

REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO
CIVIL Y MERCANTIL

RECURSOS DE CASACIÓN
AÑO 2020:

J18334-2018-01480, J17305-2012-0353,
J17316-2017-00820, J17230-2016-19322,
J09332-2017-06878, J03333-2016-00833,
J11333-2018-02902, J01333-2018-05855,
J12334-2018-00163, J17230-2017-11380,
J09319-2014-0374, J17230-2016-19041,
J12331-2018-00368, J09332-2018-03827,
J17230-2017-12564, J09332-2017-07104

FUNCIÓN JUDICIAL

120269644-DFE

Juicio No. 18334-2018-01480

JUEZ PONENTE: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**AUTOR/A: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL. Quito, lunes 20 de enero del 2020, las 08h41. **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 Myriam Yolanda Marcial Grijalva, el que, ha sido admitido a trámite mediante auto emitido el 09 de mayo de 2019, las 11h47 por el Conjuez competente de esta Sala Especializada, constante a fs. 3-4 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 María de los Ángeles Montalvo Escobar, Pablo Fernando Valverde Orellana y Carlos Vinicio Pazos Medina, este último en calidad de ponente, según oficios números 2368-SG-CNJ-ROG, 2369-SG-CNJ-ROG y 2370 SG-CNJ-ROG respectivamente, asumimos competencia del presente recurso 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

2.1. ANTECEDENTES

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO
C=BOITO
C=QUENCA
0703753890
0702599822

Myriam Yolanda Marcial Grijalva, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 12 de marzo de 2019, las 15h03, por un Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, dentro del juicio ordinario que por daño moral sigue en contra de Gladys Olivia Medina Benavides.

2.2. ARGUMENTOS ESGRIMIDOS EN EL ESCRITO CONTENTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

Con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente acusa a la sentencia impugnada de infracción de los artículos 78.3 del Código Orgánico Integral Penal y 2214 y 2232 del Código Civil. Señala al respecto, que la cosa juzgada que acepta la Corte Provincial, se refiere al proceso penal número 18282-2017-01750 que por acusación maliciosa se tramitó en contra de Gladys Olivia Medina Benavides, en el que los Jueces del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ambato, dictaron sentencia condenatoria y ordenaron la reparación integral en el monto de \$500,00 dólares americanos, los que, a decir del tribunal, corresponden también al pago de daño moral; sostiene que dicho criterio es errado, por cuanto, de conformidad con el artículo 13 numerales 2 y 3 del Código Orgánico Integral Penal, las penas deben interpretarse en forma estricta, y en el presente caso, la sentencia recurrida asimila la reparación integral inmaterial con el daño moral, lo cual, no especifica expresamente la norma penal, sino que es una ^a analogía o criterio personal^o de los juzgadores. Afirma que la reparación integral tienes dos aspectos importantes: la solución que objetiva o simbólicamente restituye al estado anterior de la comisión del delito; y, que su aplicación depende de la infracción, del bien jurídico protegido y el daño, aspectos que no fueron analizados por los jueces de instancia. En virtud de lo expuesto, colige que *“[1/4] la aplicación del Art. 78 del COIP, debe hacerse con los parámetros de las normas transcritas en el numeral anterior; sin embargo en la sentencia recurrida se aplicó «ANALOGÍAS ± INTERPRETACIÓN EXTENSIVA» que está prohibido en materia penal, lo que demuestra que hubo una ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL ART. 78.3 DEL COIP^o (Sic).*

Al amparo de la misma causal, aduce la recurrente que en el fallo recurrido, existe indebida aplicación del artículo 2232 del Código Civil y falta de aplicación del artículo 2214 del mismo cuerpo legal.

Arguye al respecto, que la acusación maliciosa rechazada por un Juez de Garantías Penales en sentencia ejecutoriada, como en el presente caso, constituye un proceso injustificado y le causa grave afectación a su calidad moral y de respeto, además de sufrimiento físico, angustia y humillaciones que son consecuencia directa de tal acusación, razones por las cuales, es procedente el juicio de daño moral, más aun, cuando el referido artículo 2232, deja a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito; en tal virtud, la pena ordenada en materia penal, no debe ser considerada en el juicio civil de daño moral que es autónomo e independiente ^{a [1/4]} *en el caso analizado, parte de la pena es la reparación integral de USA \$500,00, que se excluye de esta litis por mandato legal.*° (Sic) Aduce finalmente, que el artículo 2214 del Código Civil, confirma que el daño moral es totalmente autónomo e independiente de la pena impuesta en un proceso penal.

2.3. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA RESOLUCIÓN DEL CASO.

2.3.1. Artículo 78 de la Constitución de la República: *° Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.*° (El subrayado nos pertenece)

2.3.2. La Constitución de la República, artículo 76.7.i) consagra entre las garantías básicas del debido proceso, que: *° Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.*°

2.3.3. Artículo 2232 del Código Civil: *° En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de*

difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.º

2.3.4. Artículo 2214 del Código Civil: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.º*

2.3.5. Artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que determina que ha de entenderse por reparación integral: *“En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida. En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente. La persona titular o titulares del derecho*

violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.º
(El subrayado nos pertenece)

2.3.6. Artículo 101 del Código Orgánico General de Procesos: *“La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma.º*

TERCERO: PROBLEMA JURÍDICO

Si la sentencia impugnada incurre en errónea interpretación del artículo 78.3 del COIP, indebida aplicación del artículo 2232 del Código Civil y falta de aplicación del artículo 2214 del mismo cuerpo legal, al considerar que la reparación inmaterial, como parte de la reparación integral, ordenada dentro de un juicio penal, incluye el rubro por daño moral, y por tanto, hace improcedente ejercer dicha acción en la vía civil, por existir cosa juzgada.

CUARTO: ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El Código Orgánico General de Procesos, normativa que regula la presente causa, prevé en su artículo 4, que la sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán a través del sistema oral, en concordancia, los artículos 272 y 273 del mismo cuerpo legal, establecen que la oportunidad de la fundamentación del recurso de casación es en la respectiva audiencia, fundamentación que no ha sido realizada en debida forma por parte del defensor técnico de la parte recurrente, quien, se ha limitado a reseñar el juicio en primera y segunda instancia, sin hacer alusión a los vicios que contiene la sentencia impugnada, pese a que aquellos, si han sido debidamente explicitados en el escrito que contiene el recurso de casación (errónea interpretación, falta de aplicación e indebida aplicación). Sin embargo, pese a la incierta argumentación realizada 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 *“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 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 conjueces. (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 el recurrente”*¹. En consecuencia, y pese a la defectuosa 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.*

4.1. PRIMER CARGO. Con fundamento en el caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente acusa a la sentencia impugnada de infracción de los artículos 78.3 del Código Orgánico Integral Penal. Señala al respecto, que las penas deben interpretarse en forma estricta, y en el presente caso, la sentencia recurrida asimila la reparación integral inmaterial con el daño moral, lo cual, no especifica expresamente la norma penal, sino que es una *“analogía o criterio personal”* de los juzgadores. Afirma que la reparación integral tiene dos aspectos importantes: la solución que objetiva o simbólicamente restituye al estado anterior de la comisión del delito; y, que su aplicación depende de la infracción, del bien jurídico protegido y el daño, aspectos que no fueron analizados por los jueces de instancia. En virtud de lo expuesto, colige que *“[1/4] la aplicación del Art. 78 del COIP, debe hacerse con los parámetros de las normas transcritas en el numeral anterior; sin embargo en la sentencia recurrida se aplicó «ANALOGÍAS ± INTERPRETACIÓN EXTENSIVA» que está prohibido en materia penal, lo que demuestra que hubo una ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL ART. 78.3 DEL COIP”* (Sic). Al respecto, este tribunal considera:

4.1.1. El caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, prevé como motivo de

¹ Sentencia N° 007-17- SEP-CC, Caso 1630-13-EP.

casación: *“ 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.”* La jurisprudencia colombiana, respecto a la causal primera que se halla establecida en términos similares a los que prevé nuestro ordenamiento jurídico, establece que la trasgresión de una norma de derecho sustancial puede ser por omisión o por comisión *“ 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.”*²

4.1.2. El vicio de errónea interpretación de normas de derecho, 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.³ De La Plaza, señala que *“ La 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.)

4.1.3. La recurrente sostiene que la sentencia impugnada, incurre en errónea interpretación del artículo 78.3 del COIP, sin embargo, de la lectura de aquella, deviene para este tribunal, que la norma no ha sido aplicada en un sentido que no le corresponde, de hecho, más que aplicar la norma, los Jueces de Alzada, la usan para ilustrar los componentes de la reparación integral y qué ha de entenderse por aquella. En consecuencia, no aplicada la norma, mal podría haberse interpretado erróneamente. Pese a lo expuesto, este Tribunal considera necesario dejar sentado, que la sentencia impugnada es clara al establecer que la causa penal por calumnia que siguió la hoy demandada en contra de la accionante, derivó en un juicio penal por acusación maliciosa, previsto en el artículo 271 del COIP, dentro del cual, como medida de reparación integral, se fijó la cantidad de \$500,00 dólares americanos, suma que *“ se integra por dos rubros para gastos de orden material e inmaterial y, en el segundo es en el que encaja el «daño moral» causado a la víctima y que, en la especie, ya ha sido satisfecho por la Accionada en favor de la Actora, que ha sido la agraviada por la falsa imputación de una infracción penal”* (Sic); criterio con el que este Tribunal coincide, y que deja sin sustento la afirmación de la

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

3 Sentencia dictada el 11 de noviembre de 2016, por el tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio ordinario número 17711-2016-0284 (Bermeo vs Cia. Anónima El Comercio).

demandante respecto a que la sentencia recurrida asimila la reparación integral inmaterial con el daño moral, pues, no se desprende que los Jueces de Apelación hayan realizado tal asimilación, sino que su análisis se enmarca en establecer que la reparación integral abarca tanto los daños materiales como inmateriales y dentro de este último, el daño moral, y que, declarada la reparación integral en juicio penal, de existir inconformidad con el monto fijado, debió haberse recurrido dentro de aquel. Por lo expuesto, este tribunal no acepta el cargo.

4.2. SEGUNDO CARGO. Al amparo del caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, aduce la recurrente, que en el fallo recurrido, existe indebida aplicación del artículo 2232 del Código Civil y falta de aplicación del artículo 2214 del mismo cuerpo legal. Arguye al respecto, que la acusación maliciosa rechazada por un Juez de Garantías Penales en sentencia ejecutoriada, como en el presente caso, constituye un proceso injustificado y le causa grave afectación a su calidad moral y de respeto, además de sufrimiento físico, angustia y humillaciones que son consecuencia directa de tal acusación, razones por las cuales, es procedente el juicio de daño moral, más aun, cuando el referido artículo 2232, deja a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito; y que, en tal virtud, la pena ordenada en materia penal, no debió ser considerada en el juicio civil de daño moral que es autónomo e independiente. Al respecto, este tribunal precisa señalar:

4.2.1. *“ [1/4] la CorteIDH se ha referido a la reparación integral, en sentido amplio o restituitivo in integrum, como todas aquellas medidas destinadas a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y la indemnización. En este sentido, se trata de reparar por los daños: material, inmaterial, patrimonial familiar, al proyecto de vida, y de otorgar diferentes formas de reparación, traducidas en pago de indemnizaciones, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Todos estos conceptos comprenden la reparación integral. Las indemnizaciones, de manera general, intentan compensar los daños material e inmaterial consecuencia de los hechos y corresponden a una suma de dinero que se ordena como compensación a ese daño.”⁴*

4.2.2. De la lectura de la sentencia impugnada, se observa que ella, en su considerando 2.5.3 señala:
“ Que la entonces Querellada [hoy accionante] ha iniciado un juicio penal de acción pública número

4 ACOSTA LÓPEZ, JUANA INÉS, & BRAVO RUBIO, DIANA (2008). El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (13), 332. ISSN: 1692-8156. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=824/82420293010>

18282-2017-01750, en contra de la ahora Demandada, por la infracción penal de acusación falsa prevista en el artículo 271 del Código Orgánico Integral Penal [1/4], y como medida de reparación integral se ha fijado la cantidad de \$500,00 USD, que ha pagado en forma inmediata la Sentenciada; no se ha fijado valor por costas procesales. Por no haberse probado gastos, y se ha ordenado la interdicción de la misma \pm folio 498 y vuelta-; por lo tanto, la sentencia está ejecutoriada y ejecutada, habiendo causado cosa juzgada material o sustancial, que es inamovible e inmutable, por lo que no puede revisarse, en vista de que ninguna de las partes ha recurrido de ella.º (Sic), de lo que deviene con absoluta claridad, que la recurrente ha obtenido una indemnización en la vía penal \pm como parte de la reparación integral- por los mismos hechos que motivan la presente demanda; y, decir que *“la acusación maliciosa rechazada por un Juez de Garantías Penales en sentencia ejecutoriada, como en el presente caso, constituye un proceso injustificado y le causa grave afectación a su calidad moral”* (Sic), carece de asidero legal, pues, en virtud de la querrela presentada por la hoy demandada, Gladys Olivia Medina Benavides, la recurrente siguió el juicio penal de acción pública por denuncia maliciosa previsto en el artículo 271 del COIP, vía idónea para reclamar por el *“proceso injustificado”* de calumnia seguido en su contra y que le causó grave afectación a su calidad moral, dada la declaratoria de malicia de la denuncia que lo motivó, proceso dentro del cual, en atención a lo previsto en el artículo 78.3 del COIP, como medida de reparación integral (indemnización de daños materiales e inmateriales) se ha condenado a la accionada al pago de \$500,00 dólares americanos, imponiéndosele además, la pena de seis meses de privación de libertad. Razón por la cual, como lo sostiene el Tribunal de Apelación, esta acción tramitada ante la jurisdicción civil, constituye un doble enjuiciamiento que vulnera la garantía básica del debido proceso consagrada en el artículo 76.7.i) de la Constitución de la República y afecta los efectos de una sentencia ejecutoriada y la institución de la cosa juzgada prevista en el artículo 101 del Código Orgánico General de Procesos, en razón de cuya aplicación no podía seguirse un nuevo juicio pretendiendo el pago del daño moral ya dispuesto con respecto a los mismos sujetos procesales, por la misma causa, en un proceso penal. En ese sentido no se advierte error en los fundamentos de la sentencia impugnada.

QUINTO: DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, *“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 12 de marzo de 2019, las 15h03, por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte

Provincial de Justicia de Tungurahua, dentro del juicio ordinario que por daño moral sigue Myriam Yolanda Marcial Grijalva en contra de Gladys Olivia Medina Benavides. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia.

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL (E)

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

127651613-DFE

Juicio No. 17305-2012-0353

JUEZ PONENTE: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**AUTOR/A: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL. Quito, miércoles 15 de julio del 2020, las 10h51. **VISTOS:** Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto por Guido Aníbal Goyes Olalla; el que, admitido a trámite mediante auto emitido el 14 de agosto de 2019, las 12h53, constante a fs. 4-7 del expediente de casación, se encuentra en estado de resolver, para lo cual, se considera:

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 la señora doctora María de los Ángeles Montalvo Escobar, y a los señores doctores Pablo Fernando Valverde Orellana y Carlos Vinicio Pazos Medina, este último en calidad de ponente, según oficios números 2368-SG-CNJ-ROG, 2369-SG-CNJ-ROG y 2370 SG-CNJ-ROG respectivamente, asumimos competencia del presente recurso 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 1 de la Ley de Casación.

SEGUNDO: ANTECEDENTES, FUNDAMENTOS Y NORMATIVA

2.1. ANTECEDENTES

Guido Aníbal Goyes Olalla interpone recurso de casación, respecto de la sentencia dictada el 13 de

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C=ECUADOR
E=QUITO
C=QUENCA
CT08753890
0702599622

marzo de 2019, las 16h20, por un Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha¹, integrado por los doctores José Miguel Jiménez Álvarez, en calidad de ponente, Patricio Ricardo Vaca Nieto y la doctora Dilza Virginia Muñoz Moreno, dentro del juicio que por nulidad de sentencia sigue en su contra Pedro Gonzalo Ramos Armijos y Elmo Vicente Ramos Encarnación.

2.2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente expresa que la sentencia impugnada incurre en falta de aplicación del artículo 76.1 de la Constitución de la República, pues los jueces de instancia que dictaron la sentencia objeto del presente recurso de casación, al observar que la *“Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, avocó conocimiento, de la causa sin tener competencia, para que la sentencia es anulable en todo sentido conforme lo establece el Art. 299 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil debía aplicar la norma constitucional ante señalada, para así garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, declarando la nulidad de todo lo actuado por falta de citación a los jueces que dictaron la sentencia objeto de este juicio de nulidad de dicha resolución.”*

Al amparo de la misma causal, sostiene que en la sentencia existe falta de aplicación del artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, pues la sentencia y el auto de aclaración, se limitan únicamente a determinar la competencia y jurisdicción del tribunal que dictó el fallo; declara la validez procesal, omitiendo señalar que no se han cumplido con todas las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, al no haberse citado a los jueces que dictaron la sentencia cuya nulidad se demanda; y, menciona los antecedentes de la causa. Expresa que la resolución quiebra la seguridad jurídica porque no hay respeto a la palabra empeñada; que el debido proceso resulta lesionado y se fulmina su derecho a ser resarcido en los daños y perjuicios ocasionados en su contra por los demandantes de la nulidad de la sentencia. Arguye que el fallo de mayoría que impugna es una letanía de enunciados doctrinarios y legales que, en ningún momento, se adentran a contestar el cargo y explicar la pertinencia de la resolución tomada, ^a existiendo únicamente ornamento para ganar páginas y hacer parecer que se trata de una sentencia con una enorme carga de conocimientos legales y de amplio razonamiento^o (Sic) Expresa que el fallo carece de razonabilidad y lógica, que es una reproducción de las sentencias adjuntadas durante el juicio y recogidas en la sentencia de primer nivel,

¹ En virtud de la Resolución 055-2017 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura el 20 de abril de 2017, que amplía las competencias en razón de la materia a los jueces que integran la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, para que conozcan y resuelvan causas civiles y de inquilinato ingresadas al amparo del Código de Procedimiento Civil.

que se trata de mera transcripción de sentencias, por lo que no existe motivación en todo el fallo que explique al pertinencia de aplicación a los antecedentes de hecho, cita para corroborar lo expuesto, sentencia emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador.

Imputando la misma causal, señala que existe falta de aplicación del artículo 76.7.m) de la Constitución de la República, por cuanto, en uso de su legítimo derecho a recurrir, presentó recurso de apelación de la sentencia dictada por el Juez Décimo Octavo de lo Penal de Pichincha ante la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la que en sentencia reconoció su legítimo derecho y condenó a los hoy accionantes al pago de los daños y perjuicios ocasionados, quienes en forma ilegal presentan la demanda de nulidad de sentencia motivo del presente juicio sin citar a los jueces de la referida Sala a fin de que hagan valer sus derechos.

Con respecto a la falta de aplicación de los artículos 82, 169 y 172 de la Constitución de la República, señala que la sentencia impugnada transcribe la primera de las mencionadas pero no la aplica, ya que únicamente hace relación al juicio verbal sumario (de naturaleza civil) cuando se trata de daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada que conoce el juez penal que dictó la sentencia por prorrogación de funciones de conformidad con el artículo 31.1.c) del Código de Procedimiento Penal, en sujeción al procedimiento que establece el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil; y que, al no haberse demandado a los jueces de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se está vulnerando la tutela efectiva que deben tener todos los justiciables en todo procedimiento, pues no existe litis consorcio necesario pasivo para que se haya dado trámite a esta demanda de nulidad de sentencia. Acusa falta de aplicación del artículo 424 ibídem, pero no fundamenta el cargo en relación a la sentencia impugnada.

Con fundamento en la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, sostiene el recurrente que existe falta de aplicación de los artículos 346.3 y 349 del Código de Procedimiento Civil. Señala que, en la presente causa, se demanda la nulidad de la sentencia dictada por los jueces de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sin que se haya siquiera notificado a los jueces que la emitieron, doctores Patricio Carrillo Dávila, Eduardo Ochoa Chiriboga y Fausto Vásquez Cevallos, y que, para dictar sentencia^a debían declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de litis consorcio necesario (pasivo), por lo tanto, la falta de legitimación sea como actores en la o causa como puede ser demandados afecta tanto al actor como al demandado (1/4)° (Sic) y que, la resolución del juez que rechaza la demanda por falta de legitimación en la causa tiene el carácter de inhibitoria, por lo tanto no produce efectos de cosa juzgada, lo cual permite que subsanado el error pueda ser planteada nuevamente. Aduce que en todo juicio ordinario de nulidad de sentencia se debe demandar al juez o jueces que dictaron la sentencia cuya nulidad se pretende y que en el presente caso

no se observó la solemnidad sustancial prevista en el artículo 346.3 del Código de Procedimiento Civil, que debía ser declarada inclusive de oficio en sujeción a lo dispuesto en el artículo 349 ibídem.

