las medidas varíen en centímetros reitera que los miembros del

Tribunal de última instancia han fallado con evidente legalismo e interpretación servil de la ley. Por último, hay que añadir que la parte demandada en ningún momento objetó que se trate de un inmueble distinto, menos aún que esté indebidamente singularizado (1/4)^{o 31}.

El análisis que hace el máximo órgano jurisdiccional, tiene su fundamento en los principios que rigen la administración de justicia, en el Estado constitucional de derecho y justicia, cuyo fin último es la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas), a través de un ejercicio argumentativo que logre la tutela judicial efectiva, en correlación con los principios de legalidad y seguridad jurídica, en donde la formalidad no debe rebasar lo sustancial, al momento de resolver un conflicto.

En la especie, se tiene que el inmueble cuya prescripción se demanda, se halla comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones actuales: Lote de terreno y casa ubicado en el sector denominado "El Porvenir", de la Parroquia Urbana Tarqui, del cantón Manta, signado con el número nueve, de la Manzana B-uno, con las siguientes medidas y linderos: Por el NORTE, con parte del lote catorce y lote diecisiete con una extensión de 10.00 metros; por el SUR con avenida Doscientos Quince, en 10.00 metros; por el ESTE, con pase (Sic) tres con una extensión de 20.00; y, por el OESTE, con lote diez, con una extensión 20.00 metros, teniendo una superficie total de doscientos metros cuadrados, configurándose el requisito de la prescripción, relacionado con que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado.

e) El quinto y último requisito, para la procedencia del instituto en análisis, tiene relación con que la acción se dirija contra el actual titular del derecho de dominio, lo que se acredita con el correspondiente certificado del Registrador de la Propiedad.

En cuanto a la **legitimación pasiva**, la acción debe dirigirse contra quién conste en el Registro de la propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende prescribir.

³¹ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 416-06 dictada en el proceso de casación. No. 124-2005, publicada en el Registro Oficial No. 499, 5 de Enero 2009

Además de conformidad con lo previsto en la Disposición General Decima del Código Orgánico de Organización Territorial. Autonomía y descentralización, se debe obligatoriamente contar con el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón donde se encuentra el bien, bajo pena de nulidad.

“En todo juicio en que se demanda la adquisición por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un inmueble situado en el área urbana o rural se citará al respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano. El incumplimiento de esta disposición será causal de nulidad del juicio.”.

La Corte Nacional en sentencia No. 0198-2013 dentro del juicio ordinario No. 613-2012, al respecto señala:

“Finalmente, y respecto del cuarto, que constituye requisito sine qua non, conforme los fallos obligatorios de la anterior Corte Suprema de Justicia y que este Tribunal los renueva y acoge, “...La demanda deberá dirigirse contra quién conste en el Registro de la propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende ha prescrito; ya que la acción va dirigida tanto para alcanzar la declaratoria de que ha operado este modo de adquirir la propiedad a favor del actor, cuanto a dejar sin efecto la inscripción que aparece reconociendo el derecho de propiedad a favor de los demandados porque ha operado la prescripción que ha producido la extinción correlativa y simultánea del derecho del anterior dueño...”. “...En los juicios de declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio se ha de dirigir la demanda contra la persona que, a la época en que al proponerla, aparece como titular del dominio en el registro de la propiedad, ya que se va a contradecir su relación jurídica sustancial...”.

La Corte Constitucional, en Sentencia No. 837-15-EP/20, establece:

“En acciones de prescripción extraordinaria de dominio, la autoridad judicial deberá verificar los certificados de propiedad y gravámenes emitidos por el

Registro de la Propiedad del lugar donde se encuentre el bien, con el fin de identificar a las personas naturales o jurídicas que puedan tener un legítimo interés sobre el bien en cuestión, y deban comparecer al proceso como legitimados en la causa. Si de la lectura de los certificados se determina que existen personas naturales o jurídicas adicionales a las señaladas por el actor como demandadas y que puedan tener un legítimo interés, la autoridad judicial deberá requerir a la parte actora que aclare y complete la demanda y proporcione los datos para las citaciones o que agote los mecanismos establecidos en la ley para solventar esa actividad procesal. El proceso deberá desarrollarse con apego a las normas procesales vigentes, garantizando los derechos a la tutela judicial efectiva y defensa de todas las personas naturales o jurídicas que deban comparecer al proceso°.

Sobre la base de los hechos fijados como ciertos, en la especie, se establece categóricamente que la acción claramente está dirigida en contra de los actuales titulares del derecho de dominio que constan en el certificado conferido por el Registro de la Propiedad, y del Gobierno Autónomo Descentralizado correspondiente.

6.2.5) Se insiste, correspondía al *ad quem*, sobre la base de la súplica y el contradictorio, en relación con la justipreciación de los medios de prueba aportados, verificar el cumplimiento de los requisitos descritos *ut supra*, para determinar la procedencia o no de la impugnación, y, *per se*, la aceptación o no de la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

El análisis que hace el Tribunal *ad quem*, parte de un argumento que todo pronunciamiento debe contener respecto de la institución jurídica objeto de análisis, en torno a los requisitos para que opere la misma; en la especie, dicha cuestión se verifica en el siguiente fragmento de la sentencia impugnada:

° (1/4) se reitera que los accionantes no han demostrado los quince años de posesión en el bien inmueble base de esta acción. Al respecto existen abundantes fallos sobre el tiempo exigible para prescribir como el publicado en la Gaceta Judicial Suplemento

XII, No. 11, de fecha 28-I-76 p. 2387, que resolvió: " Si no se ha justificado la posesión de la actora por el lapso de quince años no cabe en su favor la prescripción adquisitiva de dominio sobre el bien determinado en la demanda, prescripción extraordinaria, en conformidad con los preceptos legales de los Arts. 2434 (2410) Y 2435 (2411) del Código Civil". Es decir que de conformidad con el Art. 161 y 162 del Código Orgánico de Procesos, la parte actora estaba obligada a probar su posesión en el bien durante quince años, sin interrupciones ni clandestinidad. Así inclusive lo ha resuelto la ex Corte Suprema fallo publicado en obra del Dr. Galo Espinoza titulada Compendio de setenta años de Jurisprudencia de la Corte Suprema en la pág. 714 de la obra. Por lo que para este Tribunal no existe duda que el accionante si bien es cierto se encuentra en posesión no cumple con tiempo requerido para prescribir dicho bien esto es los QUINCE AÑOS (1/4)".

En ese escenario, el Tribunal de apelación, ha estudiado los requisitos establecidos en la ley, la doctrina y la jurisprudencia para que prospere la acción extraordinaria adquisitiva de dominio, en base al planteamiento que han realizado las partes, y al observarse el no cumplimiento de los elementos necesarios (posesión por el tiempo mínimo de 15 años) para validar la institución objeto de discusión, ha negado el recurso de apelación interpuesto por la actora; *per se*, no se avizora de forma alguna que se haya resuelto u otorgado más de lo pedido en las excepciones planteadas, tanto más que los demandados plantearon como excepción la improcedencia de la demanda; ergo, no se resolvió *plus o ultra petita*, pues el objeto del proceso siempre fue el análisis de la procedencia o no de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del inmueble tantas veces referido.