2.3. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA RESOLUCIÓN DEL CASO

Constitución de la República del Ecuador, artículo 75: *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”*; artículo 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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.”* artículo 76.7 literales l) y m): *“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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 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. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”*; artículo 82: *“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”*; artículo 169: *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”*; artículo 172: *“Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.”*

Código de Procedimiento Civil, artículo 346.3: *“Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 3. Legitimidad de personería;”*; artículo 349: *“ Los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades 1, 2, 3, 4, 6, y 7 del Art. 346, comunes a todos los juicios e instancias; siempre que pueda influir en la decisión de la causa, salvo que conste en el proceso que las partes hubiesen convenido en prescindir de la nulidad y que no se trate de la falta de jurisdicción.”*

TERCERO. PROBLEMA JURÍDICO

Si en el proceso se han observado las solemnidades sustanciales previstas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y particularmente la legitimidad de personería; y si, la sentencia impugnada incurre en falta de motivación o vulneración de normas constitucionales atinentes a la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

CUARTO. ANÁLISIS DEL RECURSO INTERPUESTO.

4.1. PRIMER CARGO. Con fundamento en la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, sostiene el recurrente que existe falta de aplicación de los artículos 346.3 y 349 del Código de Procedimiento Civil. Señala que en la presente causa, se demanda la nulidad de la sentencia dictada por los jueces de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sin que se haya siquiera notificado a los jueces que la emitieron, doctores Patricio Carrillo Dávila, Eduardo Ochoa Chiriboga y Fausto Vásquez Cevallos, y que, para dictar sentencia *“ debían declarar la nulidad de todo lo actuado por falta de litis consorcio necesario (pasivo), por lo tanto, la falta de legitimación sea como actores en la o causa como puede ser demandados afecta tanto al actor como al demandado (¼)”* (Sic) y que, la resolución del juez que rechaza la demanda por falta de legitimación en la causa tiene el carácter de inhibitoria, por lo tanto no produce efectos de cosa juzgada, lo cual permite que subsanado el error pueda ser planteada nuevamente. Aduce que en todo juicio ordinario de nulidad de sentencia se debe demandar al juez o jueces que dictaron la sentencia cuya nulidad se pretende y que en el presente caso no se observó la solemnidad sustancial prevista en el artículo 346.3 del Código de Procedimiento Civil, que debía ser declarada inclusive de oficio en sujeción a lo dispuesto en el artículo 349 *ibídem*.

4.1.1. El artículo 3 la Ley de Casación, prescribe que el recurso podrá fundarse, entre otras, en la siguiente causal: *“ 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° Del contenido de la causal, devienen los requisitos para su procedencia: a) Vulneración de normas procesales; y, b) Nulidad insanable, es decir, deben cumplirse con los principios de especificidad, trascendencia, no convalidación y protección (indefensión). Se debe considerar que la causal en mención incorpora vicios que afectan la validez de la causa y provocan la nulidad parcial o total del proceso y su renvío, por lo que para su análisis ha de revisarse el proceso en su integridad.

El principio de especificidad implica que el motivo de nulidad debe hallarse contemplado en la ley, no hay nulidad sin ley que la establezca. El principio de trascendencia, lleva implícita la importancia de la declaratoria de nulidad, es decir, la nulidad es medida de última ratio y solo ha de declararse cuando no sea posible aplicar otra solución para salvaguardar los derechos de los justiciables. La convalidación implica ratificar o consentir en la nulidad, obviamente por la parte perjudicada con ella. Y, finalmente la indefensión, entendida como la privación del ejercicio constitucional del derecho a la defensa.

4.1.2. El recurrente, en una confusa argumentación, sostiene que en la presente causa existe ilegitimidad de personería por cuanto no se ha demandado a los jueces que dictaron la sentencia cuya nulidad se demanda, y que en tal virtud debería declararse la nulidad por falta de legitimación pasiva en la causa, confundiendo la legitimidad de personería, capacidad para comparecer a juicio por sí mismo como actor o demandado, con la legitimidad en la causa, entendida como la calidad que deben tener las partes procesales en relación con el objeto materia de controversia. La ilegitimidad de personería produce como efecto la nulidad, pues se trata de una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, prevista en el artículo 346.3 del Código de Procedimiento Civil; mientras que la falta de legitimación en causa provoca sentencia inhibitoria, pues al no estar debidamente constituida la relación jurídica no es posible dictar sentencia de fondo. La Corte Nacional de Justicia ha señalado al respecto: *“La legitimidad de personería (legitimación en el proceso), establecida en el artículo 346.3 del Código de Procedimiento Civil, como solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, constituye la capacidad procesal para comparecer en juicio por sí mismo, como actor o demandado, la ilegitimidad produce como efecto la nulidad. El artículo 33 del Código de Procedimiento Civil, señala las personas cuya intervención directa produciría ilegitimidad de personería, al prescribir “No pueden comparecer a juicio como actores ni como demandados: 1. El*

menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal o para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal; y, 2. Las personas jurídicas a no ser por medio de su representante legal.^o ; ilegitimidad que no debe ser confundida con la legitimación en causa. 3.3 La legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso. Para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legítimo contradictor)^{1/4} La falta de legitimación en causa implica rechazo a la demanda, e impide dictar una sentencia de fondo. No produce nulidad.^{o 2}

4.1.3. En virtud de lo expuesto y de la causal invocada, corresponde a este Tribunal verificar si en el proceso existe ilegitimidad de personería; en este contexto, se observa que tanto los accionantes Pedro Gonzalo Ramos Armijos y Elmo Vicente Ramos Encarnación, como el accionado, Guido Aníbal Goyes Olalla, han comparecido por sus propios y personales derechos, se trata de personas capaces que pueden obligarse por sí mismas y sin el ministerio o autorización de otra; y que, ninguno de ellos se enmarca en los presupuestos del artículo 1463 del Código Civil, por tanto la acusación carece de fundamento.

Ahora bien, con respecto a la supuesta falta de litis consorcio necesario pasivo por no haberse citado a los jueces que emitieron la sentencia cuya nulidad se demanda, es menester precisar que de conformidad con el artículo 286 del Código de Procedimiento Civil *“Las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo, salvo los casos expresados en la ley.”* Respecto a la legitimación en causa, la doctrina ha señalado que ^{a 1/4} *no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas; y b) Cuando aquellas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso*^o De lo expuesto se colige con claridad, que no cabe argüir falta de legitimación ad causam, pues los jueces no tienen interés sustancial en las causas que resuelven, su facultad legal, es administrar justicia; por tanto, citar a los juzgadores dentro de un juicio de nulidad de sentencia resultaría un equívoco innecesario que, en efecto, produciría falta de legitimación, al no ser los llamados a contradecir la pretensiones que se formulan en esta clase de procesos, en este sentido se ha pronunciado la Corte

2 Sentencia dictada dentro del juicio número 17711-2012-0043, en fecha 26 de febrero de 2014 (Caso Córdova vs Acosta).

Nacional de Justicia: *“ Al respecto, a este tribunal le corresponde dejar claramente establecido que la jueza Olga Lapierre, quien dictó la sentencia originaria, en calidad de jueza de familia, niñez y adolescencia y como administradora de justicia que es, no tiene interés sustancial alguno en la causa y por tanto, no puede formar parte de esta relación jurídica procesal. Y al haber sido demandada y citada, debió limitarse a oponer las excepciones correspondientes. Sin embargo, su intervención en el proceso no conlleva nulidad procesal. Por tanto, a partir de este momento dejará de ser considerada como parte procesal, particular que se tendrá en cuenta para la valoración de la prueba.”*³ En virtud de lo expuesto, se desecha el cargo por improcedente.

4.2. SEGUNDO CARGO. Para fundamentar las acusaciones al amparo del caso 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente señala los mismos argumentos que utilizó para formular la causal 2 analizada en párrafos precedentes, esto es, que en la presente causa se ha omitido citar a los jueces de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que dictaron el fallo cuya nulidad se pretende, lo cual ha sido debidamente analizado en el considerando 4.1.3. de esta sentencia, por lo que no cabe pronunciamientos adicionales en este sentido.

4.2.1. No obstante, habiéndose acusado falta de motivación de la resolución, y por la importancia de carácter constitucional y legal de dicho presupuesto, este Tribunal procede a analizarlo en los siguientes términos:

La Constitución de la República del Ecuador, entre las garantías básicas del debido proceso, establece como parte del derecho a la defensa, la motivación de las resoluciones emanadas por los poderes públicos, expresando de manera textual lo siguiente: *“ 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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 1/4) 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*

³ Caso número 09209-2017-01673 (Galarza vs Flores). Sentencia dictada el 15 de marzo de 2019 por el Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia (Resolución 073-2019).

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, garantía constitucional que se encuentra prevista además como facultad jurisdiccional de juezas y jueces en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

De la lectura de la sentencia impugnada, este Tribunal observa que, en ella, los Jueces de Apelación, luego de reseñar con precisión y claridad los antecedentes del caso en la parte expositiva del fallo, analizan los requisitos para la procedencia de la acción de nulidad de sentencia y concomitantemente lo relativo al juicio de liquidación de daños y perjuicios provenientes de una infracción penal; analizan doctrinariamente el derecho a recurrir y pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de los juicios de única instancia. Explica y detalla la prueba actuada dentro del proceso de forma lógica y razonable, ligando los hechos con la norma aplicable al caso y explicando la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho justificados en el proceso, señalando que los jueces de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, no tenían competencia para tramitar el recurso de apelación por los daños y perjuicios, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 845 del Código de Procedimiento Civil. En tal virtud, la sentencia es razonable, lógica y comprensible, cumpliendo en forma íntegra con los parámetros esgrimidos por la Corte Constitucional para una debida motivación. Razones por las cuales, este Tribunal desecha el cargo.

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^o NO CASA la sentencia dictada el 13 de marzo de 2019, las 16h20, por el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del juicio que por nulidad de sentencia siguen Pedro Gonzalo Ramos Armijos y Elmo Vicente Ramos Encarnación en contra de Guido Aníbal Goyes Olalla. Sin costas. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia para los fines de ley.

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E)

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

128155642-DFE

Juicio No. 17316-2017-00820

JUEZ PONENTE: MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES, JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)**AUTOR/A: MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL.** Quito, miércoles 22 de julio del 2020, las 12h40. VISTOS:

Para resolver el recurso de CASACIÓN interpuesto por JOSÉ VICENTE LÓPEZ MEJÍA, de la sentencia pronunciada por el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se considera:

1.- ANTECEDENTES

José Vicente López Mejía interpuso recurso de casación de la sentencia pronunciada con voto de mayoría, por el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que desechó el recurso de apelación interpuesto por el demandado y confirmó la sentencia que le fuera en grado, que declaró la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio a favor de Emilio Gonzalo Torres Falcón, reformándola únicamente en cuanto se desechó, también, la reconvención planteada por la parte demandada, pues, si bien el señor juez se refirió a la contrademanda en la parte final del considerando séptimo, no se pronunció sobre ella en la parte resolutive. Admitido a trámite el recurso respecto a los cargos relacionados a los casos primero, cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el Tribunal convocó la audiencia que tuvo lugar el día 24 de junio del 2020. En la diligencia el recurrente ratificó la fundamentación realizada por escrito, insistió en que los jueces deben buscar la verdad procesal y, para hacerlo, como lo señala la Corte Constitucional, no pueden ser excesivamente formalistas. Alegó que en la sentencia se incurrió en errores por la falta de valoración de la prueba, debido a que no se aplicó el artículo 130 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, que habría permitido la evacuación de prueba que fue anunciada en el escrito de fundamentación de la apelación. Afirmó que la norma que, según él, se dejó de aplicar, regula la obligación del juez de aceptar la prueba, pero en este caso no toda la prueba fue admitida, por tanto, los jueces de segunda instancia no tuvieron oportunidad de conocer los acontecimiento que sucedieron entre la sentencia y la audiencia de apelación. Hizo conocer la documentación conseguida con posterioridad a la sentencia de primera instancia, con la cual se acreditan hechos ocurridos en el año 2010. Explica que el motivo por el cual el Tribunal de Apelación negó la prueba anunciada es porque no cumple los requisitos del artículo 258 del Código Orgánico General de Procesos pero, a su criterio, lo hizo violando la ley, pues, según su tesis, siendo un proceso de conocimiento, de acuerdo con las

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES
JUEZA NACIONAL (E)
C=ECUADOR
O=GOBIERNO
OU=SECRETARÍA
DE JUSTICIA
CN=008753890
070259822

normas constitucionales, debió aplicarse el numeral 10 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, con lo cual se admitiría prueba y no tendríamos la sentencia que se dictó, que incurre en una grave transgresión, al no considerar la relación que existió entre René Correa y el accionante, por la cual se entregó una cantidad de dinero por la construcción realizada en el interior del inmueble, con lo cual se habría demostrado que el actor es mero tenedor, lo que se corroboró, según el recurrente, con la prueba anunciada y con los testimonios propios; lo cual llevaría a establecer la naturaleza de la relación con el supuesto posesionario, insiste en que la prueba que no fue admitida en segunda instancia lo dejó en indefensión. En cuanto al caso cuatro del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos afirmó que los juzgadores no hacen una valoración extensiva de la declaración del señor Torres Falcón, porque no se aplicaron las normas que se refieren a la buena fe, a la mera tenencia, a la prueba de la posesión y a los requisitos para que la mera tenencia se convierta en posesión. En el quinto caso acusó al fallo en sentido de que los juzgadores no consideraron que el señor Torres es mero tenedor del inmueble, puesto no aplicaron normas del Código Civil y no llegaron a conocer cómo ocurrieron los hechos, como consecuencia de que no se permitió la actuación de prueba, siendo obligación de los jueces buscar la verdad procesal, por lo cual solicita que se acepte el recurso y se disponga que los jueces de segunda instancia ordenen la práctica de la prueba oportunamente anunciada. El defensor técnico del actor, a nombre de su defendido, manifestó que el recurso de casación es una institución que tiene por objeto unificar la jurisprudencia y examinar si la sentencia contiene errores de derecho, lo que no ha ocurrido en este caso, además alegó que el recurrente no explicó ni señaló cuáles son los errores de aplicación de la norma, precisó que aquí no se discutió la posesión, se trata de un hecho acreditado con la prueba del actor y ratificado por el propio demandado al reconvenir la reivindicación, acto de proposición que supone la aceptación de la calidad de poseedor. Luego de la deliberación el Tribunal emitió la decisión oral en la cual rechazó el recurso y no casó la sentencia. Corresponde pronunciar la sentencia escrita motivada y lo hace en los términos que constan a continuación.

2.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN. VALIDEZ PROCESAL

2.1 El Tribunal de Casación, integrado por los señores jueces Dra. María de los Ángeles Montalvo Escobar, Dr. Pablo Fernando Valverde Orellana y Dr. Carlos Vinicio Pazos Medina, es competente para conocer y resolver el recurso de casación, de conformidad con artículos 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 273 del Código Orgánico General de Procesos y con las Resoluciones 197-2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura, 07-2019 de la Corte Nacional de Justicia.

2.2 Al recurso de casación se le ha dado el trámite que, por su naturaleza le corresponde, y no se

aprecia omisión de solemnidad sustancial que hubiera podido influir en la decisión.

3.- FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN Y AUTO DE ADMISIBILIDAD

3.1 En el escrito de 9 de mayo del 2019 el demandado interpone el recurso de casación, lo hace con fundamento en los casos 1, 4 y 5 del Artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Las normas de derecho que considera infringidas son los artículos 721, 729, 969 y 2410 del Código Civil; 158, 221, 224 y 227 del Código Orgánico General de Procesos, relativos a la finalidad de la prueba, prueba de oficio y el valor procesal del informe pericial, así como los artículos 166, 168 y 258 del Código Orgánico General de Proceso, y, 76 7.1) de la Constitución, relacionada con la obligación de motivar.

3.2 Recibido el expediente la señora Conjueza Nacional: Dra. María Alejandra Cueva Guzmán, ordenó completar el recurso de casación, hecho lo cual, en auto interlocutorio de 13 de noviembre del 2019, declaró la admisibilidad del recurso interpuesto por José Vicente López Mejía, respecto a los cargos relacionados a los casos primero, cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

4.- ANÁLISIS MOTIVADO

Declarada la admisibilidad del recurso por tres casos este Tribunal los analizará en forma independiente.

4.1 CASO 1 DEL ARTÍCULO 268 COGEP

4.1.1 Conforme el auto interlocutorio de admisión del recurso de casación y a la fundamentación realizada en la audiencia, el recurrente acusa la sentencia de indebida aplicación y errónea interpretación del artículo 258 del Código Orgánico General de Procesos y falta de aplicación del artículo 130.10 del Código Orgánico de la Función Judicial

4.1.2. Procederá el recurso de casación, de conformidad con el artículo 268.1 del Código Orgánico General de Procesos: 1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el 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.

4.1.3. El primer yerro acusado consiste, según el recurrente, en la indebida aplicación y errónea interpretación del Art. 258 del Código Orgánico General de Procesos. Las norma, supuestamente infringida, dispone: *“ Con la fundamentación se notificará a la contraparte para que la conteste en el*

término de diez días. En materia de niñez y adolescencia el término para contestar será de cinco días. En este término la contraparte podrá adherirse fundamentadamente al recurso de apelación. El apelante hará valer sus derechos en audiencia. Tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos. También podrá solicitarse en las correspondientes fundamentación o contestación la práctica de prueba que, versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. La apelación y la adhesión no fundamentada serán rechazadas de plano, teniéndose por no deducido el recurso.^o

4.1.4 En el escrito en el que completa el recurso de casación, el demandado precisa que ^a se solicitó a la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, aplicando la norma procesal el artículo 258 del Código Orgánico General de Procesos, así como se invocó la práctica de prueba para mejor resolver y más aún que se practique de oficio, pero la Sala de apelación resolvió negar la práctica de prueba en esa instancia. Esta denegación de la prueba obtenida a partir de la sentencia de primera instancia, finalmente influye en la decisión de la causa, porque no permitió a los jueces miembros de la Sala de la Corte Superior, por la sola aplicación del formalismo, el que no conozca y se demuestre que la edificación que dice el accionante haber realizada, fue ejecutada con conocimiento del propietario de ese entonces, (1/4) se negó a actuar, lo cual finalmente influye en la decisión de la causa. (1/4) Esta interpretación de la norma procesal de considerar ^a prueba nueva^o, solo a hechos posteriores a la fecha de que se dictó la sentencia de primer nivel tomando en consideración la fecha del suceso, mas no de la información que pudo haber recabado el accionado y los de la obtención de la documentación, generó la negación de prueba que finalmente incide en la resolución que se adopta.^o

4.1.5 Entre los defectos de técnica que se refieren a la casación que impiden que el Tribunal realice un estudio de fondo sobre las violaciones de la ley, está ^a la indicación de que frente a una misma norma y en el mismo cargo, simultáneamente han ocurrido dos formas de quebranto^o (Murcia Ballén, Humberto, ^aLa casación civil en Colombia, p. 615). Si bien la Conjueza Nacional admitió la casación, lo cierto es que las especies de quebranto son mutuamente excluyentes y no pueden concurrir en el mismo cargo.

4.1.6 En el auto interlocutorio se admitió el cargo de falta de aplicación del artículo 130 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

4.1.7 La norma que, según el recurrente, no fue aplicada dispone: *Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial: 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:¼10. Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdadº.

4.1.8 El casacionista, en el escrito en el que completó el recurso de casación, al respecto de este cargo y norma argumentó: ^a la Corte Nacional de Justicia en el fallo dictado en la causa No. 215-2014 dice: <El Código Orgánico de la Función Judicial -norma que entró en vigencia luego de la expedición de la Constitución del 2008- faculta a los jueces para ordenar de oficio la práctica de prueba. Se ubica <la prueba de oficio> entre los poderes, deberes y facultades que tiene el juez moderno para direccionar el proceso>. Según el criterio transcrito, el juez moderno tiene el poder, deber y facultad para direccionar el proceso, lo cual no se aplicó procesalmente¼º

4.1.9 La transgresión de la ley por falta de aplicación requiere que los jueces, en la selección de las disposiciones, debiendo haber hecho actuar a la norma en el caso controvertido la ignoraron. En la especie la norma que, según el recurrente, se dejó de aplicar consigna una facultad no una obligación. El artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos regula la prueba para mejor resolver y dispone: ^a *La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidosº.* Al referirse a esta clase de prueba el profesor Lino Enrique Palacio Enseña que ^a *No obstante la amplitud de todas estas disposiciones, está claro que los poderes de iniciativa probatoria que se acuerdan a los jueces no significan, de ninguna manera, una derogación del principio dispositivo. Ello es así, en primer lugar, porque tales poderes no autorizan la producción de diligencias probatorias que sean ajenas a los º hechos controvertidosº en el caso concreto. Y, en segundo lugar, porque los poderes del juez no está destinados a excluir la actividad de las partes, sobre quienes continúa pesando la carga de la prueba. En rigor, la iniciativa judicial en materia probatoria reviste carácter complementario con respecto a aquella carga, y su objetivo consiste en eliminar las dudas con que puede tropezar la apreciación del juez, en los casos en que la prueba producida por las partes no sea lo suficientemente esclarecedora. c) Las facultades instructorias de los jueces no pueden ejercerse, según la jurisprudencia, para suplir la omisión o la negligencia de las partes, pues ello implicaría una manifiesta alteración del principio de igualdad procesal¼.º* (Palacio, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, Sexta Edición Actualizada, ps.475-476). Por consiguiente, si los jueces no consideraron necesaria la práctica de prueba para el esclarecimiento de la verdad, no estaban obligados a ordenarla de oficio, como pretende sostener el recurrente, por lo que la acusación en este sentido no tiene sustento.

4.1.10 En definitiva no existe violación de la ley por el caso del numeral 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por lo que no se admite el recurso por este caso.

4.2 CASO 4 DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

4.2.1 De acuerdo con el texto del auto interlocutorio de admisibilidad ^aEn lo que respecta al caso cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, argumenta que el Tribunal no aplicó los artículos 721, 729, 969, 2410 del Código Civil y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial^o

4.2.2 El recurso de casación procederá, de conformidad con el número 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos: *“ 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^o*

4.2.3 Los errores por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, tienen que ver con la violación del deber del juez en el razonamiento, el yerro ocurre por la falta de selección de la norma que regula la forma de valorar la prueba.

4.2.4 A pesar de que el caso invocado se refiere a precepto jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, de acuerdo a la fundamentación y al auto de admisibilidad, que no fue impugnado por el casacionista, el recurrente no ha señalado ninguna norma relacionada con valoración de la prueba, las disposiciones que acusa como infringidas por no aplicadas, son normas sustantivas que se refieren a la presunción de buena fe, a la definición de mera tenencia, a la prueba de la posesión del suelo y a los requisitos para la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. El artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial desarrolla el principio de verdad procesal y dispone que *“ las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su posición^o*. En general, el principio es un mandato de optimización y si bien se trata de una norma jurídica que debe ser aplicada no soluciona conflictos, como lo señala el doctor Ramiro Ávila *“ El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden ser determinadas en el caso concreto, por esto Alexy afirma que los principios proporcionan un haz de posibilidades para la persona que interpreta o aplica el derecho. La ambigüedad es una característica esencial del principio. El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier*

situación fáctica, carece de concreción^o (Ávila Santamaría, Ramiro, ^aLos derechos y sus garantías^o, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, p. 63). El principio de verdad procesal significa que cuando los jueces resuelvan deben hacerlo atendiendo a los elementos aportados por las partes, por consiguiente, ya en los casos concretos, no puede resolver en base de prueba no producida por las partes. Por la naturaleza del principio no se puede alegar su falta de aplicación al caso concreto sin relacionarlo con algún derecho procesal específico o con alguna prueba en concreto, por lo cual el cargo no es admisible y se lo rechaza.

4.3 CASO 5 DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

4.3.1 El casacionista, inicialmente, acusó a la sentencia de violar la ley por errónea interpretación del artículo 2410 numeral 4 del Código Civil y por falta de aplicación del inciso segundo de los artículos 728 y 731 del Código Civil. No obstante, al fundamentar este cargo se refirió únicamente a la interpretación errónea del numeral 4 del artículo 2410 del Código Civil, yerro que, según dice, se produjo porque el accionante en la declaración de parte reconoció ser mero tenedor

4.3.2 La norma cuya violación se reprocha dispone: ^a 2410.- *Prescripción extraordinaria. El dominio de las cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse: 1/44.- 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*1/4^o

4.3.3 La violación directa de la ley sustantiva por errónea interpretación consiste en el yerro acerca del contenido de la norma, el quebranto se produce porque el juez selecciona adecuadamente la norma pero le da un alcance que no tiene. El recurso de casación por este caso no admite consideración alguna respecto de los hechos y tampoco cabe el examen de la prueba.

4.3.4 El recurrente sostiene que el actor es un mero tenedor, la mera tenencia es la detentación de hecho de una cosa respecto de la cual se reconoce dominio ajeno. Como lo señala la norma a que se refiere el recurso existen títulos de mera tenencia, pero la declaración de parte, que es un medio de prueba, no tiene tal calidad. De conformidad con el artículo 729 del Código Civil, la mera tenencia es la detentación de una cosa en lugar o a nombre de otro, como la que tiene el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el titular del derecho de habitación, etc. En la especie de la declaración de parte no se desprende que el demandante hubiera aceptado la calidad de tenedor. Por consiguiente, la sentencia no incurre en el yerro que se acusa.

4.4.- Del análisis realizado este Tribunal concluye que no existe violación de la ley en la sentencia, además de las deficiencias de técnica, el recurrente no logró establecer, con claridad, la forma en que

se produjo el vicio que sustenta las causas invocadas, su acusación se dirige más bien a impugnar la inadmisión de prueba en segunda instancia, lo cual, como se indicó anteriormente no es causa de casación.

5.- DECISIÓN

Por estas consideraciones, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso interpuesto y NO CASA la sentencia pronunciada, con voto de mayoría por el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Sin costas ni honorarios que regular en este nivel jurisdiccional. Notifíquese.

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO

JUEZ NACIONAL (E)

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

128142698-DFE

Juicio No. 17230-2016-19322

JUEZ PONENTE: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**AUTOR/A: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL. Quito, miércoles 22 de julio del 2020, las 11h27. **VISTOS:** En el juicio ordinario de daños y perjuicios, seguido por el doctor Cristian Fierro García en calidad de procurador judicial de las señoras María Yépez Saltos y Narcisa Saltos Sánchez contra los cónyuges Aida García Hidalgo y William Eduardo Elmir Montalvo, y del señor William Daniel Elmir García; viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, los recursos extraordinarios de casación formulados por actoras y demandados, que impugnan la sentencia expedida el 14 de febrero del 2019, a las 15h57, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Admitidos a trámite los recursos, por la señora Conjujeza competente de esta Sala Especializada, corresponde resolverlos en virtud de la causales planteadas y admitidas, bajo las siguientes consideraciones:

PRIMERO: COMPETENCIA

En virtud de que los suscribientes hemos sido designados Conjujeces 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 Pablo Fernando Valverde Orellana y Carlos Vinicio Pazos Medina; actúa el señor Conjujez Nacional, doctor Yuri Palomeque Luna por excusa de la señora doctora María de los Ángeles Montalvo, asumimos competencia de la presente causa 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 1 de la Ley de Casación.

SEGUNDO: ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO**FUNCIÓN JUDICIAL**
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
Orellana
C=BUENOSA
Aires
003069889
0102353612

2.1.- Antecedentes.- la parte accionante comparece señalando, que la señora María Fernanda Yépez Saltos adquirió el 18 de enero del 2013, un departamento para que pudiera vivir en el su señora madre Narcisa Alexandra Saltos Sánchez, en el edificio ALIONE ubicado en la Av. Eloy Alfaro, transversales calles José Correa y Carlos Julio Arosemena, barrio Borja Yerovi, parroquia Benalcázar, correspondiente a uno de los proyectos inmobiliarios que, en el año 2011, ofertaba y construía la parte demandada bajo el nombre comercial ^aWilliam Elmir & Asoc. Grupo Inmobiliario^o; que el 6 de julio de 2011, en la Notaría Trigésima Séptima del cantón Quito, la señora María Fernanda Yépez Saltos representada por su madre Narcisa Alexandra Saltos Sánchez, en calidad de promitente compradora y los cónyuges William Eduardo Elmir Montalvo y Aída García Hidalgo, por sus propios derechos y por los que representan en la sociedad conyugal, en calidad de promitentes vendedores, prometieron vender y dar en perpetua enajenación a favor de la promitente compradora, y ésta a su vez prometió comprar el departamento 9A con un área construida de 96.80m², la bodega No. 1 y el parqueadero No. 8 que forman parte del Edificio Alione antes citado, por el precio de USD\$ 121,200.00 y que posteriormente suscribieron el contrato definitivo de compraventa. Que, en el mes de enero de 2014 tras retornar al Ecuador después de visitar a su hija en los Estados Unidos de América, la señora Narcisa Alexandra Saltos Sánchez se dirigió al departamento acompañada de personas especializadas en la instalación de cortinas y no pudo ingresar fácilmente, y al lograr abrir la puerta, vio que el departamento estaba completamente inundado, el piso levantado y destruido, los muebles y adornos, mojados y arruinados; el techo devastado, closets con daños importantes y paredes cuarteadas; que luego de averiguar determinó, que la inundación se produjo a consecuencia de una construcción deficiente del cuarto de bombas y tanque de agua del edificio; que se encuentra sobre el departamento. Tanques y bombas que los constructores a cargo del proyecto inmobiliario Edificio Alione, señores William Eduardo Elmir Montalvo y William Daniel Elmir García, bajo el nombre comercial ^aWilliam Elmir & Asoc. Grupo Inmobiliario^o; no habrían diseñado, planificado ni construido un lugar que permita el desfogue de agua y evite toda inundación; que el hecho específico que provocó la primera inundación, respondió a que, los constructores, al entregar el inmueble, no se habían percatado o si lo hicieron, no le dieron importancia que el caso ameritaba, que el tanque que está ubicado sobre el departamento de la actora, estaba fisurado, por lo que había una fuga de agua; que de haberse construido sumideros suficientes para que filtre el agua, habría sido controlada y no habría provocado la inundación del departamento; que ni en el cuarto de bombas ni la terraza adyacente, cuentan con sumideros suficientes y necesarios para filtrar el agua; que el cuarto de bombas no se halla impermeabilizado; que por el agua represada y no tener sitio de desfogue se desbordó en el departamento de las actoras. Que la señora Narcisa Alexandra Saltos Sánchez se puso en contacto con el señor William Eduardo Elmir Montalvo y le solicito que solucione el siniestro acaecido y que le indemnice los daños patrimoniales; que sus peticiones no fueron atendidas y

después de varios meses de discusiones se comprometieron únicamente a arreglar el piso del interior del departamento, y que nada hicieron por prevenir que en el futuro se produjere otro inundación; que la actora puso a disposición de la parte demandada el departamento y que mientras arreglaban tuvo que trasladarse a su ciudad natal. Que, en el mes de junio de 2014 la señora Narcisa Alexandra Saltos Sánchez recibió de la parte demandada el departamento con las refacciones que supuestamente habían realizado los constructores; percatándose que el piso colocado en el departamento era distinto y muy inferior al que tenía originalmente, ante el reclamo a la señora Aída García Hidalgo se comprometió a cambiar el piso, que debió ser cubierto por la señora Narcisa Alexandra Saltos Sánchez, quien aportó US\$500.00 para el arreglo. Que, en el mes de diciembre de 2015, mientras la señora Narcisa Alexandra Saltos Sánchez pasaba con su hija las festividades navideñas y de fin de año, en los Estados Unidos de América, recibió un correo electrónico del administrador del Edificio Alione, señor Jorge Albán, quien le indicaba que se había desbordado agua en el cuarto de bombas y que existía la posibilidad que su departamento este nuevamente inundado, que el agua que se había filtrado era de tal magnitud que caía por las escaleras e incluso había dañado el ascensor del edificio, que el desbordamiento había ocurrido en la noche y no se habían dado cuenta; que debió acortar abruptamente las vacaciones y retornar a Quito; que al llegar, el departamento se encontraba completamente inundado, el techo destrozado, piso levantado, paredes cuarteadas, closets dañados, muebles y adornos arruinados; que la señora Narcisa Alexandra Saltos Sánchez se contactó con el constructor señor William Eduardo Elmir Montalvo para solicitar inmediata y definitiva solución; que los daños y problemas provenientes de la construcción del inmueble y el edificio han inferido a la actora graves daños y perjuicios patrimoniales y morales que deben ser resarcidos. Que, los daños patrimoniales y morales son consecuencia de la participación directa de la parte demandada en las acciones y omisiones enmarcada en los artículos 1572, 2214 a 2217, 2220, 2224, 2229 y 2231 a 2233 del Código Civil; fundamenta la demanda en los artículos 66 numerales 2, 3, 4, 25, 26 y 27 de la Constitución; 1453, 1561, 1562, 1764, 1768, 1777, 1797, 1798, 1800, 1801, 1806 y 1807 del Código Civil. Solicita que, en sentencia, se les condene a los demandados a resarcir el pago de una indemnización de US\$ 30,000.00, por daños y perjuicios patrimoniales por parte de los vendedores; a resarcir pecuniariamente al pago de la indemnización de US\$ 30,000.00 por daños y perjuicios patrimoniales por los señores William Eduardo Elmir Montalvo y William Daniel Elmir García, bajo el nombre comercial ^aWilliam Elmir & Asoc. Grupo Inmobiliario^o; a resarcir pecuniariamente mediante el pago de US\$ 100,000.00 por daños y perjuicios morales ocasionados; que en el inmueble se realice una obra que constituya una reparación integral y definitiva que impida que el agua se acumule, represe y se desborde hacia el departamento.

Los demandados al contestar la demanda, niegan que la primera inundación del departamento de las

actoras se haya producido porque los constructores, al entregar el edificio, no se hayan percatado o no le dieron importancia que ameritaba, a que el tanque de agua del edificio estaba fisurado, pues según indican, la entrega del inmueble al administrador fue el 22 de agosto del 2013 y la fisura del tanque se suscitó en enero del 2014. Añaden que dicha fisura no es responsabilidad del constructor sino de la compañía Hidrosistemas, empresa que en su momento habría reconocido su obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados por la indebida instalación del sistema de agua caliente en el edificio; además de que los sumideros dispuestos por toda la terraza del edificio cuentan con los diámetros y perímetros correctos para que el agua caiga y desfogue sin empozamiento ni inundación, por lo que de ninguna manera existe una deficiente o defectuosa construcción. Recalcan que la acción por vicios redhibitorios prescribe en un año desde la entrega real de la cosa, y que en el caso del departamento 9A se entregó a las actoras el 15 de marzo del 2013, por tanto, consideran que a la fecha la acción se encuentra prescrita. Con respecto a la segunda inundación, ocurrida el 24 de diciembre del 2015, insisten en que esta se produjo por la negligencia de la empresa Hidrosistemas, al haber instalado para el agua caliente una tubería de plástico, en tal razón consideran que existe falta de legitimidad pasiva y que la demanda debe ser negada por improcedente.

Con fecha 10 de agosto del 2017, las 14h14, el Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, acogiendo la alegación de los accionados, dicta sentencia rechazando la demanda por falta de litis consorcio necesario pasivo, señalando que no se ha demandado a todos quienes tienen derecho a contradecir la acción planteada. Decisión que las actoras recurren en apelación y los demandados se adhieren, la misma fue resuelta por el tribunal Civil de la Corte Provincial de Pichincha, en sentencia el 14 de febrero del 2019, aceptando el recurso de apelación y por tanto condenan, a los demandados, al pago de la totalidad de treinta y unos mil seiscientos sesenta y seis dólares con noventa y tres centavos, por concepto de daños materiales y morales. Inconformes con dicha resolución, actoras y demandados, interponen sendos recursos de casación.

2.2.- Fundamentos del recurso de las actoras, representadas por su procurador judicial, doctor Christian Fierro García: consta en el auto de admisión, de fojas 31-33 del cuadernillo de casación, que el recurso ha sido admitido a trámite por los casos segundo, tercero y cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

2.2.1. Conforme el libelo casatorio y el escrito complementario, por el segundo caso de casación, las recurrentes denuncian que la sentencia de segunda instancia, adolece de la debida motivación; toda vez que incumple con el requisito de razonabilidad, al no contemplar la totalidad de pretensiones que

fueron expuestas en la demanda, vulnerando dicen, los artículos 82, 92 y 95 del Código Orgánico General de Procesos; consideran que el fallo, también carece de lógica, indicando que si bien el Tribunal sostiene que efectivamente existe un daño, en la parte resolutive de la sentencia, no se pronuncian sobre el lucro cesante y el resarcimiento integral de los daños; concluyen el cargo aduciendo que tampoco es comprensible, puesto que la conclusión del fallo es incongruente con el resto de su contenido.- Con respecto al caso tres de casación, continúan su alegación bajo la misma acusación de la anterior causal, esto es, que el tribunal ad quem omitió resolver sobre todos los puntos controvertidos de la Litis.- Por último y con apoyo en la causal cuarta, acusan la infracción del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de valoración de la totalidad de la prueba y por tal, se habría dejado de aplicar lo dispuesto en los artículos 88, 92 y 85 ibídem, así como el 1572 del Código Civil.

2.3.- Fundamentos del recurso de la parte demandada, señores William Eduardo Elmir, Aída García Hidalgo y William Daniel Elmir García: con referencia a esta impugnación, se ha admitido a trámite por los casos primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

2.3.1.- Por el primer caso de casación, arguyen la falta de aplicación del artículo 153. 3 del Código Orgánico General de Procesos, reseñan que el demandado William Daniel Elmir, desde el momento en que presentó excepciones previas, anunció que existe falta de legítimo contradictor, por cuanto el prenombrado demandado, no ha intervenido como parte contractual en la transferencia de dominio del departamento de las actoras, no ha sido, dicen, constructor o proveedor del edificio; en ese contexto consideran, que no hay justificación contractual ni extracontractual que explique tenerlo como parte procesal y mucho menos sentenciarlo atribuyéndole responsabilidad, situación que no ha sido valorada por el Tribunal de apelación. Refieren que en el fallo recurrido, no se fundamenta ni el por qué, ni el cómo se atribuyen responsabilidades a cada uno de los accionados, que se ha realizado una presunción general de responsabilidades, basándose únicamente en la relación de parentesco, lo que ha propiciado la falta de aplicación de los artículos 27, 28, 29 y 140 del Código Orgánico General de Procesos.- En ese mismo sentido formulan el cargo por la causal segunda, añadiendo que la sentencia recurrida es meramente enunciativa, carente de motivación, pues no explica la relación de causalidad entre el daño perpetrado y la responsabilidad por acción u omisión del señor William Daniel Elmir.- Prosiguen con el caso cuarto de casación, por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, consideran que de haberse aplicado correctamente las reglas procesales sobre pertinencia, utilidad, conducencia de la prueba y valoración en su conjunto, no se hubiera incurrido en la omisión de aplicar los artículos 160.3 y 201 del Código de Comercio, al tomar para efectos de la cuantificación de la indemnización, facturas que carecen de la necesarias razones de

aceptación y pago total o parcial.- Finalizan con varias alegaciones por el caso quinto de casación, iniciando por la presunta prescripción de la acción redhibitoria de las actoras y de la acción por daños, para el efecto se acusa la falta de aplicación de los artículos 1806, 1807, 2392, 2424 y 2235 del Código Civil; en adición consideran que la condena al pago de veinte mil dólares por concepto de daño moral es exorbitante, tomando en cuenta que para este cálculo se tomó como base una factura por ciento cincuenta dólares, que no cumple con los requisitos para este tipo de documentos. En ese contexto, hacen hincapié en que el constructor no es el responsable de los daños producidos en el departamento de las actoras.

2.3. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA RESOLUCIÓN DEL CASO.

2.3.1. Artículo 2184 del Código Civil: ^aLas obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.º

2.3.2. Artículo 1572 del Código Civil: ^aLa indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.º

2.3.3. Artículo 2214 del Código Civil: ^aEl que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.º

TERCERO: PROBLEMA JURÍDICO

En atención a los puntos esgrimidos en el recurso de casación, a este Tribunal le corresponde resolver:

Si la sentencia impugnada adolece de nulidad y falta de motivación, o ha resuelto menos de lo pedido (citra petita), vulnerado los preceptos de valoración probatoria e infringido las normas sustantivas relativas a los vicios redhibitorios, al condenar a los demandados al pago de valores exorbitantes en concepto de daños extracontractuales y morales a las actoras.

CUARTO: ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Puesto que el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos así como la doctrina establecen un orden lógico de las causales de casación, en base al criterio racional, dividiéndolas en vicios de procedimiento y vicios o errores de derecho. Corresponde entonces a este Tribunal, analizar los cargos enunciados por los casacionistas, empezando por el recurso que denuncia infracciones por la causal primera, que hayan podido desnaturalizar el debido proceso.