Por todo lo indicado, se avizora en la propuesta casacional, la vulneración de los principios de no debate de instancia, debida fundamentación y demostración, y trascendencia; ergo, la propuesta casacional 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 la ciudadana **Serela Narcisa Chavarria Torres**, actora, 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 los cargos acusados.

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 (PONENTE)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA

JUEZ NACIONAL (E)

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C = EC
L = QUITO
CI
1708753890

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

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

Juicio No. 17230-2015-08528

JUEZ PONENTE: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA, JUEZ NACIONAL (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 4 de octubre del 2021, las 15h31. **VISTOS:** En virtud del recurso de casación planteado por Raúl Murillo Mero, representante legal de la compañía MAINCOPETRO Cía. Ltda., en contra de la sentencia dictada el 18 de febrero del 2019, emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la misma que resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y confirma la sentencia dictada por la Jueza *a quo*¹, que acepta la demanda de cobro de facturas; la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; el doctor Yuri Palomeque Luna, Conjuez Nacional, admitió a trámite el medio de impugnación planteado, mediante auto de 10 de septiembre del 2020, las 08h48; agotado el trámite de ley, llevada a efecto la audiencia de estrados solicitada; escuchados los sujetos procesales, 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 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 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

1 Sentencia de 25 de septiembre de 2017, dictada por la doctora Estefanía Carla Enriquez Salto, Jueza de la Unidad Civil con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito.

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

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

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

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

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 24 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, 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 76.3⁵ de la Constitución de la

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.

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 (¼)º.*

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 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 referidos 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 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 Lenin Roberto Almachi Barros, demanda a Raúl Murillo Mera representante legal de la compañía MAINCOPETRO Cía. Ltda., en juicio verbal sumario, el cobro de facturas; en el siguiente contexto:

^a (1/4) 1. Vendrá a su conocimiento Señor Juez, que realice una obra consistente

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 presentación.^o

en una estructura metálica para instalaciones de la empresa Maincopetro Cía. Ltda., representada por su gerente general, el señor Raúl Murillo Mero, en la ciudad de El Coca, provincia de Orellana, conforme aparece de las fotografías que acompaño.

Por dicho trabajo emití a nombre de la empresa referida, la factura No. 0000167 de fecha 18 de octubre de 2012, por treinta y cinco mil ochocientos cuarenta dólares, misma que fue recibida a satisfacción, valor del cual no se me ha cancelado un solo centavo hasta la presente fecha, a pesar de haber requerido el cumplimiento de dicha obligación por varias ocasiones.

2. En virtud de lo expuesto y con fundamento en el Art. 201 y Art. 202 del Código de Comercio, demando a Raúl Murillo Mero, en su calidad de gerente general y representante legal de Maincopetro Cía. Ltda., el pago del valor constante en la factura que acompaño a este escrito, esto es la cantidad de treinta y cinco mil ochocientos cuarenta dólares americanos, más los intereses legales y las costas judiciales en las que se incluirán los honorarios de mi abogado patrocinador.

4. El trámite a seguirse es el verbal sumario de acuerdo al Art. 828 del Código de Procedimiento Civil.

5. La cuantía de esta acción la fijo en 40.000 dólares.

6. En su oportunidad me reservo el derecho de solicitar el embargo de los bienes de la compañía demandada. Acompaño a esta demanda la factura No. 0000167 de fecha 18 de octubre de 2012, comprobante de retención 000006720 emitida por Maincopetro Cía. Ltda., y fotografías de la obra construida. °.

(Sic).

4.2) De autos se verifican las excepciones planteadas a la demanda, por parte de Raúl Murillo Mera representante legal de la compañía MAINCOPETRO Cía. Ltda., en los siguientes términos:

^a (1/4) Impugno los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta por su falta de fundamentación real y legal. Niego la existencia pura y simple de la obligación alguna con el señor LENIN ROBERTO ALMACHI BARROS, puesto que conforme consta de la factura que adjunta en su demanda No. 0000167 de 18 de octubre del 2012 por USD. 35.000,00, siendo la única verdad que mi Representada construyó en un inmueble de su propiedad ubicado en el cantón y provincia de Orellana, un edificio en obra gris, pero mantuvo relación contractual directa con el Ingeniero GALO RODRIGO RAMÓN ALARCÓN, conforme consta del contrato original que se adjunta como prueba para la presente excepción. Tengo conocimiento que el señor LENIN ROBERTO ALMACHI BARROS, trabajaba directamente con el contratista con quien mi representada suscribió el contrato. Contrato que coincide en el año del supuesto trabajo realizado por el Actor, inclusive señora Jueza, con el contratante antes referido Ingeniero GALO RODRIGO RAMÓN ALARCÓN, existieron inconvenientes en la instalación del techo y su estructura puesto que fue mal colocado y produjo filtración de agua, acompañó fotografías de los daños causados, ocasionando pérdidas para mi Empresa. Finalmente ni el Ingeniero GALO RODRIGO RAMÓN ALARCÓN, ni su subcontratista, ocasionando retrasos y pérdidas pues el material que fue comprado con dinero de mi Empresa quedó a la intemperie, debiendo yo contratar directamente con la empresa DIPAC, para que determinen cual era el problema que existía en la instalación y posteriormente dicha empresa de solución al caso, conforme a las copias de las facturas que se adjuntan tanto por materiales como por instalación, acompañó correos electrónicos de la Jefe de Línea de techos de Dipac, quien en su momento emitió el informe sobre el problema de la causado en la obra por el contratista, subcontratista o subcontratistas, tal es así que contra la firma del contrato se cancelaron USD. 1000.000,00, así como bajo planillas de maestros en obra se pagaron a trabajadores del Ing. Ramón conforme a sus solicitudes correspondientes. Como era de vital importancia para mi representada concluir con las obras antes referidas y como consta de facturas adjuntas de Dipac se canceló dos veces materiales y mano de obra, caso contrario MAINCOPETRO CIA. LTDA., no podía

continuar con sus operaciones habituales. Como consecuencia de lo referido ALEGO además la falta de derecho del actor para presentar la demanda en contra de mi representada. Alego la prescripción de esta acción judicial puesto que conforme lo dispone el Art. 2422 del Código Civil, que dispone " Art. 2422.- Prescriben en dos años: la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo. La de toda clase de personas, por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente a excepción de los que se hallan regulados en el Código del Trabajo". Para inclusive probar todas mis excepciones expuestas, solicitamos a usted señora Jueza se sirva abrir a causa a prueba por el tiempo pertinente conforme o dispone el Art. 836 del Código de Procedimiento Civil.º (¼)º (Sic).

4.3) Desarrollado el proceso, encontrándose la causa para resolver, la doctora Estefanía Carla Enriquez Saltos, Jueza de la Unidad Civil con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 25 de septiembre del 2017, las 13h18, emite sentencia, en la que resuelve lo siguiente:

***ª (¼)ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se acepta la demanda y se dispone que la compañía MAINCOPETRO MATERIALES INDUSTRIALES PARA COMERCIALIZACIÓN PETROLERA CÍA LTDA., por intermedio de su representante legal el señor Raúl Estuardo Murillo Mero, pague inmediatamente al señor Lenin Roberto Almachi Barros lo siguiente: A) La suma de TREINTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS DE DÓLAR; de los cuales se descontará el valor retenido mediante comprobante de retención No 001-001-000006720 constante a fs. 1.- B) Los intereses de mora, fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, para el segmento correspondiente, a partir del 18 de octubre de 2012, y hasta el pago total de la obligación, que se liquidarán pericialmente sobre el capital adeudado; para el efecto se nombrará un perito liquidador.- Se deja a salvo el derecho de la compañía MAINCOPETRO MATERIALES INDUSTRIALES PARA COMERCIALIZACIÓN PETROLERA CÍA LTDA., de seguir las acciones legales de que se crea asistido en contra del señor Galo Rodrigo Ramón Alarcón.- Con costas.- En USD. 350 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica se regulan los honorarios*

profesionales del abogado defensor de la parte actora. ^a (Sic)

4.4) Frente al recurso de apelación interpuesto por el demandado Raúl Murillo Mera, representante legal de la compañía MAINCOPETRO Cía. Ltda., el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de fecha 18 de febrero del 2019, las 09h49, resuelve:

^a (1/4) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y en estos términos se confirma la sentencia venida en grado. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Ejecutoriada que sea la presenten sentencia remítase a la Unidad Judicial de origen para los fines de ley respectivos. .-º (sic)

4.5) Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Raúl Murillo Mero representante legal de la compañía Maincopetro Cía. Ltda., en calidad de demandada, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

4.6) El doctor Yuri Palomeque Luna, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 10 de septiembre del 2020, las 08H48, admitió a trámite el recurso de casación planteado por Raúl Murillo Mero, representante legal de la compañía Maincopetro Cía. Ltda., y dió trámite al mismo, bajo los siguientes parámetros:

^a Por lo expuesto, el suscrito Conjuez de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ADMITE a trámite el recurso de casación interpuesto por Raúl Murillo Mero en su calidad de Representante Legal de la Compañía MAINCOPETRO CIA. LTDA, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación, en concordancia con los Arts. 2, 4, 5 y 6 de la Ley de Casación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004. Se dispone correr traslado a la contraparte para que en el término de cinco días, en aplicación del Art. 13 del cuerpo legal

invocado, conteste. (1/4)°.

4.7) El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ante la petición de la parte recurrente, convoca a audiencia de estrados, en el marco de lo establecido en las garantías normativas de la Ley de Casación, conforme consta de la razón suscrita por la Abg. María Peralta Sánchez, Secretaria Relatora.

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...^{o7}.

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 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.

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.

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*

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...”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).

de inquilinato y de colusión;

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

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...”.*

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 ^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...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:

^a...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

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

¹² Ibídem, Pág. 28

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...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 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:*

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.

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

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”; 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, ^a *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, ^a *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 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 *(¼) 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

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

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.

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 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.*

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..."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:

¹⁷ Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación*, 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.

**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.

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 prevista en la Ley de Casación, 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, limitando el mismo al cargo descrito en el **numeral 3 del artículo 3 de la Ley de Casación**; ergo, inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquella causal, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

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

La causal escogida para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es la establecida en el artículo 3 numeral 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)

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°.

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

“ lo mismo que la primera y segunda corresponde tres modos de infracción o tres vicios de juzgamiento por los cuales se puede interponer el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las cortes superiores en procesos de conocimiento, vicios que, a su vez, deben dar lugar a otros dos modos de infracción. Entonces, en la sentencia, el primer yerro, objeto del recurso de casación, puede ocurrir por aplicación indebida (1) o falta de aplicación (2) o por errónea interpretación (3) de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba°; y, el segundo por equivocada aplicación (1) o por no aplicación de “normas de derecho° (2) de modo que para la procedencia del recurso por la causal tercera de casación es indispensable la concurrencia de dos infracciones sucesivas, la primera de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba°; y, la segunda de “normas de derecho°, en cualquiera de los tres modos de infracción antes indicados que son los establecidos en la ley para cada uno de ellos. De acuerdo con esto, cuando el recurrente invoca la causal tercera¹⁹ para que proceda la alegación, está en la obligación de presentar la concurrencia de las dos violaciones sucesivas previstas en esta causal, primero la violación de los preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba; y, segundo, la violación de las normas de derecho producida como consecuencia de lo anterior, con la precisión de cada caso, del precepto o norma infringidos°¹⁹

Ergo, del análisis de la causal de casación propuesta, se advierte que, para su procedencia, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

¹⁹ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, *Resolución No. 123-2004*, 6-VII-2004, Tercera Sala, R.O. 510,24-1-2005.

- 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 violada, 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 escogido, debe ir relacionado con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.
- La violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, a la vez, debe derivar en una equivocada aplicación o en la no aplicación de normas de derecho (norma sustantiva). De este enunciado, se desprende también dos cargos que deben justificarse en la propuesta casacional: 1) Equivocada aplicación; y, 2) No aplicación, de normas de derecho sustancial.

Así también, para una correcta argumentación de la causal de casación aludida, se debe identificar varios aspectos, a saber:

- El medio o medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se ha infringido la norma que regula la valoración de dichas pruebas.
- La norma o normas que regulan la valoración de la prueba, cuya aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación se acusa.

- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre los medios de prueba y la norma procesal violada.
- Singularizar la norma sustantiva que como consecuencia del yerro *in iure* acusado, ha sido **indirectamente** transgredida.

6.3) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente:

6.4) Como primera acusación, el recurrente, refiere que los Jueces *ad quem*, *“Realizan una errónea valoración de la prueba de lo dispuesto en el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil”*, al desarrollar su fundamento, sostiene:

“4.2.- Falsa apreciación de la prueba en la sentencia, condujo a que Murillo Mero Raúl representante legal de la Compañía MAINCOPETRO CIA. LTDA., se le condene al pago de USD \$35.840,48 que conociendo a sabiendas de que a quien se le pago y de quien hizo la cubierta fue el señor Galo Rodrigo Ramón Alarcón y que no se justificó dentro del proceso el objeto y causa lícita de la factura la cual llevó a una indebida aplicación de las normas dispuestas en la Ley de Casación en su Art. 3 numeral 3, lo cual ocasiona una vulneración de los principios de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica contemplados en los Arts. 75 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador; así como la factura objeto de la demanda no tiene causa real o lícita, conforme se exige en el Art.1483 del Código Civil (1/4)

4.3.- Pese a que en la sentencia se señala: “(1/4). Sin embargo no se toma en cuenta estas pruebas lo cual ha influido en la decisión de la causa inobservando lo dispuesto en los

Arts. 19 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial (1/4)°

6.5) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener los cargos de *“ errónea valoración de la prueba”* y *“ falsa apreciación de la prueba en la sentencia”*, para el efecto se invoca el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, norma acusada que establece lo siguiente:

“ Art. 115.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas°.