4.1.- Caso primero del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos. - recurso de la parte demandada. -

Los accionados William Eduardo Elmir, Aída García Hidalgo y William Daniel Elmir García, aducen que existe falta de aplicación del artículo 153. 3 del Código Orgánico General de Procesos, indican que el señor William Daniel Elmir, no ha intervenido como parte contractual en la transferencia de dominio del departamento de las actoras, ni ha sido constructor del edificio, por lo que no está llamado a contradecir la demanda y mucho menos es responsable de los daños demandados; en tal razón y con fundamento en la causal primera de casación, pretenden que se declare la nulidad procesal por falta de legítimo contradictor.

La causal invocada, opera 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. Por tal, para que el cargo por el caso primero de casación proceda se requiere: a) que la violación produzca nulidad insanable o indefensión; b) Que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad (principio de especificidad); c) Que dicho vicio hubiera influido en la decisión de la causa (principio de trascendencia); d) Que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

La nulidad procesal tiene lugar únicamente por las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley, *pas de nullité sans texte*^o (no hay nulidad sin ley específica); debe ser trascendente, es decir no cualquier error es materia de casación, son única y exclusivamente aquellos que tengan influencia en la decisión de la causa, el acto que se acusa de nulo debe haber causado perjuicio cierto e irreparable, que solo pueda subsanarse mediante la declaración de nulidad, pues *no hay nulidad sin daño o*

perjuicio°; por último no se podrá declarar la nulidad si el recurrente consintió expresa o tácitamente dicho acto.

En el caso, la nulidad se funda en el artículo 153. 3 del Código Orgánico General de Procesos, que hace referencia a la falta de legitimación en la causa, sin embargo, no forma parte de las solemnidades sustanciales contempladas en el artículo 107 *ibídem*, cuya omisión acarrea la nulidad; la legitimación en la causa, es el interés o vínculo que debe existir entre el actor y la demanda (legitimación activa) y entre el demandado con el objeto de la causa (legitimación pasiva). De ninguna manera constituye presupuesto de validez del proceso, empero lo es de la sentencia de fondo o de mérito, su falta impide pronunciar sentencia de fondo. En ese sentido no cabe dictar la nulidad por falta de legítimo contradictor, mucho menos en demandas de este tipo, donde es el juzgador quien debe analizar la acción u omisión ilícita que pueda acarrear responsabilidad de tipo civil. En tal razón se niega el cargo

4.2.- Caso segundo del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos.

Con fundamento en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, los demandados sostienen que la sentencia impugnada incurre en falta de motivación, porque no explica la relación de causalidad entre el daño perpetrado y la responsabilidad por acción u omisión del señor William Daniel Elmir.

El caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, prevé como motivo de casación: *“ 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.”* De lo expuesto, deviene con claridad los supuestos bajo los que procede la presente causal: a) Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la Ley, ha de entenderse aquellos señalados en el artículo 95 del *ibídem*; b) Cuando en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, pues de existir aquella contradicción o incompatibilidad la sentencia se tornaría inejecutable; y, c) Falta de motivación, presupuesto que si bien consta como requisito de la sentencia en el artículo 95.7 del Código Orgánico General de Procesos, connota especial transcendencia, no solo legal, sino constitucional, pues la consecuencia de su omisión no es otra que la nulidad.

4.2.1. La Constitución de la República del Ecuador, entre las garantías básicas del debido proceso, establece como parte del derecho a la defensa, la motivación de las resoluciones emanadas por los poderes públicos, expresando de manera textual lo siguiente: *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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:^{1/4}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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.^o, garantía constitucional que se encuentra prevista además como facultad jurisdiccional de juezas y jueces en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La doctrina enseña que los recaudos mínimos que la fundamentación de las sentencias debe satisfacer son los siguientes: a) Desarrollar motivación autosuficiente y comprensible; b) Respetar el postulado de congruencia; c) Valorar razonablemente los hechos, la prueba y el Derecho aplicable; y, d) Adecuarse a la jerarquía normativa. Con respecto al tercer presupuesto, se ha señalado que: *“Puesto que la garantía del debido proceso no permite decidir de modo arbitrario o absurdo sino respetando el principio de legalidad, es condición necesaria para la validez de las sentencias judiciales que contenga la justificación razonable del juicio de hecho y del juicio de derecho. 1. Respetar el principio de legalidad en la sentencia significa, ante todo, decidir con fundamento en una apreciación racional y verdadera de los hechos. Porque de una conclusión errada sobre los hechos litigiosos lógicamente derivará, sin más, una errónea aplicación del Derecho.”*¹

4.2.2.- De la lectura de la sentencia impugnada, este Tribunal encuentra en el considerando 6.3 referente al análisis de la responsabilidad civil, la siguiente puntualización: *“[1/4] Por lo que analizada que ha sido la demanda, esta se enmarca sobre la fuente de responsabilidad civil cuasidelictual o también llamada extracontractual, ya que los daños demandados dentro del departamento 9 A del Edificio Alione fueron ocasionados por la negligencia en la construcción y en la contratación de la instalación del cuarto de bombas de dicho edificio, por parte de sus socios constructores. Lo que aclaran las accionantes en su escrito de fundamentación del recurso, en el acápite 2.2.3, en donde precisan que su pretensión siempre fue clara y que nunca han demandado vicios redhibitorios, como lo pretende tergiversar la parte demandada^o (Sic); sin embargo, omite analizar el grado de responsabilidad en la omisión dañosa de cada uno de los demandados, mucho menos se determina los elementos sobre los cuales se ha establecido quiénes son los responsables de*

¹ De Midón, Gladis. La Casación. Control del “Juicio de Hecho”. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2001. Pp. 22-23.

la construcción del edificio Alione y específicamente del departamento 9 A, vendido a la señora María Yépez Saltos para que habite su madre, criterios que eran necesarios establecer por cuanto se pretendía desvirtuar que la acción interpuesta sea de carácter redhibitorio. Al no aparecer reflejado este análisis en el fallo impugnado, no existe una correcta y adecuada fundamentación, con el rigor que exigen los principios de la argumentación jurídica, respecto a un aspecto tan relevante en la responsabilidad civil, como es demostrar la culpabilidad por un daño o perjuicio, lo que conduce a la verificación del sujeto activo de la obligación y a la posibilidad de que esta pueda ser asumida con una efectiva indemnización. En consecuencia, la sentencia carece de razonabilidad, pues no considera en debida forma los hechos puestos a su conocimiento contrastándolos con las normas pertinentes al caso, en esa virtud, este Tribunal, CASA la sentencia impugnada y en atención a lo dispuesto en el artículo 273.3 del Código Orgánico General de Procesos, procede a dictar sentencia de mérito, siendo de consecuencia jurídica, no analizar los cargos acusados por los casacionistas demandados al amparo de los casos 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos ni los impetrados por las actoras, puesto que al casarse la sentencia impugnada, esta queda anulada y esta sala se convierte en Tribunal de instancia. Por tal razón, se considera:

PRIMERO.- La presente causa se ha sustanciado atendiendo las normas constitucionales y procesales vigentes a la fecha de su tramitación, por lo que no existe nulidad alguna que declarar.

SEGUNDO.- En nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad civil, procede de dos fuentes diversas: del contrato y del hecho ilícito; la primera regulada a partir del artículo 1561 y siguientes del Código Civil, dentro de la cual, encontramos la indemnización por daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante), provenientes del incumplimiento de la obligación contractual, su cumplimiento imperfecto o su retardo. Mientras que, la responsabilidad extracontractual, se encuentra prevista en el Título XXXIII del mismo cuerpo normativo, y se origina por acciones u omisiones ilícitas (abarca dolo y culpa).

La doctrina enseña que, por responsabilidad contractual *“se ha entendido la obligación de indemnizar que tiene la persona que le causa daños a otra con el incumplimiento o cumplimiento parcial o tardío de un contrato, convenio o convención celebrado entre el causante y el perjudicado”*; mientras que, por la extracontractual, se entiende *“la obligación de indemnizar, o asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso, sin que entre causante y perjudicado exista ninguna relación jurídica anterior. Es decir, la obligación de indemnizar nace simplemente de la comisión del hecho dañoso.”*²

2 Martínez Rave, Gilberto. “Responsabilidad civil extracontractual”. Décima edición. Editorial TEMIS

De la lectura del libelo de la demanda, se desprende que las accionantes solicitan expresamente la reparación de daños en los siguientes términos: *“resarcir pecuniariamente, mediante el pago de una indemnización de treinta mil dólares (US\$ 30.000,00) a la señora María Fernanda Yépez Saltos, por los daños y perjuicios patrimoniales a ella ocasionados, por los cónyuges, señor WILLIAN EDUARDO ELMIR MONTALVO y señora AIDA CECILIA GARCIA HIDALGO, por sus propios y personales derechos y los que representan en la sociedad conyugal que tienen formada entre sí, al haberle vendido y entregado, mediante escritura^{1/4}, el inmueble consistente en el departamento nueve^{1/4}, que forman parte del edificio ALIONE, construido bajo el régimen de propiedad horizontal, en el lote de terreno numero ciento treinta y tres (133), situado en la Avenida Eloy Alfaro, transversales calles José Correa y Carlos Julio Arosemena, barrio Borja Yerovi, ubicado en la parroquia Benalcázar, de este distrito Metropolitano de Quito [1/4] A resarcir pecuniariamente, mediante el pago de una indemnización de treinta mil dólares de los Estado Unidos de América (US\$ 30.000,00), a las señoras MARIA FERNANDA YEPEZ SALTOS y NARCISA ALEXANDRA SALTOS SANCHEZ, por los daños y perjuicios patrimoniales a ellas ocasionados, por los señores WILLIAN EDUARDO ELMIR MONTALVO y WILLIAN DANIEL ELMIR GARCIA, quienes bajo el nombre comercial “Willian Elmir & Asc. Grupo Inmobiliario” construyeron el proyecto inmobiliario, Edificio ALIONE, sin haber tenido la debida diligencia y previsión de poner en el cuarto de bombas de agua y en la terraza adyacente al mismo,..., los sumideros suficientes y adecuados, así como tomar las medidas que sean necesarias, que permitan el desfogue del agua [1/4] A resarcir pecuniariamente, mediante el pago de una indemnización de cien mil dólares de los Estado Unidos de América (US\$ 100.000,00), a las señoras MARIA FERNANDA YEPEZ SALTOS y NARCISA ALEXANDRA SALTOS SANCHEZ, por los daños y perjuicios morales ocasionados, por los Demandados, a consecuencia de los hechos relatados en el acápite IV de esta Demanda y en los puntos 7.1 y 7.2 del presente acápite. A hacer en el inmueble una obra que, constituya una reparación integral y definitiva que impida que, el agua que caiga el cuarto y terraza que están ubicados sobre el departamento 9 A del Edificio ALIONE, de propiedad de la señora MARIA FERNANDA YEPEZ SALTOS, se acumule y represe nuevamente en dichos lugares, y, en especial que, una vez más, se desborde hacia el citado departamento, poniendo en riesgo la integridad de las actoras y sus bienes. Al pago de los honorarios de mis abogados defensores [1/4]”*

TERCERO.- Siendo que la controversia gira entorno a la responsabilidad por daños y perjuicios, corresponde a este tribunal analizar en primer lugar la existencia del daño producido; pues este se constituye en la condición sine qua non de la responsabilidad civil. La doctrina define al daño como

S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia. 1998. P. 16-17

“(1/4) toda lesión, menoscabo o pérdida de algún beneficio de índole material, psíquica o espiritual; 1/4 entendiéndose que el daño no solamente se ocasiona en objetos, derechos o cosas, sino en la intimidad de la persona titular de los mismos; hablamos entonces de daños materiales y daños morales³ por tanto, la responsabilidad civil resulta de la queja de una lesión o menoscabo, por algún hecho ilícito o riesgo creado. Partiendo de esta concepción el ordenamiento jurídico ecuatoriano configura el daño desde la responsabilidad contractual y extracontractual, al tenor del Art. 1453 del Código Civil, “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^o. Así la responsabilidad contractual, se configura con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato válidamente celebrado entre la víctima y el causante del daño; por su parte la responsabilidad extracontractual responde a “la idea de producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás^o,⁴ este tipo de responsabilidad no requiere de un vínculo jurídico previo para su existencia, pues el solo cometimiento del daño obliga al responsable, por ello se la considera como la responsabilidad civil propiamente dicha. Esta responsabilidad puede ser dolosa o culposa, por ello el título XXXIII del Código Civil se refiere a los delitos y cuasidelitos, así el Art. 2214 ibídem, consagra la responsabilidad delictual y cuasidelictual al señalar “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito^o. Para determinar la existencia de responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, la ex Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia en su momento han señalado los elementos que deben concurrir, estos son: a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral y d) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño⁵.

Para el caso, al encontrarse cumplida la transferencia de dominio del departamento 9 A, recibido el mismo a entera satisfacción de la compradora María Yépez y al haber transcurrido más de una año desde la entrega del inmueble, es claro que no pueden configurarse los elementos de la responsabilidad contractual; por el contrario, nos encontramos ante la responsabilidad

³ Mendoza, Lucia. La Responsabilidad Civil y el daño, Universidad Nacional Autónoma de México, Pág. 20.

⁴ Bustamante, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1986, Pág. 18

⁵ Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3730.

extracontractual, que conforme ha probado la propietaria demandante, se encuentra configurada, al haberse perpetuado daños en su departamento por el desbordamiento de agua producido a causa de la falta de sumideros adecuados y suficientes en el cuarto de bombas y terraza del edificio, que se encuentran sobre su departamento, produciendo que este se inunde en dos ocasiones, diciembre del 2013 y 2015, destruyendo el techo, levantando el piso, mojando y arruinando muebles, cuarteando paredes; situaciones que impidieron, según señalan, que la madre de la propietaria habite en el inmueble, obligándolas a incurrir en cuantiosos gastos para la reparación. En ese sentido se verifica que efectivamente existen daños materiales en la propiedad de la señora María Yépez, por filtraciones de agua existentes en el cuarto de bombas que caen hacia el departamento de la prenombrada, según se comprueba con el informe pericial de 12 de febrero del 2016 constante a fs. 159-177 y su adendum de 5 de abril del 2017 de fs. 367-375 del cuaderno de primer nivel, elaborados por el ingeniero Francisco Herrera Herrera. Estos acontecimientos se perpetuaron porque el responsable de la contratación de la empresa Hidrosistemas, encargada del sistema de calentamiento de agua, no tuvo la debida diligencia y previsión de supervisar el trabajo de su contratada, pese a que ya existían varias quejas sobre el desempeño de la empresa, lo que constituye cuasidelito.

En ese contexto no cabe, la alegación de la parte demandada en cuanto a la indebida conformación de la litisconsorcio pasiva, pues Hidrosistemas LTDA, fue contratada por los responsables de la adecuación del edificio y a ellos es a quienes responde por sus actuaciones. Tampoco cabe la alegación de prescripción de la acción, de acuerdo al artículo 2235 del Código Civil, las acciones por delitos o cuasidelitos por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto, lo que no corresponde a la realidad procesal, pues se tiene que desde diciembre del 2013 (primera inundación) hasta diciembre del 2015 (segunda inundación) se vinieron perpetuando daños por agua y constante humedad en el departamento 9 A; y, a la fecha de presentación de la demandada y su citación no han transcurrido cuatro años. Cabe aclarar además, que cualquier impugnación que los demandados pretendan realizar en base a las excepciones previas planteadas, no cabe, pues estas quedaron resueltas y saneadas en primera instancia.

CUARTO.- Con respecto a la responsabilidad de los accionados y al nexo causal entre la acción y el daño, de la contestación de la demanda y de las copias certificadas de las dos actas de mediación de fs. 247- 258 se desprende, que el señor Willian Eduardo Elmir Montalvo, previo a la entrega del edificio a su administrador, contrató a la compañía Hidrosistemas Ecuador CIA. LTDA, con el fin de que provea el sistema de calentamiento de agua al edificio y además dicha compañía acordó con el prenombrado, en fecha 10 de diciembre del 2015, entregar en correcto funcionamiento el sistema de calentamiento de agua del edificio ALIONE, hasta el 20 del mismo mes. No obstante, el 24 de

diciembre del mismo año, una de las tuberías recién instaladas volvió a reventarse, inundando varias áreas del edificio, entre ellas el ascensor y el departamento de las actoras, sin que hasta la fecha se haya reparado las múltiples afectaciones producidas al inmueble. Ante el suceso descrito, el 28 de enero del 2016, el señor William Eduardo Elmir Montalvo e Hidrosistemas acuden por segunda vez al centro de Mediación de la Función Judicial y acuerdan que la empresa reembolse al ahora demandado, los valores invertidos en el arreglo del ascensor del edificio, pero nada dicen sobre los daños del departamento 9A. Tanto en la primera como en la segunda acta de mediación, el señor William Eduardo Elmir Montalvo, comparece por sus propios y personales derechos y no por los de la persona jurídica ^a *William Elmir & Asc. Grupo Inmobiliario*^o; es mas, en ningún momento acudió su cónyuge Aída Cecilia García Hidalgo o su hijo William Daniel Elmir García, a esto se suma el hecho de que en todo momento, el señor William Eduardo Elmir Montalvo, ha declarado que él fue quien contrato por si solo a Hidrosistemas S.A. En ese sentido se tiene que el señor William Eduardo Elmir Montalvo es el único responsable del daño y por tanto llamado por la ley a responder por cuasidelito, más allá de que cualquier otra persona natural o jurídica que pueda haber participado en la construcción y adecuación del edificio. Por tal razón, no se puede determinar responsabilidad civil en contra de la señora Aída Cecilia García Hidalgo y del señor William Daniel Elmir García.

Como se ha verificado, el demandado, consciente de su obligación de adecuación del inmueble como responsable del mismo, previo a su entrega, intentó dejar operativo el sistema de agua caliente, la compañía fue únicamente su proveedor, pero quien debe responder ante la administración y sus condóminos por la impericia de Hidrosistemas es el señor William Eduardo Elmir Montalvo, sin perjuicio de las obligaciones contractuales que puedan surgir por esta causa entre la compañía y su contratante. Las consecuencias dañosas ocasionadas por omisión de la parte demandada no se justifican en el mero descargo de responsabilidad a Hidrosistemas, pues el prenombrado demandado debió actuar previendo futuros perjuicios que se podían ocasionar a las actoras, pues ya en diciembre del 2013 se produjo una primera inundación en el departamento 9 A, de la cual dicho sea de paso Hidrosistemas asumió las reparaciones, por así habérselo exigido su contratista; esto constituyó el primer indicio de los desperfectos en los sumideros e instalaciones del agua caliente, sin embargo el hecho se volvió suscitar en el 2015, con lo cual queda establecida la responsabilidad de William Eduardo Elmir Montalvo y el nexo causal que lo obliga a indemnizar por los daños producidos a las accionantes.

QUINTO.- Tal como lo establecen los artículos 2214 y 1572 del Código Civil, para dicha reparación, se deben tomar en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante, el primero entendido como el empobrecimiento real y efectivo del patrimonio del que ha sufrido el daño, lo componen todos aquellos gastos generados de forma inmediata mientras que el segundo consiste, en la frustración de

una posible ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir la víctima⁶. En la formulación de la demanda, las actoras no han individualizado el monto que reclaman en concepto de indemnización por daño emergente ni por lucro cesante, por ello corresponde a este Tribunal determinar el monto de cada uno, de acuerdo a la prueba documental incorporada al proceso; consta a fs. 159-163 el informe pericial del ingeniero Francisco Herrera de fecha 12 de febrero del 2016, quien determina que los arreglos que requiere el departamento 9 A, ascienden a ocho mil setecientos noventa cinco dólares (\$8795); sin embargo a fs.55 consta un factura de fecha 28 de octubre del 2016, por un monto de nueve mil trescientos setenta y cuatro dólares con cuarenta centavos (\$9374,40), emitida por concepto de los mismo trabajos que requería el departamento de acuerdo al informe pericial antes descrito, por ello se toma únicamente este último documento para el cálculo de la indemnización, en vista de que dichos valores ya fueron cubiertos por las actoras, en detrimento cierto de su patrimonio; a esto debe sumarse los demás gastos que las actoras han tenido que asumir para hacer habitable el departamento, tras la primera y segunda inundación, constan a fs. 58-63 facturas por pintura por un valor total de trescientos treinta y un dólares con siete centavos (\$331,07); factura constante a fs. 79 por trescientos ochenta y nueve dólares con noventa y dos centavos (\$389,92); arreglo de mobiliario fs. 56-57 por un monto de mil quinientos noventa y un dólares con cincuenta y cuatro centavos (\$1591,54), sobre la base de lo anterior, conforme las pruebas presentadas por las actoras el monto por daño emergente asciende a la suma de once mil seiscientos ochenta y seis dólares, con noventa y tres centavos (\$11.686,93) más los intereses de la tasa legal vigente. Con respecto al lucro cesante, no existe prueba que demuestre la ganancia o utilidad que hayan dejado de recibir las actoras, cabe aclarar que para la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios, debe probarse de manera fehaciente cada uno de los valores reclamados. No procede la pretensión de reparación integral, lo cual está contemplado para cuestiones de derecho público como la materia penal y la violación de los derechos humanos. Esto no obsta del deber legal de previsión que tiene la parte demandada ante nuevas inundaciones que puedan seguir perjudicando al departamento de las actoras.