A su vez, la norma sustantiva cuya violación indirecta se acusa es el artículo 1483 del Código Civil:

“ Art. 1483.- 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 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°.

Ahora bien, la *“ errónea valoración de la prueba”* y la *“ falsa apreciación de la prueba en la sentencia”* sustentados por el recurrente, no constituyen cargos casacionales previstos en el régimen procesal aplicable al *in examine*; en la causal de casación invocada, conforme lo explicado *ut supra*, los yerros *in iure* que pueden acusarse son la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea

interpretación, relacionados con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba; ergo, la propuesta casacional soslaya el principio de taxatividad, lo que hace inviable el medio de impugnación.

6.6) Sin dejar de lado las imprecisiones de carácter técnico, en la propuesta casacional planteada, 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:

De la revisión de la causal interpuesta, se avizora que el núcleo del argumento, radica en el siguiente cuestionamiento:

ª 4.2.- Falsa apreciación de la prueba en la sentencia, condujo a que Murillo Mero Raúl representante legal de la Compañía MAINCOPETRO CIA. LTDA., se le condene al pago de USD \$35.840,48 que conociendo a sabiendas de que a quien se le pago y de quien hizo la cubierta fue el señor Galo Rodrigo Ramón Alarcón y que no se justificó dentro del proceso el objeto y causa lícita de la factura (¼)

4.3.- Pese a que en la sentencia se señala: ª (¼)a) El contrato de construcción (fs. 26 a 27) entre la compañía MAINCOPETRO CÍA. LTDA., y el señor Galo Ramón Alarcón, existen las firmas de las referidas partes; el documento de fs. 41 con reconocimiento de firma y rubrica ante la Notaria Vigésima del Cantón Quito, Dra. Grace López Matuhura, se tiene que esta prueba no es conducente a demostrar el pago de la factura (fs. 2) No 001-001-0000167 con su comprobante de retención (fs.1) No 001-001-000006720., factura que es objeto de este juicio. Adicionalmente se tiene que en la misma acta de la Diligencia Notarial, la Señora Notaria Dra. Grace López Matuhurain, dice que ª la Notaria da fe de la firma del peticionario, sin embargo, ese reconocimiento no se refiere al contenido del documento que antecede, sobre cuyo texto la Notaria no asume responsabilidad algunaº. Razón por la cual, la señora jueza a quo, bien ha hecho al indicar que ª Se deja a salvo el derecho de la compañía MAINCOPETRO MATERIALES INDUSTRIALES PARA COMERCIALIZACIÓN PETROLERA CÍA. LTDA., de seguir las acciones legales de que se crea asistido en contra del señor Galo Rodrigo Ramón Alarcón2; b) En relación a la

*alegación realizada sobre el contrato con construcción de fs. 26 a 27, se tiene que describe el negocio jurídico acordado entre las partes que han suscrito ese contrato, sin embargo, el presente proceso es un juicio verbal sumario de cobre de factura, por lo que en principio no cabe al análisis de dicho contrato, sino más bien incurrirá en lo analizado en líneas anteriores, esto es que se deja a salvo el derecho para iniciar acciones legales en contra del señor Galo Rodrigo Ramón Alarcón de ser procedentes ante las autoridades competentes; c) En relación a la excepción de prescripción al tenor de lo dispuesto en el Art. 2422 del Código Civil, el argumento central se basa en relación al tiempo que prevé dicha norma; la norma a su letra dice: " Art. 2422.- Prescriben en dos años: la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo. La de toda clase de personas, por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente a excepción de los que se hallan regulados en el Código del Trabajo". Es decir, no solo basta el tiempo que haya transcurrido, sino que estas facturas, su precio sean al menudeo. La palabra menudeo, está definido por la Real Academia Española como "venta al por menor", es decir hace referencia a la venta en pequeñas cantidades de productos, así se asocia la idea que son productos frecuentes. El valor de la factura N° 001-001-0000167 de fecha 18 de octubre del 2012, asciende a la cantidad de USD \$ 35.840 dólares de los Estados Unidos de América. Por lo que a la luz de la sana crítica, tenemos una sola factura que no acredita frecuencia del producto, así como que esta mercancía sea vendida al menudeo, tanto más que la descripción de la propia factura dice: " CONSTRUCCIÓN DE ESTRUCTURA METÁLICA PARA INSTALACIONES DE LA EMPRESA MAINCOPETRO EN LA CIUDAD FRENCISCO DE ORELLANA (COCA)". En cuanto a la prescripción de la acción verbal sumaria, se recuerda que la jurisprudencia la ha establecido en el mismo plazo de diez años que se prevé para los juicios ordinarios por tratarse también de juicios declarativos y de conocimiento, en vista de la falta de referencia expresa del Art. 2415 del Código Civil a la prescripción de los juicios verbal sumarios. (1/4)". **Sin embargo no se toma en cuenta estas pruebas lo cual ha influido en la decisión de la causa inobservando lo dispuesto en los Arts. 19 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial (1/4)".***

Al dotar de sustento a su cargo casacional, el recurrente, incurre en una imprecisión, ya que, procura de parte del Tribunal de casación una nueva valoración probatoria, dicha cuestión la encontramos en el relato de la fundamentación esgrimida.

Ergo, este Tribunal advierte que el cargo planteado, incurre en la transgresión del principio de *no debate de instancia*, ya que se evidencia que el recurrente procura una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

^a (1/4) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (1/4)

la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (1/4)²⁰

Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de los enunciados esgrimidos que, existe una evidente intención de abrir la discusión del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de *"no debate de instancia"*, por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén *"se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia"*²¹. El recurrente debía

²⁰ Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

²¹ Murcia Ballén, Humberto, *"Recurso de Casación Civil"*, 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

delimitar el ámbito de los preceptos de valoración probatoria soslayados y la trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados relacionados con el artículo acusado.

Por otra parte, se verifica que, el casacionista, no desarrolla el fundamento del cargo, con el carácter técnico que exige el medio de impugnación, ya que, de forma por demás abstracta, en sus enunciados, hace relación a un sinnúmero de medios de prueba presuntamente no valorados conforme los preceptos del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, sin identificar, en concreto, cual es el medio o medios de prueba respecto de los cuales no se aplicó el precepto jurídico invocado, lo que impide la demostración adecuada del nexo entre estos dos presupuestos, lo que torna a su propuesta impugnatoria en vaga y estéril, tanto más que, lo que se verifica conforme lo indicado *ut supra*, es un debate de instancia.

6.7) Sin pasar por alto las imprecisiones técnicas descritas, corresponde analizar el yerro *in iure* propuesto, en relación al mismo, desde la órbita del régimen procesal aplicable, la sección Séptima del Código de Procedimiento Civil, hace relación a la prueba, así, respecto a su valoración, la misma 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 obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que formaron su convencimiento (artículo 115 *ibídem*).

Frente a lo señalado, es pertinente indicar que, el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, establece el sistema de sana crítica para la valoración de la prueba indicando que ^a *La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica^o*, norma en la cual se obliga al juzgador a ^a *justipreciar la prueba en su conjunto y a aplicarle a toda ella las normas y los juicios lógicos y axiológicos^o*²², garantía normativa que según la línea argumentativa de esta Sala, al no ir concatenada con otra regla jurídica, no se constituye en un precepto jurídico de valoración probatoria, en *stricto sensu*.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que entre las características del recurso extraordinario de

22 Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Civil*, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p. 304

Casación, se encuentra su carácter eminentemente formalista, el cual ^a impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aun al rechazo in limine del correspondiente libelo²³; en este sentido, le corresponde al Tribunal establecer la existencia de los yerros imputados en la línea de otorgar procedencia del recurso cuyo efecto es dejar sin valor la sentencia impugnada, lo cual, por falta de debida fundamentación y demostración, y trascendencia, en la propuesta planteada, es imposible.

Así las cosas, la inobservancia, de los presupuestos detallados *ut supra*, conllevan a que, no se pueda verificar la violación indirecta de los artículos 75 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, y 1483 del Código Civil, acusados en el argumento casacional.

6.8) Ahora bien, pese a los yerros argumentativos del casacionista, descritos *ut supra*; en relación al problema jurídico de fondo, es preciso determinar si la factura No. 0000167 de fecha 18 de octubre de 2012, por treinta y cinco mil ochocientos cuarenta dólares, misma que fue recibida a satisfacción, cuyo pago fue demandado en el *in examine*, tiene su origen en una causa real y lícita, o no.

El artículo 1483 del Código Civil establece que *“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 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”*; de los hechos fijados como ciertos, se establece que Lenin Roberto Almachi Barros, emitió la factura No. 0000167, de fecha 18 de octubre de 2012, por treinta y cinco mil ochocientos cuarenta dólares, en contra de la compañía MAINCOPETRO Cía. Ltda., por concepto de construcción de estructura metálica para instalaciones de referida empresa en el cantón Francisco de Orellana, que no existió objeción o reclamo contra el contenido de dicho documento, que fue irrevocablemente aceptado en los términos descritos por el artículo 201 del Código de Comercio aplicable al caso, a tal punto que hasta se emitió el respectivo comprobante de retención con efectos tributarios; que el contenido de la factura se circunscribe a un contrato mercantil, un acuerdo de voluntades entre actor y la empresa accionada (debidamente representada), y *per se*, el mismo ha sido

23 Humberto Murcia Ballen, *Recurso de Casación Civil*, Ediciones Jurídicas G.I., Sexta Edición, Bogotá, 2005, p.91.

justificado con dicho instrumento, conforme lo establece el artículo 164 *ibídem*, todo lo cual concuerda con los demás hechos fijados por el *ad quem*, al justipreciar los elementos probatorios aportados.

Ergo, la piedra angular del caso sometido al órgano jurisdiccional, es el bien construido por el accionante, cuya existencia no está en tela de duda, que por efectos de la convención bilateral, onerosa y conmutativa de las partes (artículos 1454, 1455, 1456 y 1457 del Código Civil), se entiende que la contraprestación por la construcción de la estructura metálica, era el pago del valor económico acordado, lo cual consta en la factura cuyo cobro se persigue; ergo, no se evidencia en dicha cuestión ausencia de causa real y lícita, en los términos expresados por el hoy recurrente; así mismo, procesalmente, no se evidencia que el acuerdo de voluntades pueda ser enervado por incapacidad de las partes, vicio del consentimiento, objeto ilícito o causa ilícita, conforme el artículo 1461 del Código Civil.

6.9) Se ultima que el reproche del casacionista, más bien se concreta en la expresión de mera inconformidad con el análisis del Tribunal de apelación, el cual concluyó que los hechos sometidos a su conocimiento demuestran la procedencia de la demanda planteada.

Por todo lo indicado, no se advierte error de derecho en la labor intelectual de los juzgadores de apelación, la sentencia impugnada respeta los preceptos del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte recurrente a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la aplicación o interpretación de la norma jurídica que se considera ha provocado un error de derecho, con aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debía realizar; 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 trascendencia²⁴, 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

²⁴ *Debido al carácter de la naturaleza humana; precario y falible, en todos los procesos judiciales existe propensión al error, realidad de la cual no escapa el proceso penal. Sin embargo, no todo yerro cometido enerva o desquicia la sentencia. Por tal motivo, se exige que se expongan las consecuencias de la falta, para determinar si la envergadura de la misma varía o no el sentido del fallo. Siendo necesario recurrir al principio de trascendencia con el fin de establecer el efecto nocivo que en la sentencia haya podido tener el error cometido, para lo cual se debe demostrar que sin la ocurrencia de ese traspié, el fallo sería otro y no el recurrido* (Luis Gustavo Moreno Rivera, *La Casación Penal*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá-Colombia, 2013, p. 102)

sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, existe una transgresión de los preceptos jurídicos de valoración probatoria, que condujo a la violación indirecta de los artículos 75 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, y 1483 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 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 LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

7.1) Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Raúl Murillo Mero representante legal de la compañía MAINCOPETRO CÍA. LTDA., demandada, 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 iure* y los cargos acusados.

7.2) Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y el rechazo total del recurso de casación, conforme la parte final del artículo 12 de la Ley de Casación, corresponde que el Tribunal *a quo*, entregue a la parte perjudicada (actor) el valor total de la caución.

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 (PONENTE)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO
JUEZ NACIONAL

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C = EC
L = QUITO
CI
1708753890

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

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

Juicio No. 17233-2018-03855

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, viernes 1 de octubre 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 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 el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 12 de noviembre de 2019, dentro del juicio ordinario de reivindicación seguido por Víctor Molina Onofre y Guadalupe Maya Vivar en contra de Nelly Pacheco Coba e Iván Morales Mosquera.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud del recurso de apelación interpuesto por los demandados y la adhesión de los accionantes, contra la sentencia dictada por la juzgadora de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, de 20 de junio de 2019, que aceptó en todas sus partes el acuerdo parcial al que arribaron las partes en la Audiencia Preliminar, efectuada el 16 de mayo de 2019, relativo a la devolución de 38.750 USD por parte de los actores a los demandados y la entrega formal del bien inmueble de la demanda, a los actores. Respecto a las prestaciones mutuas, acepta la demanda declarando a los demandados poseedores de mala fe y ordena liquidar las prestaciones mutuas por cuerda separada en vía sumaría. Niega la reconvencción planteada por los accionados.