SEXTO.- En lo relativo a la pretensión de daño moral sustentada en el primer inciso del Art. 2232 del Código Civil, que determina: *“En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”*. Se anota que en la causa se ha probado la existencia de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, pues es evidente el sufrimiento y sentido de frustración de la señora Narcisa Saltos Sánchez, quien habitaba en el departamento 9 A del edificio Alione, que su hija Maria Yopez Saltos había adquirido con el fin de darle una vivienda cómoda y tranquila a su señora

⁶ Serral Àngels, El lucro cesante, obtenido en:

http://www.servidorgestisqs.com/ub/intranet/PDF/tesis_alumnos/Angels_Serral_Floreta.pdf

madre; objetivo que no pudo cumplirse por las múltiples afectaciones que sucedidas en el inmueble a causas de las inundaciones, conforme se verifica con los certificados médicos y recetas de fs. 71-75 del proceso, la señora Narcisa Saltos Sánchez ha venido presentando síntomas de depresión y stress, lo cual es razonable al no poder gozar de su vivienda y tener que abandonarla y repararla en varias ocasiones; la gravedad particular del perjuicio se refleja en que las accionantes, pese al tiempo transcurrido desde la primera inundación no ha podido habitar de forma tranquila e ininterrumpida en el departamento, restringiendo sus aspiraciones de tranquilidad que la adquirente pretendía otorgar a su madre. Con respecto a la cuantificación del daño moral, esta Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional, estimando el padecimiento, la expectativa de vida y teniendo en cuenta que cada individuo asume y reacciona de distinta forma a los efectos gravosos que le ocasiona un acto u omisión ilícitas; y, de conformidad con el artículo 2232 del Código Civil, que deja *“ (1/4) a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.”*, remitiéndonos a la gravedad del perjuicio sufrido de acuerdo a las circunstancias establecidas en el proceso, se debe fijar un valor equitativo, en justicia, atendiendo al carácter meramente reparador, mas no sancionador, por lo que corresponde al responsable del daño, pagar diez mil dólares (\$10.000) por daño moral a favor de la señora Narcisa Saltos Sánchez.

SEPTIMO.- DECISIÓN.-

Por lo expuesto este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, CASA PARCIALMENTE** la sentencia dictada por la Sala de lo Civil Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 14 de febrero del 2019, las 15h57; y en su lugar, en los términos expresados en esta resolución, acepta la demanda y dispone que el señor Willian Eduardo Elmir Montalvo pague a favor de las actoras María Fernanda Yépez Saltos y Narcisa Alexandra Saltos Sánchez, por concepto de daños y perjuros, el valor de ONCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS (\$11.686,93) más los intereses de la tasa legal vigente, calculados desde la citación con la demanda. Por daño moral, el señor Willian Eduardo Elmir Montalvo, pague a la señora Narcisa Alexandra Saltos Sánchez, la cantidad de DIEZ MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$10.000). Con costas para los honorarios de la defensa técnica de la parte actora y demandada, los que se fijan en mil dólares (\$1000) cada uno.- Con respecto a la caución rendida por el demandado, la misma será devuelta por la o el juzgador de instancia en los términos del artículo 275 del Código Orgánico

General de Procesos. **Notifíquese y devuélvase.**

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

PALOMEQUE LUNA YURI STALIN

CONJUEZ NACIONAL

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL



130538140-DFE

Juicio No. 17230-2016-19322

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL. Quito, jueves 27 de agosto del 2020, las 11h06. **VISTOS.-** Comparecen los señores William Eduardo Elmir Montalvo, Aida García Hidalgo y del señor William Daniel Elmir García, solicitando ampliación de la sentencia dictada el 22 de julio del 2020, a las 11h27; requiere que se ordene a devolución de la caución completa en favor de los demandados, en vista de que el recurso de casación de la parte actora fue rechazado y en cuanto a las costas y honorarios de las defensas técnicas de la parte actora y demandada, al haberse determinado un monto igual, considera que estos montos deben ser asumidos por sus propios patrocinados. Para resolver se considera:

Primero.- El Art. 253 del Código Orgánico General de Procesos dispone que la ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.

Segundo.- Al respecto de la solicitud planteada, es necesario precisar que el artículo 275 ibídem, dispone que: *“la caución será devuelta por la o el juzgador de instancia si el recurso es aceptado totalmente por la o el juzgador de casación. En caso de aceptación parcial, el fallo de la Corte determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al recurrente y la cantidad que será entregada a la parte perjudicada por la demora. Si el fallo rechaza el recurso totalmente, la o el juzgador entregará el valor total de la caución a la parte perjudicada por la demora”*; en el caso tanto la parte actora como la demanda interpusieron recursos de casación. Sin embargo y por cuanto la sentencia de segunda instancia favorecía a las actoras, solo los demandados caucionaron; en ese sentido, este Tribunal considera que, en el caso no existe parte perjudicada por la demora, por tal razón el Tribunal de instancia, a quien le corresponde devolver el monto de la caución, deberá tomar en cuenta este particular.

Tercero.- Con referencia a la petición de que cada parte procesal asuma los honorarios de su defensa técnica por ser montos iguales que pueden compensarse, tal consideración deberá exponerse en la etapa de ejecución de la sentencia.

En estos términos, queda resuelta la solicitud de ampliación planteada. **Notifíquese.**

FUNCIÓN JUDICIAL

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
PABLO
PARTICIPACION
FALCÓN
ORRICAÑA
C=CUENCA
000768889
0102353612

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

PALOMEQUE LUNA YURI STALIN
CONJUEZ NACIONAL

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO
JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

128440201-DFE

Juicio No. 09332-2017-06878

JUEZ PONENTE: MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES, JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)**AUTOR/A: MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL.** Quito, lunes 27 de julio del 2020, las 13h02. VISTOS:

Para resolver el RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por EDICIONES EDUCATIVAS ECUATORIANAS S.A., EDITORIAL 3-E, de la sentencia pronunciada por el Tribunal de la Sala Especializada Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, se considera:

1.- ANTECEDENTES

Aracely Anays Sánchez Arias, Gerente General de Ediciones Educativas Ecuatorianas S.A., Editorial 3-E, interpuso recurso de casación de la sentencia pronunciada el 12 de junio del 2018, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que reformó la resolución que le fuera en grado, en el sentido de que ordenó a la compañía demandada pagar a la actora la factura N° 002-001-000007941, más los intereses de mora, conforme lo manda el artículo 202 del Código de Comercio, precisando que el interés correrá a partir de la citación con la demanda. Recibido el expediente en este nivel jurisdiccional, la señora Conjueza Nacional: Dra. María Alejandra Cueva Guzmán dispuso a la empresa demandada aclarar el recurso, luego de cual, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos, declaró la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, respecto de los casos cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. El Tribunal de Casación convocó a la audiencia de fundamentación oral del recurso para el día 2 de julio del 2020 a las 11h00 y concedió la palabra a abogada Viviana Vélez Solórzano, procuradora judicial de la compañía Ediciones Educativas Ecuatoriana S.A. (recurrente), quien, a nombre de su defendida, explicó como antecedente que la compañía que representa fue demandada por el pago de varias facturas, que, en sentencia de primera instancia, la juzgadora ordenó el pago de la mayoría de los documentos presentados al cobro por la vía judicial y declaró sin lugar el pago de la factura N° 002-001-000007941, sentencia que luego fue reformada en segunda instancia, con el fallo de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas que ordenó pagar el importe de la citada factura, a pesar de que contiene el sello de cancelada y, además, consta un recibo de caja con la firma de un funcionario de la empresa actora y se emitió un comprobante de retención por valores para la declaración de IVA. Insistió en que, como obra del proceso, la empresa Matallana S.A. admitió

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES
C= ECUADOR
E= QUINDIA
O= 08753890
OU= 0702589822

haber recibido el pago de la factura con un cheque girado por USD \$21.339,21 dólares de los Estados Unidos de América. Respecto a la procedencia del recurso de casación precisó que fue admitido por los casos 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, sostuvo que, en la valoración de la prueba, los jueces de apelación no aplicaron los artículos 1644, 1646, 1647 y 1583 num. 3 del Código Civil, que se refieren a la novación como forma de extinguir la obligación. Al haberse producido la emisión del cheque, para la cancelación de la factura, con el sello de cancelado por el Departamento de Cobranzas de Matallana, según afirmó, se produjo la cancelación y extinción de la obligación. Respecto al caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, dijo que no se tomaron en cuenta dos resoluciones de la Corte Nacional: 1) Resolución de 31 de julio del 2015 emitida por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en el trámite N° 551 del 2010 dentro del juicio ordinario 17711-2013, 0829 seguido por Patricio Xavier Moreno y otro contra Toa Torres, que señala que ^asólo la factura en la que se ha insertado la palabra cancelada es una factura pagada^o; y, 2) La sentencia recogida en la Gaceta Judicial del año CII serie XVII, número 9 pág. 2731 en la que se lee ^aLa presentación al cobro de los documentos denominados facturas comerciales no puede considerarse per se cómo la demostración de la existencia de una obligación material de carácter mercantil, es indispensable analizar la causa que motiva la emisión de los documentos para concluir la procedencia o no del pago^o. En concreto, pidió que se acepte el recurso contra la sentencia, por inobservancia de las normas del Código Civil, de la Ley de Cheques y de la Constitución de la República. El procurador judicial de la parte actora dijo que la obligación demandada por su representada se originó en varias facturas entre las que consta la N° 002-001-000007941, cuyo pago fue negado en primera instancia, por lo que Matallana apeló y, únicamente en este momento, la parte demandada alegó la novación y lo hizo en base de un cheque que nunca se cobró, porque no tenía fondos. Destaca que, en la contestación a la demanda, la empresa obligada se opuso a la demanda con el argumento de que la factura N° 002-001-000007941 estaba pagada pero no alegó la novación. Respecto al cheque dijo que fue emitido por el representante legal de la compañía, pero no fue cobrado, hizo notar que la compañía, en los estados de cuenta, reconoció la obligación. Manifestó que, en el escrito de sustentación, se hizo referencia a normas que no tienen relación con los preceptos jurídicos de valoración de la prueba, lo que se pretendería es una revaloración de la prueba, lo que no viene al caso, porque la prueba fue admitida y valorada por la jueza de primera instancia. Sobre el supuesto modo de extinguir la obligación dijo que el pago efectivo y la novación son dos formas diferentes de extinguir la obligación, se ratificó en que el argumento basado en la supuesta novación fue introducido en la apelación, pero que, además, no existe novación, porque las partes no han consentido en extinguir la obligación. Respecto al caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos dijo que la exposición oral no es consistente con la alegación por escrito, que no hay concurrencia en el cargo. Afirmó que el planteamiento del recurso carece de

lógica, que no se explica en qué consiste el supuesto yerro, que se funda en una ley derogada, se pretende una nueva valoración de la prueba, por lo que solicitó que se niegue el recurso. Escuchadas las intervenciones de los sujetos procesales el Tribunal emitió su pronunciamiento oral negando la casación. Corresponde emitir la resolución escrita con mayor motivación y se lo hace en los términos que constan a continuación.

2.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN. VALIDEZ PROCESAL

2.1 El Tribunal de Casación, integrado por los jueces Dra. María de los Ángeles Montalvo Escobar (ponente), Dr. Pablo Fernando Valverde Orellana y Dr. Carlos Vinicio Pazos Medina, es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con las disposiciones de los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 269 del Código Orgánico General de Procesos y con las Resoluciones números 197-2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura, 07-2019 de la Corte Nacional de Justicia. La competencia de este órgano jurisdiccional está limitada por los casos que fueron admitidos por la señora Conjueza Nacional en el auto respectivo.

2.2 En el trámite del recurso de casación se observaron las solemnidades que, según su naturaleza, le corresponden y no se aprecia omisión de solemnidad sustancial que hubiera podido influir en la decisión.

3.- FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN Y AUTO DE ADMISIBILIDAD

3.1 En el escrito de 19 de agosto del 2019 el demandado completó el recurso de casación que lo interpone con fundamento en los casos 4 y 5 del Artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Los vicios que señaló fueron por aplicación indebida de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por falta de aplicación de los artículos 160 y 161 del Código Orgánico General de Procesos y lo que llevo a la violación expresa de normas contenidas en los artículos 1583 número 3, 1644 y 1646 y 1647 del Código Civil y artículo 56 de la Ley de Cheques; y, por aplicación indebida de las normas de derecho contenidas en los artículos 1650 del Código Civil y 202 del Código Comercio, alegó que no fueron aplicadas los artículos 1583 numeral 3, 1644, 1646 y 1647 del Código Civil y 56 de la Ley de Cheques.

3.2 En auto interlocutorio de 12 de septiembre del 2019, la señora Conjueza Nacional: Dra. María Alejandra Cueva Guzmán, calificó la oportunidad del recurso y el cumplimiento de los requisitos formales y declaró la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por compañía Ediciones Educativas Ecuatorianas S.A. Editorial 3-E, respecto a los cargos relacionados a los casos cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

4.- MOTIVACIÓN. ANÁLISIS DE LOS CARGOS

En razón de que el recurso se admitió por los cargos relacionados a los casos cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se los analizará en forma independiente.

4.1 Caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos

4.1.1 La señora Conjuenza Nacional establece que, por ^ael caso cuarto el cargo es por falta de aplicación de los artículos 1583 numeral 3, 1644, 1646, 1647 del Código Civil, 56 de la Ley de Cheques y artículo 75 de la Constitución de la República^o, lo cual coincide con la fundamentación por escrito (A.5.1±fs.47 del segunda instancia) y con la fundamentación oral en la audiencia. Además, el auto interlocutorio no fue impugnado por el recurrente por lo cual impone un límite a la facultad jurisdiccional de este Tribunal.

4.1.2 El artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos dispone que procede la casación ^a*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^o.*

4.1.3 La casacionista acusa a la sentencia de falta de aplicación de los siguientes artículos: El artículo 1583 numeral 3 del Código Civil que dispone: ^aLas obligaciones se extinguen, en todo o en parte: (¼) 3.- Por la novación^o; también sostiene que no se aplicó el artículo 1644 del mismo Código que define a la novación como la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por lo tanto, extinguida. Para que sea válida la novación, de conformidad con el artículo 1646 ibidem es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, a lo menos naturalmente. Esta forma de extinción de las obligaciones. La novación, al tenor del artículo 1647 del Código Civil, puede efectuarse de tres modos: 1.- Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor; 2.- Contrayendo el deudor nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole, en consecuencia, libre de la obligación primitiva el primer acreedor; y, 3.- Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que, en consecuencia, queda libre. Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero. También, de acuerdo con el auto citado el demandado sostiene que se violó la ley en la sentencia por falta de aplicación del artículo 56 de la Ley de Cheques, que dispone lo siguiente: ^a*La persona que utilizare un cheque como instrumento de crédito, admitiendo a sabiendas un cheque postdatado, con excepción del girado para efectos del pago, será multada con el veinte por ciento del importe del cheque. Además, sólo podrá hacer efectivo el valor de tal cheque, en caso de falta de pago, mediante acción ordinaria^o.* En el

reproche el recurrente sostiene que no se aplicó el artículo 75 de la Constitución de la República que garantiza al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

4.1.4 Cuando un Tribunal realiza el control de casación no puede valorar y seleccionar prueba ni determinar qué hechos se han justificado a través de su producción en la audiencia de juicio, es por este motivo que, en el desarrollo de la casación únicamente le está permitido examinar si, de algún modo, se ha violado la ley en la aplicación de los precepto jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

4.1.5 Los preceptos sobre valoración de la prueba son aquellos que establecen las reglas para que el juez realice ^a la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido^o (Devis Echandía, Hernando, ^a Teoría general de la prueba judicial^o, p. 287)

4.1.6 En el recurso de casación el demandado no señaló ningún precepto sobre valoración de la prueba, es decir no acusó la falta de aplicación de ninguna norma que determine la forma cómo el juez debe realizar la compleja operación de valorar la prueba. Esta falta de delimitación de lo que es objeto del recurso extraordinario impide que el tribunal emita un pronunciamiento y adopte una decisión en relación a este caso.

4.2 Caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos

El auto de admisibilidad ^a por el caso quinto ataca la aplicación indebida del artículo 1650 del Código Civil y artículo 202 del Código de Comercio, argumentando además que no fueron aplicados los artículos 1583 núm. 3, 1644, 1646, 1647 del Código Civil y 56 de la Ley de Cheques^o.

4.2.1 Primer cargo.- Indebida aplicación de normas de derecho sustantivo.- El quebranto por aplicación indebida de un precepto legal tiene lugar cuando el juez selecciona adecuadamente la norma aplicable sino ^a al subsumir los hechos establecidos dentro de la hipótesis de la norma elegida, tiene lugar cuando se viola la ley por el ^a error de relación entre la ley y los hechos^o (De la Rúa Fernando, ^a El recurso de casación en el derecho positivo argentino^o, Víctor P de Zavalía p. 543). Como enseña el profesor Murcia Ballén ^a Este concepto o especie de violación se presenta cuando, entendida rectamente al norma de derecho en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla. Emanan, pues, la indebida aplicación no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del error en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica^o (Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, p. 322).

4.2.2. En la especie el error que el recurrente acusa tiene que ver, en primer término, con la indebida aplicación de la norma del artículo 1650 del Código Civil que dispone que *“Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua. Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera”*

4.2.3. La casacionista sostiene que el pago de la factura número 002-001-000007941 está demostrado con el sello de *“cancelado”* colocado por el responsable de cobranzas de la compañía Matallana. En consecuencia, según ella, a partir de la aceptación del pago con el cheque, la demandante podía y debía ejercer, única y exclusivamente, las acciones legales concretas que la Ley de Cheques *“vigente a la fecha”* le garantizaba y posibilitaba. Considera que el error radica en que el tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte de Justicia del Guayas haya admitido el cobro de dicha factura, pues el pago de la factura citada con el cheque número 000399, girado contra la cuenta corriente número 21000148-51- independientemente de que fuera protestado- produjo la novación de la obligación, forma de extinción que no fue aceptada por el Tribunal de Apelación, que sostuvo *“que no puede tener por novada la deuda por el giro de este cheque por cuanto el accionado no alegó que se extinguió la obligación por novación, de donde no aparece que haya sido su intención novarla, como lo exige el artículo 1650 del Código Civil”*.

4.2.4 Si bien la empresa demanda, entre las excepciones opuestas, con las que se trabó la litis, no alegó extinción de la obligación por novación, por los términos en que se fundamentó el recurso de casación es necesario analizar la institución jurídica de la novación y la forma cómo opera para extinguir las obligaciones

4.2.5 La novación, que es una de las formas de extinguir las obligaciones, está definida en el artículo 1644 del Código Civil. Es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por lo tanto, extinguida. La sustitución opera siempre y cuando se reúnan estos elementos: a) que exista una obligación anterior que sirva de casa; b) creación de una nueva obligación; c) capacidad de novar; y, d) intención de novar. La intención de novar no se presume, sin embargo no es necesario que se pacte expresamente puede resultar una novación tácita de las circunstancias de la nueva obligación. Según la doctrina: *“No produce novación el cambio del título de la deuda (Ej. Si se cambiare un instrumento que no tiene fuerza ejecutiva por otro que la posee”* (Borda, Guillermo, Manual de Derecho Civil, Obligaciones, Fedye, p. 584-585). De manera que la simple entrega del cheque número 000399,

girado contra la cuenta corriente número 21000148-51 no novó la obligación contenida en la factura número 002-001-000007941, emitida a nombre de Ediciones Educativas Ecuatorianas S.a., por la cantidad de USD \$21.566,26, documento que fue producido dentro de la audiencia respectiva. No tiene sustento el argumento del recurrente en el sentido de que la rúbrica, bajo la palabra cancelado, junto a las expresiones "Ch 399, Bc. Pch. Por \$ 21.339,21 para el 15/03/16°" equivale a pago, pues la solución o pago efectivo, como medio de extinguir las obligaciones, opera con la prestación de lo que se debe, supuesto que no se produce con la entrega de un documento que no fue presentado el banco girado y, por tanto, dejó de cumplir su objetivo como medio de pago. Tampoco se puede sostener que operó la novación de la obligación con la recepción del cheque ±fs. 125-, que, conforme lo acepta el demandado no se hizo efectivo y pretender, siguiendo el argumento del accionado, que para el cobro de la obligación originada en la factura, se debe intentar una acción en base del cheque. El doctor Juan Larrea Holguín enseña: "Se entiende por pago en dinero, el que se hace con monedas o billetes de curso legal. Los que se verifican mediante cheque, son condicionales, subordinados a que el banco entregue en efectivo la cantidad ordenada, de otro modo no se ha solventado la deuda" (Larrea Holguín, Juan, "Derecho Civil del Ecuador, Las obligaciones", Corporación de Estudios y Publicaciones, volumen XI, p. 286). Consecuentemente, no se ha producido el yerro por la aplicación del artículo 1650 del Código Civil, porque, como bien lo señala el Tribunal de Segunda Instancia no hay intención de novar en el accionante por la sola recepción de un cheque que no fue pagado por el banco girado y tampoco de la empresa que el importe de la factura, porque ni siquiera alegó esta forma de extinción de la obligación al contestar la demanda.