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho recurso de apelación, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte

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

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

Provincial de Justicia de Pichincha, en lo medular, decide rechazar el recurso de apelación y su adhesión, confirmando la sentencia de primera instancia.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la parte demandada, deduce recurso de casación, convirtiéndose de esta manera los accionados en sujetos activos e impulsores 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 Pablo Fernando Loayza Ortega, quien, mediante auto de 2 de julio de 2020, luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido el mismo por el caso tres 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 Código Orgánico General de Procesos, los recurrentes, Nelly Pacheco Coba e Iván Morales Mosquera, por parte de su defensa técnica, fundamentaron 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 parte casacionista: En lo puntual, refirió que el antecedente de la causal admitida es que, en la Unidad Judicial de Quitumbe, en la audiencia preliminar, se llegó a un acuerdo parcial, respecto a la reivindicación, acordando la devolución del inmueble, lo cual implica que se extinguió la potencialidad de determinación de mala fe, pues de existir tal posibilidad, implicaría que no se habría arribado al acuerdo conciliatorio. Al no haber en el proceso, tras el acuerdo parcial, elementos de prueba para que la Corte Provincial se pronuncie reteniendo un monto de 12.600 dólares por la mala fe, se debía calificar la buena fe de los demandados y rechazar la posibilidad de su existencia, pues, aunque se considere al acuerdo como parcial, el proceso ordinario concluyó, por tal, la calificación de mala fe deriva en una decisión que otorga más de lo pedido. Una vez sustanciada la causa principal debió haberse respetado el acuerdo voluntario de las partes, sin poderse decir que existía presunción de mala fe, la cual debe demostrarse, tanto más que, la expectativa jurídica en el juicio de reivindicación es la entrega del inmueble y en este caso la devolución del dinero pagado, debiendo corregirse la calificación de mala fe mediante el recurso de casación, por no haberse demostrado.

6.- Intervención de la defensa técnica de la contraparte: Por principio de contradicción, se escuchó a la defensa técnica de la contraparte, que en lo sustancial señaló, que los hechos que dieron inicio al

litigio, se derivan de un pacto verbal de venta a los demandados Nelly Pacheco e Iván Morales de un inmueble de propiedad de Guadalupe Maya y Víctor Molina, por 75.000 USD, acordando mediante documento privado pagos sucesivos y la suscripción de la escritura una vez completado el precio; cancelando durante dos años los demandados, un monto de 35.000 USD. En septiembre de 2014, hacen el último pago y al mes siguiente, en octubre, plantean demanda de amparo posesorio los ahora demandados, vista su negativa a pagar el valor adeudado o devolver el bien, los actores presentaron la demanda de reivindicación, pretendiendo la restitución del inmueble y la condena al pago de las contraprestaciones provenientes de la posesión ilegítima de mala fe de los poseedores, quienes venían lucrando del bien, mientras que los demandados al contestar la demanda, solicitan la devolución de lo pagado más los intereses. El acuerdo conciliatorio efectuado es parcial, pues únicamente se establece la devolución del predio y de los valores entregados por aquel, el acuerdo no alcanza a los valores de arriendo por los diez años que estuvieron en posesión los demandados ni a las prestaciones mutuas; razones por las que se trabó la litis. La sentencia de la Corte Provincial resuelve tanto las pretensiones de los actores como de los demandados, sobre los valores pendientes y la determinación de buena o mala fe, incluso los actores solicitaron prueba nueva que fue acogida en segunda instancia y que sirvió para demostrar la mala fe de los posesionarios, es decir, el objeto de la controversia ha sido atendido y no hay lugar al cargo planteado en casación, que en adición no ha sido fundamentado conforme a derecho.

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 Código Orgánico General de Procesos 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 nomofilático; 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 el caso admitido por vía casacional, es el tercero del artículo 268 del COGEP, cuyo contenido es el siguiente:

“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

10.1.- El caso tres del artículo 268 invocado, 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 el sub juíce, se ha admitido a trámite el cargo por el caso 3 del artículo 268 del COGEP, aduciendo que la sentencia impugnada adolece de vicio *ultra petita*.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- En virtud de lo señalado, en el párrafo anterior de esta resolución, se procede a verificar lo impugnado por el recurrente, bajo los siguientes términos:

12.1.- El sustento casacional, radica en qué en primera instancia, conciliaron de forma parcial, sobre la reivindicación, acordando devolver el inmueble, extinguiéndose la potencial determinación de mala fe, posibilidad que implicaría la ausencia de conciliación; con el acuerdo parcial, tampoco existen medios de prueba para que se le retenga un monto económico por la mala fe y debía calificarse lo contrario, ya que al considerar al acuerdo como parcial, el proceso ordinario concluyó, por ello, la calificación de mala fe concede más de lo pedido; pues al sustanciarse la causa principal debió respetarse el acuerdo voluntario de las partes, sin que exista presunción de mala fe, que debe demostrarse, ya que la expectativa jurídica en la reivindicación, es la entrega del inmueble y en este caso la devolución del dinero pagado.

12.- Problema jurídico a resolver: De lo esgrimido, se abstrae el siguiente problema jurídico a resolver: ¿Será la falta de apego literal al principio dispositivo un vicio de congruencia en la sentencia?; interrogante que se resuelve en los párrafos que siguen.

¿Será la falta de apego literal al principio dispositivo un vicio de congruencia en la sentencia?

13.- Sobre el principio dispositivo: La Constitución de la República, en su artículo 168.6 consagra que la administración de justicia en el cumplimiento de sus deberes y ejercicio de sus atribuciones aplicará entre otros, los principios de concentración, contradicción y dispositivo. El artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial en relación con el artículo 92 del COGEP, en su parte pertinente disponen que los jueces *“ (1/4) no podrá(n) ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.”* y que, *“ Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.”* De lo expuesto deviene que el principio dispositivo, es aquel que delimita el ámbito de decisión del juzgador con respecto a las pretensiones y excepciones propuestas y opuestas por las partes procesales. Es *“ aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”*¹, Se concreta en un correlato procesal, que nace desde el principio de autonomía de la voluntad, son las partes las que tienen libertad para emprender el procedimiento, configurando su objeto y son titulares de un amplio poder de disposición sobre el mismo de conformidad con la ley y acorde a la naturaleza de cada fase y

¹ Palacio, Lino Enrique. Derecho procesal civil. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Tomo I. 1979. P. 253-254.

desarrollo del procedimiento. El proceso civil solo empieza y existe por formulación de parte y a quien corresponda juzgar, está vinculado al momento de ejercer la función jurisdiccional por las pretensiones que las partes hayan formulado. El demandante tiene libertad para ejercitar su pretensión, así como para renunciar a ésta una vez iniciado el proceso, facultad que integra al principio de rogación que es una concreción del principio dispositivo; mientras tanto, el demandado tiene libertad para comparecer, contestar a la demanda, proponer excepciones e incluso allanarse a la demanda. En definitiva, las partes son dueñas del proceso y el órgano jurisdiccional, se sujeta a los límites fácticos y contra fácticos propuesto por las partes y modulado procesalmente. Esto no significa que el principio dispositivo carezca de límites, pues el poder de disposición de las partes sobre el objeto del procedimiento se limita en el marco de las reglas del rito procesal. Tanto las pretensiones propuestas en la demanda como las excepciones opuestas en la contestación, fijan la traba de la litis, en consecuencia, determina los puntos sobre los cuales ha de versar la decisión del juzgador de la causa.

13.1.- En el caso, se tiene que la sentencia impugnada acata el principio dispositivo fincado por las partes luego del acuerdo conciliatorio, inicia en el considerando TERCERO, apartado 4, titulado *“ENUNCIACION BREVE DE LOS HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA”*, esgrimiendo las razones de hecho y de derecho de la demanda, así como sus pretensiones, consistentes en: 1) La reivindicación del inmueble objeto de la acción; 2) El pago de los frutos y demás prestaciones provenientes de la posesión ilegítima; y, 3) Costas y honorarios profesionales de la defensa de la parte actora. A continuación, en el considerando CUARTO, se cita la contestación de los demandados, que rechazan los requerimientos de la proposición sin plantear excepciones previas y reconviene a los actores *“con una demanda de cobro de dinero y solicitan que se les condene al resarcimiento de todo el dinero que han entregado por la compra del bien inmueble que suma la cantidad de USD. 56.610,00, más los intereses respectivos por mora, desde la fecha de entrega del dinero, hasta su pago efectivo y además el pago de daños y perjuicios, gastos y pago de los honorarios profesionales de su abogado patrocinador”*. En ejercicio de su derecho de contradicción, los actores contestan la reconvencción en la forma en que se hace constar en el acápite tres del referido considerando, refiriendo que están dispuestos a devolver el dinero entregado conforme habían pactado con anterioridad, debiendo pagar los demandados el arriendo que se estipuló y que no han cumplido. Continúa la sentencia, indicando el considerando QUINTO, apartado 2, que en la audiencia preliminar se ha concretado el objeto de la controversia n, siendo el siguiente: *“LA PROCEDENCIA O NO EL PAGO DE LOS FRUTOS Y DEMÁS PRESTACIONES PROVENIENTES DE LA POSESIÓN EN LA QUE HAN ESTADO LOS DEMANDADOS; TODA VEZ QUE, LA REIVINDICACIÓN DEL INMUEBLE, SE RESOLVIÓ EN EL ACUERDO PARCIAL Y CORRESPONDE DETERMINAR SI SE DEBE O NO PAGAR LAS MEJORAS Y SI PROCEDE O NO LA RECONVENCIÓN PLANTEADA”*. Estos son los insumos que delimitan el campo de decisión del Tribunal de apelación e inclusive el del

juiz de primera instancia, toda vez que la propuesta fáctica inicial y su contradicción varió, al haber llegado las partes a un acuerdo parcial en lo relativo a: *“ 1.- Reconocen el valor total de la deuda en USD.38.750,00, que los actores se comprometen a pagar a los demandados en un término de 6 meses contados a partir del 10 de mayo de 2019; que, en ese mismo día, se efectuará una visita al inmueble materia del litigio por parte del corredor de bienes raíces para fijar carteles de venta de la propiedad y tomar fotografías. 2.- Los demandados se comprometen a prestar las facilidades del caso, las que serán coordinadas con 24 horas de anticipación a los teléfonos móviles de los demandados. 3.- Que, el valor de los USD.38.750,00, serán consignados en la judicatura, el 10 de noviembre de 2019; en ese mismo día, los demandados, consignarán las llaves de ingreso al inmueble (puerta principal, puertas de los departamentos, parqueaderos, bodegas, control remoto del parqueadero si lo hubiera), entendiéndose que a esa fecha los demandados ya habrían desocupado el inmueble. Así, ha quedado modulado por tanto el objeto de la controversia en la audiencia oral, pública y contradictoria preliminar. Con respecto a los insumos probatorios, estos han sido aportados por las partes, inclusive los actores solicitan en segundo nivel la práctica de prueba nueva, que fue aceptada por el Tribunal, por lo tanto, la litis se ha resuelto propendiendo a la congruencia de la sentencia estatuida en el artículo 92 del COGEP.*

14.- Acerca de la incongruencia de la sentencia: Para determinar si una sentencia adolece o no de vicio de incongruencia, ha de verificarse si concede más de lo pedido *“ ultra petita”* o se pronuncia sobre ciertos extremos al margen de lo suplicado por las partes *“ extra petita”* y si se dejan sin respuesta y sin resolver las pretensiones de las partes *“ cifra petita”*. Exigiéndose un proceso comparativo entre la súplica integrada en el escrito de la demanda, su contestación y de existir la reconvencción con la parte resolutive del fallo. Existe incongruencia cuando la sentencia prescinde de lo pedido y falla algo distinto, causando indefensión, sin amparo del principio *iura novit curia*. Los límites que definen la congruencia se afectan por la falta de concordancia entre los elementos fácticos aducidos por las partes con sus pretensiones y los acogidos por los Tribunales cuando sustenten el fundamento esencial para emitir el fallo, debiendo apreciarse su realidad y existencia conforme al resultado de la probanza, sin que se genere incongruencia, al realizarse una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, por no estar obligado a una literal concordancia, lo exigible es que la sentencia guarde un adecuado respeto al componente jurídico de la acción con la base fáctica aportada, siendo permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la forma que considere más apropiada. La armonía entre las peticiones de las partes con la sentencia, no implica un rígido acomodo al tenor literal de lo demandado, puede extenderse a los extremos que le complementen y aporten a la fijación de sus lógicas consecuencias, bien surjan de los alegatos de las partes, bien sean precisiones o aportes probatorios, pues el Tribunal ha de sujetarse a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad; siempre que se acaten los hechos, únicos elementos

que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, con la facultad del juzgador de fijar los puntos de modo definitivo según el resultado del debate y las pruebas, con la exigencia de no alterar las pretensiones sustanciales de las partes, sin que el fallo se obligue a una literal sumisión a estas, ya que el principio *iura novit curia* autoriza al Juzgador a emitir su opinión crítica y jurídicamente valorativa sobre los presupuestos fácticos aportados por las partes, que dan a conocer los hechos y el juez dará el derecho, por ende, no adolece de incongruencia el fallo que atiende a lo demandado, ni altera lo pedido, limitándose a tratar los puntos de hecho implícitos e inseparables del tema fundamental planteado, revelando su congruencia al decidir sobre lo alegado, aplicando los pertinentes preceptos legales, aunque no hayan sido invocados.