4.2.6 Tampoco se ha producido el vicio de indebida aplicación del artículo 202 del Código de Comercio, pues se trata de una norma que fue adecuadamente seleccionada por los juzgadores de segunda instancia, tomando en cuenta que la pretensión consiste en el pago de facturas comerciales.

4.2.7 En definitiva, el Tribunal concluye que la sentencia no incurre en el yerro acusado, de aplicación indebida de los artículos 1583 numeral 3, 1650, 1644, 1646, 1647 del Código Civil, 56 de la Ley de Cheques y 202 del Código de Comercio, porque las normas fueron seleccionadas y aplicadas a los hechos que fueron establecidos en el proceso.

4.2.8 Respecto a la falta de aplicación de los artículos 1583 num. 3, 1644, 1646, 1647 del Código Civil y 56 de la Ley de Cheques°, existiría en el supuesto de que el Tribunal de Apelación debiendo aplicar estas normas no lo hizo, lo cual equivaldría a desconocimiento del derecho en relación a los fundamentos de hecho. Recordemos que, en esta causa no se alegó, como excepción la novación de la obligación contenida en la factura N° 002-001-000007941, por lo cual no existía razón para que los juzgadores aplicaran normas jurídicas que regulan un punto que fue materia de un argumento nuevo,

introducido únicamente en segunda instancia. La controversia no se relaciona con la obligación derivada de la emisión de un cheque, por tanto tampoco los juzgadores debieron aplicar el artículo 56 de la Ley de Cheques que, además, estuvo derogada.

5.- DECISIÓN

Por estas consideraciones, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso interpuesto y NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal de la Sala Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Sin costas ni honorarios que regular en este nivel. Notifíquese.

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL (E)

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

134338485-DFE

Juicio No. 09332-2017-06878

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y**MERCANTÍL.** Quito, lunes 19 de octubre del 2020, las 10h16. VISTOS.- En lo principal, una vez

que se ha corrido traslado con la solicitud de aclaración y ampliación presentada por la compañía MATALLANA S.A., este Tribunal considera necesario realizar las siguientes precisiones:

PRIMERO.- El Art. 253 del Código Orgánico General de Procesos, en adelante COGEP, dispone: ^a La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se hayaresuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.^o SEGUNDO.- El recurso de aclaración formulado en escrito de fecha 30 de julio del 2020,

fue presentado dentro del término previsto en el Art. 255 ibídem.- TERCERO.- La aclaración, tiene como finalidad esclarecer los puntos oscuros, ambiguos o contradictorios de una providencia.- Los

errores de escritura, como de nombres, de citas legales, de cálculo o puramente numéricos que consten en el acto jurídico impugnado, podrán aún de oficio ser corregidos si se presentan las circunstancias

descritas de acuerdo con el Art. 100 del COGEP. En palabras del Dr. Jaime Flor Rubianes, en su obra Teoría General de los Recursos Procesales, al referirse al recurso de aclaración, dice: ^a *1/4 el Juez sólo**debe acceder a la aclaración o ampliación cuando de acuerdo con su criterio le parezca que exista motivo de duda sobre su decisión. La aclaración de una sentencia no puede llegar a modificar el**alcance o contenido de la decisión; debe limitarse a desvanecer las dudas que se produzcan por los conceptos y frases contenidos en ella, y precisar el sentido que se quiso dar al redactarla*^{1/4} ^o ¹ Es de

suma importancia precisar que el remedio de aclaración no permite revocación o reforma de la providencia ni su sustitución.- CUARTO.- En el presente caso, la sentencia dictada el 27 de julio del

2020 por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, es totalmente clara e inteligible al menor esfuerzo y se ha resuelto todos los puntos con lo que se trabó

la Litis en cada uno de sus considerandos, los mismos que reflejan las razones de la decisión tomada y que demuestran que se ha motivado debidamente. De lo expuesto, y en atención a lo indicado por el

compareciente, una vez que se ha revisado la sentencia se corrige lo siguiente: En el numeral 4.2.5 de la referida sentencia se dice que (1/4) ^a De manera que la simple entrega del cheque número 000399,

girado contra la cuenta corriente número 21000148-51 no novó la obligación contenida en la factura número 002-001-000007941, emitida a nombre de Ediciones Educativas Ecuatorianas S.A. por la

cantidad de USD. \$21.566,26 documento que fue producido dentro de la audiencia respectiva (1/4) ^o cuando lo correcto es: (1/4) ^a De manera que la simple entrega del cheque número 000399, girado

contra la cuenta corriente número 21000148-51 no novó la obligación contenida en la factura número 002-001-000007941, emitida a nombre de Ediciones Educativas Ecuatorianas S.A. por el Subtotal de

1 FLOR, RUBIANES, JAIME, Teoría General de los Recursos Procesales, Librería Jurídica Cevallos, Quito, 2002. P. 23

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
SECRETARÍA DE
EJECUCIÓN DE
JURISDICCION
MAGISTRADO
JUANES MEDINA
CARRERA
C= ECUADOR
E= QUITO
CI08753890
070259922

USD. \$21.565,28 documento que fue producido dentro de la audiencia respectiva ($\frac{1}{4}$)°. En lo demás las partes procesales estarán a lo dispuesto en sentencia de fecha 27 de julio del 2020. En estos términos se resuelve la petición precedente. Ejecutoriado este auto, devuélvase el expediente al juzgado de origen para los fines de ley. NOTIFÍQUESE.-

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES
JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO
JUEZ NACIONAL

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO
JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

134663496-DFE

Juicio No. 03333-2016-00833

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y

MERCANTÍL. Quito, jueves 22 de octubre del 2020, las 08h53. VISTOS.- En lo principal, una vez que se ha corrido traslado con la solicitud de aclaración y ampliación presentada por los doctores Vicente Eduardo Abad Salinas y Cristian Fernando Santacruz, en calidad de Procuradores Judiciales de Óscar Eskine y Katarina Vickie Izquierdo, este Tribunal considera necesario realizar las siguientes precisiones: PRIMERO.- El Art. 253 del Código Orgánico General de Procesos, en adelante COGEP, dispone: ^a La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. ^o SEGUNDO.- El recurso de aclaración y ampliación formulado en escrito de fecha 4 de agosto del 2020, fue presentado dentro del término previsto en el Art. 255 ibídem.- TERCERO.- 3.1.- Como lo recuerda el profesor argentino Aldo Bacre¹, la doctrina alemana fue la primera que estableció la clasificación de los medios de impugnación entre remedios y recursos. A la categoría de remedios pertenecen aquellos medios que se presentan ante el mismo juez, jueza o autoridad administrativa que dictó el acto jurídico que es materia de impugnación, y es ella misma quien lo resuelve. Desde otra perspectiva, se sostiene que los remedios atacan a actos jurídicos procesales no contenidos en resoluciones finales de una controversia, por ejemplo, en autos o en decretos judiciales. Esto debido a que la sentencia es la única providencia cuyo contenido no puede ser alterado de ninguna forma por el mismo juez o jueza que la dictó. En nuestro medio se los ha denominado como recursos horizontales, dentro de esta categoría se encuentran medios de impugnación procesales como la aclaración, la ampliación, la reforma y la revocatoria, todos reconocidos en el Derecho Procesal Civil y aplicables, por supletoriedad, en muchas otras ramas Derecho Procesal.- 3.2.- Por su parte, el tratadista nacional Rubén Elías Morán Sarmiento, refiriéndose a los remedios como recursos horizontales dice: *“¼ Aclaración, Ampliación, Reforma, responden al sentido gramatical de estas expresiones: Aclarar lo obscuro, confuso, contradictorio; ampliar lo diminuto, reducido. Reformar, modificar, rehacer, arreglar una disposición judicial, divorciada en alguna de sus partes de normas legales. Hay fallos confusos que merecen la aclaración y fallos diminutos que tiene necesariamente que ampliar su contenido. No es posible reformar un fallo; pues, una vez dictado no se lo puede alterar no así los autos y providencias¼”*² La aclaración, tiene como finalidad esclarecer los puntos oscuros, ambiguos o contradictorios de una providencia. Los errores de escritura, como de nombres, de citas legales, de cálculo o puramente numéricos que consten en el acto jurídico impugnado, podrán aún de oficio ser corregidos si se presentan las circunstancias descritas de acuerdo con el Art. 100 del COGEP. En palabras del Dr. Jaime Flor Rubianes, en su obra Teoría General de los Recursos

1 Aldo Bacre. Teoría General del proceso. Tomo 1. Ediciones Abeledo – Perrot. 1986. Buenos Aires.

2 MORÁN SARMIENTO, R. E. (s.f.). Derecho Procesal Práctico. Tomo 2. 115: Edilex S.A.)

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por

 MARÍA DE LOS ANGELES
 RODRÍGUEZ MALDONADO
 C=ECUADOR
 C=QUITO
 C=CUENCA
 0108753890
 0102599822

Procesales, al referirse al recurso de aclaración, dice: *“1/4 el Juez sólo debe acceder a la aclaración o ampliación cuando de acuerdo con su criterio le parezca que exista motivo de duda sobre su decisión. La aclaración de una sentencia no puede llegar a modificar el alcance o contenido de la decisión; debe limitarse a desvanecer las dudas que se produzcan por los conceptos y frases contenidos en ella, y precisar el sentido que se quiso dar al redactarla”*³ Es de suma importancia precisar que el remedio de aclaración no permite revocación o reforma de la providencia ni su sustitución.- 3.3.- Ampliación. Este remedio procesal civil procede en los casos en que el juzgador ha omitido resolver algún punto o aspecto al que se refiere el proceso, pues, está relacionada con el principio procesal de congruencia de las resoluciones judiciales y tiene por objeto que las providencias se pronuncien sobre todos los aspectos que las partes han puesto en conocimiento del juez.- CUARTO.- En el presente caso, la sentencia dictada el 30 de julio del 2020 por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, es totalmente clara e inteligible al menor esfuerzo y se ha resuelto todos los puntos con lo que se trabó la Litis en cada uno de sus considerandos, los mismos que reflejan las razones de la decisión tomada y que demuestran que se ha motivado debidamente. En consecuencia, se desecha el pedido de aclaración y ampliación interpuestas por los peticionarios. En estos términos se resuelve la petición precedente. Ejecutoriado este auto, devuélvase el expediente al juzgado de origen para los fines de ley. NOTIFÍQUESE.-

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)

3 FLOR, RUBIANES, JAIME, Teoría General de los Recursos Procesales, Librería Jurídica Cevallos, Quito, 2002. P. 23

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO
JUEZ NACIONAL (E)

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

129250787-DFE

Juicio No. 11333-2018-02902

**JUEZ PONENTE: VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL. Quito, viernes 7 de agosto del 2020, las 11h35. **VISTOS:** Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia el recurso de casación interpuesto en el juicio tramitado en procedimiento ordinario, por cumplimiento de contrato de promesa de compra venta, que sigue Gianfranco Agustín Paladines Romero y Ninna Pamela Paladines Romero en contra Jorge Aníval Samaniego Vélez.

1. JURISDICCION Y COMPETENCIA: Los que suscribimos, doctora María de los Angeles Montalvo Escobar, doctores Pablo Fernando Valverde Orellana (Ponente) y Carlos Vinicio Pazos Medina, hemos sido designados y posesionados como Conjueces Temporales de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución N° 197-2019 del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura en conformidad con los artículos 174 y 201.1. del Código Orgánico de la Función Judicial; en calidad de Jueces Encargados de la Sala de lo Civil y Mercantil, mediante Resolución No. 07-2019 de la Corte Nacional de Justicia de 11 de diciembre de 2019, con competencia en la presente causa, acorde con lo que manda el artículo 184.1 de la Constitución del Ecuador, en correspondencia y armonía con los artículos 184 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2. ANTECEDENTES.- 2.1 Comparecen los actores por intermedio de su procurador judicial Dr. Otto Montesinos Guarnizo, exponen que, el 6 de mayo del 2015, mediante escritura pública celebrada en la Notaría Primera del cantón Loja, el señor Jorge Aníval Samaniego Velez, les promete dar en venta real y efectiva, un bien inmueble que está bajo el régimen de propiedad horizontal, departamento signado con el número DOS-B, parqueadero número ocho y bodega número cuatro, que forma parte del edificio denominado PACARI, situado en la calle Inglaterra, Nro. 545, intersección con la avenida Mariana de Jesús, sector de la Carolina, urbanización municipal La Carolina, parroquia Benalcázar, cantón y ciudad de Quito, provincia de Pichincha. Singularizan e identifican el inmueble con sus linderos y, agregan que, según la cláusula cuarta de dicha promesa, el precio por el que se transfiere el dominio es de 80.000 dólares, dinero que el promitente vendedor ya lo tiene recibido a su entera y absoluta satisfacción, toda vez que hace años debía entregarles un dinero y lo mantuvo congelado en su poder y por ello acordaron ese precio. En la promesa de compra venta, el promitente vendedor,

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
ZORBA MARÍA DE
ESCRIBANOS
MAGUIRDO
DE ORELLANA
C=EC
L=QUINCA
CI
070259322

autoriza a los promitentes compradores Ninna Pamela Paladines Romero y Gianfranco Agustín Paladines Romero, la ocupación inmediata del inmueble que se promete vender. Según la cláusula décima, el plazo para el cumplimiento es de un año improrrogable a partir de la suscripción del documento, es decir, el traspaso debía realizarse hasta mayo del 2016, han pasado más de dos años, hasta la presente fecha no les ha entregado las escrituras públicas definitivas de compraventa. Que no tenían obligación de hacerlo, ya que se pactó un plazo para la entrega de las escrituras definitivas de la compraventa del departamento mencionado, sin embargo, por lealtad procesal, le han requerido notarialmente al demandado, conforme consta de los documentos que se adjuntan, hasta la presente fecha no lo ha hecho, ni paga la multa pactada legalmente.- Fundamentan su demanda en los artículos 1453 y siguientes del Código Civil y Art. 289 del Código Orgánico General de Procesos; su pretensión es, se ordene el cumplimiento del contrato de promesa de compra venta contenido en la escritura pública que presentan; el pago de daños y perjuicios; y, en caso de oposición las costas procesales.

2.2 Citado el demandado, no propone excepciones ni anuncia prueba; comparece al proceso con posterioridad a la audiencia preliminar.

2.3 La Dra. Rosa Beatriz León Ojeda, Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Loja, declara sin lugar la demanda, en el contrato de promesa de compra venta existe una condición expresa, al no haberse cumplido ni justificado la existencia de ese cumplimiento, torna a la demanda en improcedente.

2.4 El Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, rechaza el recurso de apelación interpuesto por los actores, confirma la sentencia de primera instancia, la pretensión es improcedente.

2.5 Los accionantes interponen recurso extraordinario de casación, impugnan la sentencia de segunda instancia dictada por un Tribunal de Jueces de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 14 de junio de 2019.

2.6 El Conjuez Ab. Luis Cando Arévalo, admite a trámite el recurso de casación interpuesto por el caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos en lo posterior COGEP-.

2.7 Realizado el sorteo, radicada la competencia, se convocó a la audiencia de fundamentación del recurso, diligencia en la que, el procurador judicial de los actores, hace una exposición de los hechos que han dado origen al presente juicio; que requerido notarialmente el demandado afirmar estar delicado de salud y hasta la fecha no cumple, existe errónea interpretación de las normas contenidas en los artículos 1453, 1505, 1561, y 1570 del Código Civil, al existir una promesa de compraventa, exigen que se dé cumplimiento de la misma, pide se case la sentencia. El defensor del demandado compareció a la audiencia, igualmente mediante video conferencia, al final de la diligencia.

2.8 Emitida al final de la audiencia la decisión, este Tribunal, la sustenta por escrito de manera motivada, en los siguientes términos:

3. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.- La impugnación procesal está consagrada como un derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.h *°* *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*^o; como parte del derecho a la defensa, es una de las garantías básicas del debido proceso en nuestra Constitución, Art. 76.7.m *°* *Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*^o.

Para Enrique Vescovi, la función que acentúa el carácter constitucional del recurso, es la defensa del derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo Ediciones IDEA, 1979, pág. 25).

La casación es un recurso extraordinario, de alta técnica jurídica, formal, su objeto es impugnar las sentencias o autos recurridos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las Cortes Provinciales o por los Tribunales Distritales; debe cumplir con los requisitos determinados en la ley, para su calificación, admisión y procedencia. Tiene como finalidad el control de legalidad de las sentencias de instancia para la defensa de la normativa jurídica objetiva y por tanto de la seguridad

jurídica, la unificación de la jurisprudencia y la reparación de los agravios que pudiere ocasionar a las partes procesales una decisión judicial que infrinja las disposiciones jurídicas aplicables. Al respecto, el Dr. Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre el recurso de casación, refiere que sus finalidades pueden ser: ^ade naturaleza pública, la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia; hay otro interés adicional, de naturaleza privada, el procurar la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido^o (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 35).

4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Invocando el caso 5 del artículo 268 del COGEP, denuncian que existe errónea interpretación del artículo 1570 del Código Civil; y, falta de aplicación de los artículos 1453, 1561 y 1505 *ibídem*.

Sobre la errónea interpretación de lo dispuesto en el artículo 1570 del Código Civil, por cuanto esta disposición determina que las promesas producen obligaciones cuando conste por escrito mediante escritura pública, tratándose de un contrato que requiere para su validez de esa solemnidad; que el contrato prometido, no sea de aquellos a los que la ley declara ineficaces; que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato y, que se especifique de tal manera, que sólo falte para que sea perfecto, la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriben; que la promesa realizada entre las partes procesales cumplen con todos estos requisitos, por lo que, no se debe exigir ninguno otro, o medio probatorio que sea la presentación de la promesa otorgada mediante escritura pública; indican también, que el artículo 1453 del Código Civil establece que una de las fuentes de las obligaciones son los contratos, en el caso existe un contrato legalmente celebrado y que es ley para las partes. Respecto de la acusación de falta de aplicación del artículo 1561 del mismo cuerpo legal, señalan, que este determina que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y que no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales, que, la promesa de compra venta en cuestión no ha sido declarada nula y por tanto debe ser cumplida por las partes otorgantes; habiéndose cumplido el plazo estipulado para la suscripción de las escrituras definitivas de traspaso de dominio y no se ha realizado; señalan que el artículo 1505 del Código Civil dispone en el inciso segundo, que el contratante puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, por lo que han pedido el cumplimiento de la promesa legalmente celebrada.

5. NORMATIVA Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS PARA LA RESOLUCIÓN.-

5.1. El caso que se invoca en el recurso de casación y que ha sido admitido para conocimiento del Tribunal, constituye el límite impuesto por los propios recurrentes para el ejercicio del control de legalidad que debe efectuar el tribunal de casación.

5.2. El caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, configura los vicios de *“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”*; con fundamento en esta causal, se debe acusar violaciones directas a normas de derecho sustancial sin consideración a los hechos probados; bajo el entendimiento de que, son normas de derecho sustantivo o material las que declaran, crean, modifican o extinguen derechos, a diferencia de las normas procesales que determinan el modo en que ha de sustanciarse un proceso.

5.3. Interpretar, es un proceso intelectual por el cual se entienden y se explican los hechos y actividades humanas, atribuyéndoles un significado; la interpretación jurídica además involucra extraer el verdadero sentido y alcance de una norma legal, aplicando para ello las reglas previstas en la Ley. Este vicio se observa en la resolución 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, al respecto sostiene *“La 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.”*¹

5.4. Respecto de la violación directa de la norma sustantiva, Devis Echandía señala *“Son totalmente extrañas cualquier consideración acerca de los medios de prueba que aparezcan en el proceso, porque desde el momento en que sea necesario contemplar este aspecto, se tratará ya de violación indirecta y en consecuencia la acusación resultará mal propuesta.”*, agregando respecto de la falta de aplicación que, *“(1/4) esta debe ocurrir a pesar de que los hechos regulados por la norma estén probados, el tribunal así lo reconozca y el recurrente no discuta”*², lo que implica que el yerro por

1 Manuel de la Plaza. La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pág. 215.

2 Devis Echandía Hernando. Estudios de Derecho Procesal, Zavalia Editor. Buenos Aires, Argentina. Págs. 74, 75.

omisión de aplicación de la norma correcta, acontece con independencia de que los hechos probados en la litis sean reconocidos por el juez y no discutidos por las partes procesales.