14.1.- La incongruencia en la sentencia, se devela cuando al contrastar lo resuelto con lo puesto en conocimiento del juzgador, de ahí que la incompatibilidad en la resolución debe ser patente para la configuración del vicio, pues cuando los contenidos son asimilables al mundo de las realidades, no habrá motivo para ejercer el derecho de casación. En la presente causa, se ha acusado a la sentencia de contener vicio de *ultra petita*. En este sentido, al revisar los antecedentes fácticos y contra fácticos puestos a consideración de los juzgadores, reseñados en el considerando 13.1 del presente fallo, a partir de los cuales el Tribunal Provincial, dirige su razonamiento y va justificando los hechos a través del acervo probatorio, en el apartado Noveno de la resolución, se inicia afirmando: *“Consecuentemente, el asunto de la determinación de que si corresponde o no a los accionantes el pago de los frutos y demás prestaciones provenientes de la posesión en la que han estado los demandados; tomando en cuenta que, la reivindicación del mismo ya fue resuelta en el acuerdo conciliatorio parcial y establecer si los demandados son o no poseedores de mala fe para condenarles al pago de mejoras y demás pretensiones de los accionantes; y, establecer si los demandados tienen o no derecho a la devolución de la cantidad de USD.12.600,00 que queda pendiente liquidar, una vez aceptada la devolución de USD.38.750,00 en acuerdo parcial; así como la procedencia o no de los daños y perjuicios que reclaman, tenemos que remitirnos a las pruebas admitidas y actuadas en el expediente; así, en la declaración de parte de los accionados”*. De allí, continua el análisis crítico jurídico y congruente con los puntos fijados luego del acuerdo parcial, al tenor de los artículos 951 y 954 del Código Civil, pues el hecho de que los demandados hayan aceptado restituir el bien inmueble a los actores, da lugar al reconocimiento de las prestaciones mutuas, entre las que se incluyen las mejoras útiles a las que tiene derecho el poseedor de buena fe y a las restitución de los frutos naturales y civiles de la cosa, a los que el dueño no ha podido acceder por la posesión de mala fe; por ello la importancia del establecimiento de la mala fe del poseedor vencido², dado que la buena fe se presume³. En ese contexto, la sentencia concluye que las actuaciones de la parte demanda

2 Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De los Bienes III, Tomo Octavo, pág. 437

3 Código Civil, artículo 722

en sus actos de posesión ha sido de mala fe, rechazado la apelación y confirmando el fallo subido en grado; por encontrarse verificados aspectos que derivan en la procedencia de la pretensión, en lo atinente a pago a favor de la parte actora de los frutos y demás prestaciones legales, dada la declaración de mala fe de los demandados. La sentencia, resuelve la causa en armonía con los derechos que derivan de la restitución del bien inmueble y desde los extremos propuestos por las partes, resolviendo el problema planteado sin alterar los hechos, por medio de las probanzas incorporadas al proceso, construyendo así la semblanza fáctico - jurídica.

14.2.- Los juzgadores de instancia en completa armonía con las disposiciones contenidas en los artículos 92 del COGEP y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, han señalado que tanto las pretensiones contenidas en la demanda y contrademanda fijan la traba de la litis, y son éstas con respecto a las cuales determinó el objeto de la controversia en la audiencia preliminar, como lo ordena el artículo 294 del COGEP, disgregando los asuntos ya resueltos en conciliación, no se ha verificado que se hayan resuelto sobre circunstancias adicionales a las introducidas por las partes, luego de presentada la demanda y la contestación, lo cual vulneraría el derecho a la defensa garantizado en el artículo 76 de la Constitución de la República y el derecho a la igualdad previsto en el artículo 66.4 *ídem.* *“La configuración del objeto del proceso por las partes encuentra en la prohibición de la mutatio libelli un límite y una protección de su derecho de defensa. En este sentido, la ley prohíbe alterar el objeto del proceso en lo sustancial, tal y como ha quedado fijado en los escritos principales, pero admite la formulación de alegaciones complementarias o aclaratorias, manteniendo en lo esencial el objeto litigioso previamente fijado en dichos escritos.”*⁴ En consecuencia, el juzgador está en la obligación de fijar el objeto de la controversia con fundamento en las razones que originan la pretensión y la oposición, pues solo así podrá realizar una adecuada motivación de su decisión en armonía con lo pedido y las defensas invocadas. Por tanto, el vicio de congruencia acusado carece de asidero legal.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

15.- El principio dispositivo, es el correlato procesal desde la autonomía de la voluntad, implica que, en el proceso civil, las partes gozan de libertad para activar el procedimiento y configurar su objeto pudiendo disponer de éste en cada momento procesal según la ley. La acción civil solo nace y existe por formulación de parte; el juzgador, al ejercer la función jurisdiccional, está vinculado a las pretensiones de las partes. El demandante puede ejercitar su pretensión, ya iniciado o renunciando el proceso; el demandado, puede comparecer, contestar a la demanda, excepcionarse, contrademandar o allanarse; son expresiones de la rogación que integra al principio dispositivo. Las partes son dueñas

⁴ Aguirrezabal G, Maite. El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno. Revista de Derecho Privado. No. 32. Enero – Junio 2017. ISSN 0123-4366. P. 438.

del proceso y el juzgador, se sujeta a los límites fácticos y contra fácticos de éstas, para modularlo procesalmente; el poder de disposición de las partes sobre el objeto del procedimiento se regula con el debido proceso, ubicando a la pretensión demandada y las excepciones, que traban la litis, fijando los puntos sobre los que se decidirá el pleito. Para determinar si la sentencia tiene o adolece de incongruencia, debe analizarse si concede más de lo pedido ^a *ultra petita*° o se pronuncia sobre ciertos puntos al margen de lo suplicado ^a *extra petita*° o si se deja sin respuesta o sin resolver la pretensión ^a *cifra petita*°. Exigiéndose un proceso comparativo entre la súplica integrada con la demanda, contestación (principio dispositivo) y la posible reconvencción con lo resolutive del fallo. La incongruencia surge de la discordancia entre los elementos fácticos propuestos por las partes con sus pretensiones y lo que acoge el juzgador, si ésta es el fundamento trascendente del fallo. Lo congruente, hace apreciar la realidad y existencia según el contenido probado, con una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las justifican, sin que se obligue a una literal concordancia, lo exigible es que el fallo tenga *sindéresis* entre el presupuesto jurídico de la acción con la base fáctica aportada, habilitando al juez para dar su juicio crítico. Lo armónico entre lo suplicado con la sentencia, es más amplio que el rígido acomodo literal de lo demandado, pues permite abordar extremos complementarios que solventan las lógicas consecuencias, que afianzan la naturaleza del problema jurídico, debiendo el juez apegarse a la sustancia de lo pedido más que a su literalidad; sin ser incongruente el cambio de postura del Juez respecto a la de las partes, siempre que se mantengan los hechos, únicos elementos de exclusiva disposición de las partes, que el juez los fija de modo definitivo según el resultado de la actividad de estas, sin alterar la sustancia de las pretensiones. Conforme al *iura novit curia* el Juzgador entrega en sentencia su razonamiento jurídico crítico valorativo en derecho sobre los presupuestos fácticos aportados por las partes, que le hacen conocer los hechos y el juez dará el derecho, con un fallo equilibrado atendiendo lo suplicado, sin someterse a la literalidad del principio dispositivo, dando relevancia a la esencia y sustancia de las súplicas.

VI. DECISIÓN

16. 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:

16.1.- Rechazar el recurso de casación planteado por Nelly Pacheco Coba e Iván Morales Mosquera, respecto de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 12 de noviembre de 2019.

16.2.- 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. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C = EC
L = QUITO
CI
1708753890

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

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



Ing. Hugo Del Pozo Barrezueta
DIRECTOR

Quito:
Calle Mañosca 201 y Av. 10 de Agosto
Telf.: 3941-800
Exts.: 3131 - 3134

www.registroficial.gob.ec

JLE/FMA

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.