5.5. El vicio de inaplicación o falta de aplicación se concreta ^a *¼ cuando el Juez comprueba circunstancias que son supuestos obligados de aplicación de una norma determinada, no obstante lo cual, no la aplica. El juez determina los hechos relevantes que sustentan la relación de hecho, y los califica como consecuencia de lo cual se hace imperativo la aplicación una norma, en la cual se pueden subsumir, pero el Juez no la aplica. El Juez ha ignorado, desconocido o soslayado la norma pertinente.*^o ³

5.6. Respecto de la promesa, el artículo 1570 del Código Civil manda: ^a *La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código; 2.- Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces; 3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y, 4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban. Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente.*^o

5.7. Los artículos 1453, 1505 y 1561 del Código Civil en su orden disponen: ^a *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.*^o; ^a *En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.*^o; ^a *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su*

3 Manuel Sánchez-Palacios Paiva, El recurso de Casación Civil, Jurista Editores E.I.R.L., Buenos Aires, 2009.

consentimiento mutuo o por causas legales.^o

6. ANÁLISIS MOTIVADO DEL CARGO.- 6.1. Las acusaciones vertidas con sustento en el caso 5 del artículo 268 del COGEP, deben provenir de las señaladas en la norma: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo o material que son aquellas que declaran, crean, modifican o extinguen los derechos de las personas; su análisis debe efectuarse en el marco de lo que la Constitución de la República, el Código Orgánico de la Función Judicial, y el Código Orgánico General de Procesos ordenan al respecto.

6.2 La parte recurrente, al sustentar el recurso, olvida que la acusación de violación directa de normas de derecho debe ser demostrada, sin ligarla con la prueba practicada; el cargo construido bajo acusaciones de errores de carácter probatorio, no puede prosperar técnicamente, porque la causal en la que se basa el recurso, requiere precisamente que las denuncias, no tengan como sustento consideración alguna sobre los medios de prueba, su valoración o su normativa, en la causa, al completar el recurso, refiriéndose al caso 5, indican que existe errónea interpretación del artículo 1570 del Código Civil, que la promesa motivo de este proceso cumple con todos los requisitos previstos en la norma para que se generen obligaciones y que ello da derecho a demandar, que no se debe exigir ningún requisito o medio probatorio que no sea la presentación de la escritura pública que consta en el proceso, para que sea aceptada, considerando que en esa promesa existe un plazo para su cumplimiento, el que está cumplido; dejándose de aplicar los artículos 1453, 1561 y 1505 del Código Civil

6.3. La sentencia impugnada aborda la exclusión de prueba nueva por no reunir las exigencias previstas en el artículo 258 del COGEP; resuelve los agravios invocados por los recurrentes al concretar el recurso de apelación indicando que, está encaminado a destruir la tesis del juzgador de primera instancia, al señalar los impugnantes, que el juez afirma que no se ha justificado haberse tramitado el juicio de inventario y, por otro niega la demanda por improcedente; lo que estiman los impugnantes no es real, porque se ha tramitado el juicio de inventarios y, porque la demanda es apegada a derecho; que la tesis del juez, nace de la promesa de compra venta, al considerar que existe una condición estipulada en la cláusula tercera que señala ^a $\frac{1}{4}$ *Que una vez que se haya concluido con el juicio de inventarios, mediante partición extrajudicial, entregar las escrituras definitivas* $\frac{1}{4}$ ^o y que, no se ha logrado justificar haberse realizado el inventario; que, en esta etapa no se le ha aceptado

prueba nueva, porque, aquella siempre estuvo a su alcance, dicha prueba, no fue aportada oportunamente, si consideraban existir una condición suspensiva; que el accionado, al no comparecer al proceso, de conformidad con el artículo 157 del COGEP, se considera negativa de los hechos contenidos en la demanda, que la pretensión de los accionantes es el cumplimiento de la promesa de compraventa contenida en la escritura pública de fecha 6 de mayo de 2015, celebrada en la Notaría Primera del cantón Loja; procede, el tribunal de instancia a analizar si la escritura pública con la que se pretende generar derechos, tiene efectos legales, para lo cual analiza el artículo 1570 del Código Civil, específicamente el numeral 4.- *Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban*°, concluyendo que, el contrato en cuestión, no cumple con las exigencias del artículo mencionado, puesto que, al momento de la promesa, el bien que se prometía vender no estaba en estado de que únicamente falta la tradición para que sea perfecto, ya que la propia escritura advierte inicios de procesos judiciales como inventario y partición extrajudicial, aporta doctrina (Alessandri) que indica, respecto al requisito contenido en el numeral 4, que, en la promesa se debe a conocer la naturaleza del contrato prometido en forma que no se confunda con otro y, que además se encuentre en un estado de perfección tal, que solo le falten los requisitos externos para ser completos, de modo que, al momento de ejercitar la promesa, se pueda celebrar sin necesidad de otra cosa que cumplir las solemnidades o entregar la cosa; en el caso concreto, para que se cumpla el numeral 4, deben concurrir consentimiento, cosa y el precio, que la cosa al momento de la celebración del contrato de promesa, no se encontraba en un estado que se pueda entregar en el plazo pactado, por lo que incumplía la característica prevista en el artículo 1570.4, pues aún debía seguirse los procesos judiciales para estar saneada, análisis bajo el cual determinan que la pretensión de los accionantes es improcedente, por falta del requisito contenido en el numeral 4 del artículo 1570 del Código Civil, añadiendo que, al momento de otorgar el instrumento público no se detalló la realidad legal al punto que, el plazo pactado en la cláusula sexta, se volvía insuficiente, al no existir condición suspensiva detallada y acordada, por lo que, la escritura de promesa de venta no genera derechos, la cosa prometida en venta no se encontraba en condiciones de considerar que únicamente le faltaba para que sea perfecta la tradición de la cosa prometida, la pretensión resulta improcedente, lo que significa no conforme a derecho ya por forma o por fondo cuando el derecho reclamado no ha existido, o se haya extinguido o porque no se ha propuesto con sujeción al trámite que por ley le corresponde, concluye el Tribunal de segunda instancia.

6.4 Los recurrentes, sobre la acusación de errónea interpretación del artículo 1570 del Código Civil, únicamente señalan que el contrato sometido a juicio, cumple con las exigencias de la norma, sin

establecer la línea de interpretación que consideran errada por parte del tribunal de instancia, ni cuál es el correcto entendimiento que de aquella ha de darse.

6.4.1 No obstante este antecedente, de la lectura de la sentencia impugnada, se desprende que el tribunal de segunda instancia entiende que en el contrato de promesa no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 1570, al momento en que se otorgó, el bien que se prometía vender no estaba en condición de que, únicamente, falte la tradición para que sea perfecto, su realidad era distinta, de la escritura advierten inicios de procesos como inventarios y partición extrajudicial, concluyendo que por esta razón, la pretensión de los accionantes deviene en improcedente, la promesa no genera derecho porque no reúne el requisito previsto en el número 4 del artículo 1570 del Código Civil, no se especificó de manera detallada la realidad del mismo al punto que, el plazo de la cláusula sexta se volvía insuficiente, ni siquiera existía condición suspensiva detallada y acordada. Sobre lo expuesto, no pronunciamos:

6.4.2 Los contratos de promesa contienen obligaciones de hacer, cuyo objeto es la realización de una determinada prestación, en tanto su propósito es asegurar la celebración de un contrato futuro; el contrato de promesa de compraventa y el prometido de compraventa de inmueble, son diferentes, no coexisten en tanto el uno sucede al otro; el contrato de promesa es principal, temporal e independiente del contrato prometido, contiene una obligación indivisible, y en él, debe especificarse de tal manera el contrato prometido, que solo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa y las solemnidades que la ley prescribe.

6.4.3 No existe en el artículo 1570 del Código Civil, disposición alguna que impida estipular en los contratos de promesa, condición suspensiva o resolutoria en los términos previstos en los artículos 1489 y 1495 del Código Civil. Los efectos de la condición suspensiva están previstos en el artículo 1501 del Código Civil *“No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente. (1/4)°*.

6.4.4 El artículo 1576 del Código Civil manda: *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”*; el artículo 1578 íbidem: *“El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz*

*de surtir efecto alguno.°; los artículos 1579 y 1580 del mismo cuerpo sustantivo: ^a *En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.°; ^a *Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.°, respectivamente.***

6.4.5 Teniendo como marco de análisis la normativa transcrita en el numeral anterior, contrastándola con la sentencia recurrida, los Jueces se refieren a la cláusula tercera del contrato de promesa de compra venta que señala: ^a *¼ una vez que se haya concluido con el juicio de inventario para mediante partición de carácter extrajudicial entregar las escrituras públicas definitivas.*°, y consideran no ser una condición al señalar que ^a *ni siquiera existía condición suspensiva detallada y acordada,* ¹/₄°; por lo que, al existir pendiente procesos judiciales para sanear, impedía ser entregado en el plazo acordado el contrato, no produce efectos, le falta el requisito 4 del artículo 1570, interpretación que para este Tribunal de Casación es errada, no solo de la norma, también del contrato que constituye ley para las partes al tenor del artículo 1561 del Código Civil, en cuanto, en la cláusula tercera anotada, se acuerda en tanto la promesa es una declaración de voluntad, una verdadera condición, al estipular que las escrituras públicas definitivas se entregarán mediante mecanismo extrajudicial una vez que se haya concluido con el juicio de inventarios, por lo que, la interpretación respecto del requisito contenido en el numeral 4 del artículo 1570 deviene en errada, en cuanto determina que se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falten para que sea perfecto: la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban; elementos que deben ser revisados junto con la condición estipulada en el contrato de promesa de compraventa, esto es, que, la tradición de la cosa está sometida al cumplimiento de la condición; o las solemnidades que la leyes prescriben, en el caso de la compraventa de bienes inmuebles, mediante escritura pública.

6.4.6 El Tribunal de instancia ha errado en la interpretación de la norma, al no atender e interpretar el contrato con las disposiciones de los artículos del Código Civil citadas en el punto 6.4.4 de esta sentencia; en relación con el plazo fijado de un año contado a partir de la suscripción de la promesa, debe estarse a la voluntad de los contratantes que es el otorgamiento de un contrato de compra venta (para cumplir como albacea de un testamento), plazo que ha de interpretarse junto con la condición, y darle un sentido en el cual pueda surtir algún efecto; y si no interpretan las cláusulas unas con otras

dándoles un sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, al concluir que no existe condición suspensiva y al mismo tiempo determinar que la cosa estaba sometida a sanear procesos judiciales, incurren en una contradicción, a lo que se debe agregar que, al determinar que el contrato es ineficaz por incumplimiento del requisito 4 del artículo 1570 del Código Civil, realizan una errónea interpretación, porque ignoran o dejan de lado, los efectos de la condición suspensiva, esto es, el contrato de promesa no puede ser exigido por la existencia de una condición cuyo cumplimiento no se ha verificado, mas al decidir que el contrato no genera derechos -ineficacia jurídica-, por estar pendiente una condición, le otorgan en este caso, un sentido de ineficacia del que la norma carece.

6.5 De conformidad con el numeral 4 del artículo 273 del COGEP, se CASA la sentencia en cuanto a que, el motivo de rechazo a la apelación, se sustenta en lo principal, negar la pretensión, por cuanto considera que el contrato no genera derechos, en otras palabras, es ineficaz.

6.6 En el contrato de promesa de compra venta, las partes contraen una obligación de hacer, que consiste en suscribir el comprometido contrato de compra venta, dentro del plazo que estipulan o una vez que se haya cumplido la condición. En este caso, el plazo que acordaron las partes es contractual, así aparece en la cláusula décima: *“El plazo para el cumplimiento de esta promesa de compraventa es de un año improrrogable contado a partir de la suscripción de este documento”*, entonces: *“Si entre acreedor y el deudor han pactado término para el cumplimiento de la obligación, es de presumir que el primero necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento de aquel y que el segundo tiene conocimiento de tal circunstancia. Bien está, pues, que en este caso no se exija nueva reconvencción, porque el deudor ya está prevenido desde la celebración del contrato, de que si deja vencer el plazo sin cumplir, se hace responsable”*⁴, cita jurisprudencial aplicable y pertinente para el presente análisis, y que corresponde a un cita del profesor colombiano, Guillermo Ospina Fernández.

6.7 La pretensión de los actores es que se ordene el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa contenido en la escritura pública aparejada a la demanda, el demandado Jorge Anival Samaniego Velez, está en mora en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con los actores en ese contrato, y visto el contenido del artículo 1570 del Código Civil, para que produzca obligaciones, la promesa consta por escrito; el contrato prometido no es de los que

⁴ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Juicio verbal sumario N° 233-96, 21 de enero de 1999.

las leyes declara ineficaces; contiene un plazo que fija la época de la celebración del contrato prometido; y, respecto al requisito del numeral 4, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban, al fijar los antecedentes en el referido contrato, anotan que el promitente vendedor fue casado con Daysi Goergina Paladines Escudero, que antes de su fallecimiento la Sra. Paladines otorgó testamento, en el que designó como albacea testamentario a su esposo e instituyó legados a favor de sus sobrinos, los actores; que no ha cumplido con esa obligación testamentaria el demandado; se singulariza e identifica el inmueble que se promete vender, pero no se especifica ni determina los antecedentes de dominio de ese bien raíz a la fecha de la celebración de la escritura, ni consta documentación que acredite aquello -certificado del registro de la propiedad-, situación que no se la subsana durante la tramitación de la causa, realidad jurídica que es necesario determinar y que este Tribunal no puede corregir, lo que imposibilita aceptar la pretensión propuesta, por estos motivos y no por los que expone el Tribunal de última instancia, tratándose de una obligación de hacer, si el demandado no cumple, le correspondería al juez proceder, más, no contaría con la justificación conforme a derecho, que el inmueble es de propiedad del demandado y por lo tanto, otorgar el contrato de compra venta. Es parte del derecho constitucional a la tutela efectiva, dictar sentencias que se puedan cumplir, lo analizado en este caso, impide asegurar aquello en forma eficaz.

DECISIÓN: Por las razones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ^a ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA^o, corrigiendo el error de interpretación, CASA la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 14 de junio de 2019, las 14h31, declara sin lugar la demanda, por los motivos señalados en esta sentencia. Sin costas ni honorarios que regular. Conforme a la razón actuarial que antecede, se procede conforme la Resolución N ° 18-2017 de la Corte Nacional de Justicia. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia.

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E)



Juicio No. 01333-2018-05855

**JUEZ PONENTE: VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL. Quito, viernes 7 de agosto del 2020, las 11h27. **VISTOS:** Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el recurso extraordinario de casación, interpuesto en el juicio tramitado en procedimiento ordinario, propuesto por María Hortensia Niola Quintuña en contra de la I. Municipalidad de Cuenca, pretensión, se declare a su favor, la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio de un inmueble.

1. JURISDICCION Y COMPETENCIA: Los que suscribimos, doctora María de los Angeles Montalvo Escobar, doctores Pablo Fernando Valverde Orellana (Ponente) y Carlos Vinicio Pazos Medina, hemos sido designados y posesionados como Conjuces Temporales de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución N° 197-2019 del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura; somos Jueces Encargados de la Sala de lo Civil y Mercantil, por la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 07-2019 de 11 de diciembre de 2019, por lo que, tenemos competencia en la presente causa, acorde con lo que manda el artículo 184.1 de la Constitución del Ecuador, en correspondencia y armonía con los artículos 184 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2. ANTECEDENTES: 2.1 María Hortensia Niola Quintuña, con fundamento en los artículos 715, 2392, 2398, 2410, 2411 y 2413 del Código Civil, demanda al Ilustre Municipio de Cuenca, en la persona de sus representantes legales Ing. Hugo Marcelo Cabrera Palacios, en su calidad de Alcalde y, Dr. Luis Fernando Andrade Romero, en calidad de Procurador Síndico Municipal, la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, alegando que, se encuentra en posesión pacífica, quieta, tranquila, pública e ininterrumpida, con ánimo de señora y dueña, por más de quince años, de un lote de terreno ubicado en el sector Chacahuaico-Ochoa León, parroquia Chiquintad del cantón Cuenca, provincia de Azuay, que lo individualiza e identifica dentro de los linderos y dimensiones que señala, con un área total de 682 metros cuadrados. Sostiene que, en el referido lote de terreno ha venido realizando actos posesorios tales como la siembra de maíz y frejol, lo ha cercado con postes de madera y alambre de púas; y que, es un inmueble mostrenco, por tanto, de dominio y propiedad del Municipio de Cuenca, conforme lo previsto en el artículo 419 literal c) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

2.2 La Procuraduría General del Estado, a través de la Directora Regional Subrogante, Ab. Ruth Susana Averos Jaramillo, en su escrito de comparecencia (fs. 24 y 25) opone la excepción de negativa pura y simple de los fundamentos y pretensiones de la demanda; alega que, al haberse revertido la carga de la prueba por su negativa pura y simple, corresponde a la actora probar sus asertos, esto es, el cumplimiento de los requisitos para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, a saber: que el inmueble este en el comercio humano; que quien lo alegue este en posesión por más de 15 años, sin violencia, clandestinidad, ni ininterrumpida con ánimo de señor y dueño; presencia del legítimo contradictor; y, la correcta singularización.

2.3 La entidad demandada, en el escrito de comparecencia obrante de fs. 32 y 33 de los autos, extemporáneamente opone las excepciones de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; e, improcedencia de la acción.

2.4 La sentencia de primera instancia (fs. 44 a 48), declara con lugar la demanda, por considerar que la accionante ha justificado los presupuestos fácticos necesarios para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio a su favor.

2.5 La sentencia de mayoría emitida por el Tribunal de Juezas de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, al absolver la consulta de ley, revoca el fallo de primer nivel y declara sin lugar la demanda, al considerar que el bien inmueble materia de prescripción se encuentra inscrito en el ^a Banco de Suelo del Municipio^o, por lo que, *“ 1/4 lo convierte en un bien imprescriptible de acuerdo al artículo 70 1/4^o, de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo.*

2.6 La actora interpone recurso extraordinario de casación, se funda en el caso 4 y 5 del artículo 268 del código Orgánico General de Procesos -en adelante COGEP-, determina como infringidas las normas de derecho contenidas en los artículos 158, 162, 164 inciso segundo del COGEP, 416, inciso primero, 417 y 419 literal c) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 70 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo; y, 1 de la Ordenanza del Gobierno Autónomo Descentralizado de Cuenca, de Constitución y Regulación del Banco de Suelos del cantón Cuenca.

2.7 El Conjuetz competente para calificar el recurso en virtud del sorteo realizado Ab. Luis Cando Arévalo, lo admite a trámite, por el caso 4 del artículo 268 del COGEP, a pesar que manda a completar el recurso extraordinario propuesto únicamente respecto a la individualización de los jueces que dictaron la resolución que impugna.

2.8 Realizado el sorteo correspondiente, fijada la competencia, convocadas las partes procesales a la audiencia prevista en el artículo 272 del COGEP, la defensa técnica de la actora, se refiere a las normas que considera se violentó en la sentencia impugnada, tanto en los casos 4 y 5 del artículo 268 del COGEP, solicita se case la sentencia y se declare con lugar la demanda propuesta.

Al final de la diligencia, emitimos la decisión oral, este Tribunal, la sustenta por escrito de manera motivada, en los siguientes términos:

3. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES: La impugnación procesal está consagrada como un derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.h *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*^o; como parte del derecho a la defensa, es una de las garantías básicas del debido proceso en nuestra Constitución, Art. 76.7.m *Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*^o.

Para Enrique Véscovi, la función que acentúa el carácter constitucional del recurso, es la defensa del derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo, Ediciones IDEA, 1979, pág. 25).

Gómez de Liaño González, citado por Alberto Hinojosa Mínguez, sostiene que la casación: *“es un recurso extraordinario de carácter jurisdiccional que cabe exclusivamente por motivos determinados frente a resoluciones definitivas, también determinadas dictadas por los Tribunales de instancia. No se trata de una tercera instancia, y en consecuencia para poder ser utilizado precisa no solo lesividad o gravamen de la resolución recurrida, sino de la presencia de unos motivos determinados”*¹.

La casación contiene una finalidad nomofiláctica, por la cual el Tribunal de Casación, con base en

¹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, Medios Impugnatorios, Tomo V, JURISTA EDITORES, 2010, pp. 258

una pretensión por impulso de parte procesal, vigila y fiscaliza la observancia de las leyes por parte de los tribunales, a efecto de que prevalezca la Ley, de modo que, el interés de ley prevalece sobre el privado, se dice que, *“ ¼ el recurso de casación controla el correcto entendimiento y aplicación de las normas o jurisprudencia aplicables al fondo de litigios concretos, al tiempo que unifica los criterios a seguir en la interpretación de aquellas cuando hubieran de aplicarse a situaciones similares”*².

De acuerdo con el principio dispositivo consagrado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución, en correspondencia y armonía con el artículo 5 del COGEP, los casos que se invocan en el recurso de casación, que han sido admitidos para conocimiento del Tribunal y que se los ha sustentado en la audiencia, constituyen el límite impuesto por los propios recurrentes para el ejercicio del control de legalidad que debe efectuar el tribunal de casación.

4.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- El fundamento principal del recurso, es que, en la sentencia impugnada, existe errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 158, 162 inciso primero y 164 inciso segundo del COGEP, por cuanto, las pruebas actuadas no han sido apreciadas en su conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Alega que, el Tribunal de instancia, se refiere solo al oficio No. DGAC-4865-2018, sin considerar ni analizar, el levantamiento planimétrico e informe pericial realizado por el perito Arq. Joel López Duran, con los que la actora ha demostrado, que el bien cuya prescripción pretende tiene el carácter de mostrenco, se encuentra catastrado en el Municipio a su nombre, no está afectado para ningún uso público, se encuentra ubicado en zona de expansión urbana de dominio Municipal; ni la las declaraciones testimoniales rendidas por Gloria Esperanza Bermeo Chaca y María Cecilia Maza Villa. Sostiene que, el órgano jurisdiccional de instancia, interpreta erróneamente los artículos 416 y 417 del COOTAD y 70 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial Uso y Gestión de Suelo, referidos en su orden a bienes de dominio público, bienes de uso público y Bancos de Suelo, pese a no haberse probado que el predio materia del litigio haya sido destinado a fines de utilidad pública o a la atención general de servicios públicos, como para considerarlo inalienable, inembargable e imprescriptible; e, inaplica los artículos 419 del COOTAD, al omitir considerar que, el inmueble cuya prescripción se pretende es un bien mostrenco de dominio privado de la Municipalidad, se encuentra dentro del comercio humano; y, 1 de la Ordenanza del GAD Municipal de Cuenca de Constitución y Regulación del Banco de Suelos del cantón Cuenca, al considerar que, el inmueble materia del litigio forma parte del ^a Banco de Suelo^o por la sola asignación de un número de

² HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO, Derecho Procesal Civil, Tomo V, Medios Impugnatorios, Jurista Editores, 2010, pp 259.

registro ^a 1/4 sin que se hayan cumplido los parámetros establecidos en la ordenanza referida^{1/4} .

5. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO Y DECISIÓN.- 5.1 Los artículos 158 y 162 inciso primero del COGEP, no constituyen preceptos jurídicos de valoración de la prueba, no dan un determinado valor probatorio a medio de prueba alguno, se refieren en su orden a la finalidad de la prueba y a la necesidad de la misma.

5.2. Por su parte, el inciso segundo del artículo 164 ibídem, manda: *“ La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos”* ; texto legal que divisa dos mandatos a ser cumplidos obligatoriamente por el juez en la valoración de la prueba, debe ser apreciada en su conjunto, es decir, valorando todos y cada uno de los medios probatorios actuados por los sujetos procesales, relacionándolas entre sí, para de todas ellas arribar a una conclusión, aplicando para ello, las reglas de la sana crítica.

5.2.1 Respecto a la apreciación de la prueba en conjunto, el tratadista Humberto Murcia Ballén, señala: *“ La apreciación conjunta de la prueba -expresa TOBOADA ROCA- es aquella actividad intelectual que realiza el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios suministrados por los litigantes, y en virtud de cuya operación llega al convencimiento de que son ciertas algunas de las respectivas alegaciones fácticas de aquellas en las que se basan sus pretensiones o defensas, o no logra adquirir ese convencimiento necesario para fundamentar su fallo estimatorio de ellas. Tal obligación legal, que impide la dasarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los juzgadores de instancia muy frecuentemente acudan a ese expediente de la apreciación en conjunto para formar su criterio, sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas en su complejo orgánico de compuesto integrado por elementos disimiles. (1/4) La no apreciación de pruebas en conjunto, o la equivocada apreciación que de la unión de ellas haga el sentenciador, estructura error de derecho.”* (Humberto Murcia Ballén. Recurso de Casación Civil. Sexta Edición. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Págs. 409, 410 y 412). Sobre el mismo tema, Hernando Devis Echandía, expresa: *“ Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponde, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios, reunidos en el proceso,*

tomados en su conjunto, como una "masa de pruebas", según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos. Es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar globalmente los diversos hechos, es decir "el tejido probatorio que surge de la investigación", agrupando las que resulten favorables a una hipótesis y las que por el contrario la desfavorezcan, para luego analizarlas comparativamente, pesando su valor intrínseco y, si existe tarifa legal, su valor formal, para que la conclusión sea una verdadera síntesis de la totalidad de los medios probatorios y los hechos que en ellos se contienen." (Teoría General de la Prueba Judicial T.I. Bogotá. Temis-2002. Pág. 290)

5.2.2 La sentencia impugnada, en el numeral 3.5 de su considerando TERCERO, señala: *"Precisa saber, si en el caso materia de análisis, se han cumplido con todos los elementos facticos de esta acción; y, a este respecto, a efectos de determinar si el bien es comerciable, es necesario señalar que, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización, distingue los bienes de dominio privado de los bienes de dominio público que se dividen a su vez en: bienes de uso público y bienes afectados al servicio público. Los bienes de dominio público, prescribe el artículo 416 del COOTAD, son aquellos cuya función es la prestación de servicios públicos de competencia de cada gobierno autónomo descentralizado a los que están directamente destinados, bienes estos que son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Los bienes de dominio privado y 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 gobiernos autónomos descentralizados, son los que los enumera el Art. 419 ibídem, dentro de los cuales se encuentran los bienes mostrencos, situados dentro de las respectivas circunscripciones territoriales, por tanto son bienes de dominio privado que si no están inventariados para destinarlos a fines de utilidad pública y en los respectivos planes de uso y gestión de suelo, conforme lo establece el Art. 70 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial Uso y Gestión de Suelo, son sujetos de prescribirlos.", concluyendo que "¼al haberse demostrado que, el que es materia de la acción, forma parte del banco de suelos, Con el Numero 852 NO cumple con el primer requisito de los fácticos que prevé la ley, esto es, que la cosa o el bien que se pretende prescribir, sea comerciable.", para más adelante, luego de transcribir el artículo 70 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial Uso y Gestión de Suelo, y parte de la copia simple del oficio No. DGAC-4865-2018 (fs. 10 y 11) señalar que: "¼de la antes indicada prueba documental, se desprende también que el ente municipal haciendo uso de la facultad que le confiere la Ley de la Materia, ha procedido a incluir el predio cuya prescripción se pretende en el Banco de suelo, pues al efecto consta que la Dirección de Avalúos, Catastros y Estadísticas del GAD Municipal de Cuenca, lo ha registrado bajo el No. 552; y, al efecto no obrando del proceso prueba alguna con la que la parta actora demuestre que el acto administrativo de registro del bien materia de la acción en el banco de suelo, haya sido revertido por el ente municipal, la misma presta todo el valor probatorio, pues al*

efecto el Art. 176 del Código de Procedimiento Civil reza: "Es invisible la fuerza probatoria que resulte de un instrumento, y no se puede aceptarlo en una parte y rechazarlo en otra", sin que por tanto el Tribunal pueda inobservar esta norma procesal de orden público, que no está a voluntad del juzgador ni de las partes procesales y, que por el contrario es de obligatorio e inexcusable cumplimiento; por lo mismo, no puede valorar la prueba documental únicamente para acreditar la calidad de legítimo contradictor del Gobierno Autónomo descentralizado del cantón Cuenca; y rechazar el registro del bien mostrenco materia de la acción en el banco de suelo, que se desprende de dicha prueba documental; cuanto más si el acto administrativo contenido en aquella (fs. 70 a 71 del cuaderno de primera instancia), goza de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, (Art. 366 del COOTAD), sin que tampoco el Tribunal pueda invalidar su contenido, en tanto carece de competencia para tal efecto, cuanto más si de la Ordenanza que se ha publicado al efecto, ni aparece que se hubiere dejando sin valor el indicado acto administrativo de registro que ha efectuado el Departamento de Catastros sobre el bien materia de la acción." Transcripción de la que claramente se evidencia que, el órgano jurisdiccional de instancia, al apreciar únicamente y de forma parcial la copia del oficio No. DGAC-4865-2018 de 15 de agosto del 2018 (fs. 10 a 13), sin considerar las declaraciones testimoniales de María Maza Villa, Rosa Cuzco Calle y Gloria Bermeo Chaca, así como el informe pericial del perito Arquitecto Joel López Durán, y su testimonio, inaplica el artículo 164 inciso segundo del COGEP, así como los artículos 419 del Código Orgánico de Organización Territorial y Autonomía y Descentralización, 1 de la Ordenanza del GAD Municipal de Cuenca de Constitución y Regulación del Banco de Suelos del cantón Cuenca, razón por la que, este Tribunal, acepta el cargo y, conforme lo dispuesto en el artículo 273.3 del COGEP, dicta sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO: En la tramitación de la causa no se ha omitido solemnidad sustancial alguna, razón por la que se declara su validez.

SEGUNDO: La litis se traba con la pretensión de la actora, se declare a su favor, la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio del inmueble ubicado en el sector Chacahuaico-Ochoa León, parroquia Chiquintad, del cantón Cuenca, provincia del Azuay, que lo individualiza e identifica así: por el Norte, con la vía que conduce a Tixan en 9.15 metros; por el Sur, con el canal de riego Tixan y propiedad de Dolores Loja Loja, en 9.80 metros; por el Este, con la propiedad de Gloria Esperanza Bermeo, en 72.10 metros; y, por el Oeste, con la propiedad de Rosa Zoila Bermeo Chaca, en 17.95 y 42.60 metros, dando una superficie total de 682 metros cuadrados; y, con la negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda.

TERCERO: El Art. 603 del Código Civil enumera los modos de adquirir el dominio y entre ellos, la

prescripción que, conforme el artículo 2392 del Código Civil, es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Para que opere la prescripción es indispensable se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 2410 ibídem del Código Civil, que prescribe *“El dominio de las cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse: 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 artículo 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”*.

La jurisprudencia nacional, en varios fallos, ha reiterado que, para la procedencia de la prescripción se debe justificar los siguientes requisitos: 1) 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 crédito, los derechos reales expresamente exceptuados, las cosas comunes a todos los hombres, las tierras comunitarias, las cosas que están fuera del comercio. 2) La posesión de la cosa, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 C.C.). 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 ininterrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva. 3) 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. 4) Que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, esté debidamente singularizado e identificado. 5) 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 del cantón donde se ubique el bien.

CUARTO: 4.1 La accionante, pretende se declare a su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del inmueble mostrenco ubicado en el sector Chacahuaico-Ochoa León, parroquia Chiquintad, del cantón Cuenca, provincia de Azuay, de propiedad del GAD Municipalidad de Cuenca.

Son bienes de los gobiernos autónomos descentralizados, según el artículo 415 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, aquellos sobre los cuales ejercen dominio, mismos que, se dividen en bienes del dominio privado y bienes del dominio público. Constituyen bienes de dominio privado 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, y son, entre otros: ^a¼ c) *Los bienes mostrencos situados dentro de las respectivas circunscripciones territoriales;*^¼° (Art. 419 COOTAD), los que, por tanto, están en el comercio humano, ya que, respecto de ellos, no aplica el inciso segundo del artículo 416, que establece la imprescriptibilidad.

4.2 Los bienes mostrencos son todos aquellos bienes, ya sean muebles o inmuebles, que, se encuentran perdidos, abandonados o deshabitados y sin saberse su dueño. Los bienes mostrencos al estar vacantes y carentes de dueño son susceptibles de adquisición por prescripción. No obstante, esta regla general que resulta de fácil aplicación tratándose de bienes muebles o semovientes, requiere ciertas matizaciones cuando se trata de inmuebles, pues en estos casos, los inmuebles deshabitados, abandonados o sin dueño conocido se adjudicarán al Estado. (Benito Gutiérrez Fernández. Código o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español-Madrid, 1863.).

4.3 La titularidad de dominio de la parte accionada sobre el lote de terreno ubicado en el sector Chacahuaco-Ochoa León, provincia de Azuay, se encuentra justificada con el oficio emitido por el Director Regional de Avalúos y Catastros del GAD Municipal del Cuenca, No. DGAC-4865-2018, de 15 de agosto de 2018, del que, se desprende que, el inmueble materia de la litis, se encuentra ubicado en la zona de expansión urbana, parroquia Chiquintad, registrado con clave catastral No. 0101550160047 a nombre de María Hortencia Niola Quintuña, que, es un bien mostrenco con una superficie total de 681,654m², avaluado en la suma de \$ 19.875,20, y registrado en el Banco de Suelo con el No. 852, pese a que a la fecha de su emisión, la Dirección General de Avalúos, Catastros y Estadísticas, recién ^a¼ se encuentra implementando la integración de datos para cumplir con la disposición de constituir un ^a Banco de Suelo^o como complemento de la información predial que registra el Catastro Municipal de Cuenca, de conformidad a lo establecido en el art. 70 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo.^o (Lo resaltado nos pertenece); y, que los datos catastrales contienen ^a¼ información referencial, recopilada mediante procesos de actualización con fines de planificación municipal y tributación, en base a información proporcionada por los posibles contribuyentes y las verificaciones de campo efectuadas, razón por la cual el registro catastral no otorga titularidad ni determina ningún tipo de intervención, ni autorización para uso alguno.^o; transcripción de la que se colige, que la asignación numérica en la sección ^a Banco de Suelo^o se hace sin que se encuentre aún constituida dicha figura, la que, según el

artículo 46 del Reglamento a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, se constituye en consideración a la normativa que para el efecto dictará el ente rector del hábitat y la vivienda, el que, además establecerá las definiciones y determinaciones del funcionamiento, así como los lineamientos para la identificación de los predios que formarán parte del banco de suelo. (Art. 47); presupuestos cuyo cumplimiento previo no han sido justificados por la parte demandada, pues, el referido oficio, contiene información referencial, razón por la que, el inmueble mostrenco materia de la Litis, es susceptible de ganarse por prescripción, por estar dentro del comercio humano. Se agrega a lo analizado, que la Ordenanza de Constitución y Regulación del Banco de Suelo del cantón Cuenca, fue publicada en el Registro Oficial, No. 437 del 27 de febrero de 2019 -posterior al oficio emitido y analizado por las Juezas-; en aplicación del artículo 1 de este cuerpo normativo, su objeto es constituir, regular y establecer los mecanismos y procedimientos para conformar y administrar el Banco de Suelo del cantón Cuenca; el artículo 4 establece los requisitos para que un bien inmueble municipal de dominio privado sea incorporado al Banco de Suelo; el artículo 5, las etapas del proceso de incorporación, que culmina con, emitido el acto administrativo se notificará al Registrador o Registradora de la Propiedad, a fin de que se proceda con la inscripción de el o los bienes inmuebles que han sido incorporados al banco de suelo, conforme lo establece la ley, de tal forma que, para que un inmueble llegue a formar parte del Banco de Suelo, no basta emitir un oficio con la asignación de un número, dejaría en indefensión a los ciudadanos que están en posesión de los inmuebles cumpliendo la normativa que existe en nuestra legislación, y, la inscripción en el registro, garantiza la publicidad.

QUINTO: 5.1 La accionante ha demandado la prescripción del lote de terreno de seiscientos ochenta y dos metros cuadrados, alegando que, se encuentra en posesión del mismo desde hace más de 15 años, con ánimo de señora y dueña, de forma pacífica e ininterrumpida, realizando actos que solo el dominio da derecho, tales como la siembra de maíz y frejol, y construcción de cerramiento; terreno que se encuentra comprendido dentro de los linderos y dimensiones señalados en el considerando segundo de esta sentencia; justifica la posesión con las declaraciones testimoniales rendidas por María Cecilia Maza Villa, Rosa Claudia Cuzco Calle y Gloria Esperanza Bermeo Chaca, quienes han sido concordantes en señalar que la posesión de la accionante ha sido de manera pública, pacífica e ininterrumpida, por más de quince años, realizando actos de señora y dueña, tales como la siembra de maíz y frejol y construido un cerramiento, conforme el artículo 969 del Código Civil *“Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos,, de aquellos a que sólo el dominio da derecho, como la corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.”*

5.2 Del levantamiento planimétrico presentado por el Arquitecto Joel López Durán (fs. 4 a 8), se desprende que el lote de terreno materia del litigio se encuentra ubicado en el sector Chacahuaico-Ochoa León, parroquia Chiquintad, cantón Cuenca, provincia de Azuay, con una superficie total de 682 metros cuadrados, de topografía irregular, la singularización e identificación del inmueble, guarda plena concordancia con lo señalado a este respecto en la demanda; en toda su extensión, el bien raíz está cubierto de maíz-frejol, y cuenta con postes de madera y alambres de púas en todos sus linderos, lo que lo identifica plenamente; es un bien mostrenco, con clave catastral 0101550160047 a nombre de la actora.

5.3 El artículo 30 de nuestra Constitución garantiza a las ecuatorianas y ecuatorianos el derecho a un hábitat seguro y saludable, así como a una vivienda adecuada y digna, lo que se concreta y materializa con el derecho a la propiedad, previsto en el artículo 66.26 de la Constitución, derecho que pretende obtener y materializar la accionante por medio de este proceso, cuyo fin es la realización de la justicia. Con los medios probatorios descritos y analizados, actuados por la parte actora, -la parte accionada no actuó ningún medio probatorio-, no han tenido contradicción, son concordantes, guardan relación y merecen credibilidad, ha justificado y demostrado, todos los presupuestos que exige nuestra legislación para la procedencia de la pretensión propuesta, la prescripción adquisitiva extraordinaria como modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas, que se hallen en el comercio humano y por haber poseído por un tiempo mínimo de 15 años y con las condiciones del Art. 715 del Código Civil, esto es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, mediante los actos descritos como demostración de la posesión al tenor del Art. 969 íbidem. El inmueble está siendo utilizado por la señora Niola Quintuña, con ánimo de señora y dueña, por lo que resulta evidente que no está destinado para uso público.

DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia ^a ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION, Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA°, CASA la sentencia dictada el 12 de julio de 2019, las 10h56, por el Tribunal de Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, y en su lugar, confirma el fallo de primer nivel que, declara con lugar la demanda. Sin costas. Conforme a la razón actuarial que antecede, se procede conforme la Resolución N ° 18-2017 de la Corte Nacional de Justicia. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia para los fines de ley.

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

129753073-DFE

Juicio No. 12334-2018-00163

JUEZ PONENTE: MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES, JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL.** Quito, lunes 17 de agosto del 2020, las 11h47. VISTOS:

Para resolver el RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por CRISTAL CAROLINA RODRÍGUEZ BAJAÑA, se considera:

1.- ANTECEDENTES

1.1. El Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos con sede en el cantón Babahoyo, en sentencia de 30 de julio del 2019, rechaza el recurso de apelación y confirma, en todas sus partes, la sentencia que le fue grado, pronunciada por la señora Jueza de la Unidad Judicial Civil de los Ríos, con sede en el Cantón Babahoyo, que declaró parcialmente con lugar la demanda, y ordenó ^a que la demandada Cristal Carolina Rodríguez Bajaña, reivindique al actor una casa grande familiar de dos plantas con cubierta de zinc; una casa tipo villa con cubierta de zinc y teja, una villa pequeña con cubierta de teja, un galpón grande con cubierta de dura techo (sic) en cuyo interior se encuentran las bodegas de granos, maquinarias agrícolas y vehicular; una explanada de hormigón que hace de tendal y una báscula de pesar camiones de 18mts 3.45°. Dispone que ^a entonces la restitución de este bien establece (sic) que está compuesta de este terreno de mayor extensión, según el certificado del Registro de la Propiedad, lote de terreno de la superficie de una hectárea seiscientos metros cuadrados y, según levantamiento planimétrico, de una hectárea dos mil seiscientos sesenta y cinco milésimas de hectárea, que formaba parte del predio Victoria de Cacahual, Zona Cuatro, parroquia Febres Cordero, cantón Babahoyo, provincia de Los Ríos°. La sentencia de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos fue impugnada por la demandada a través del recurso de casación.

1.2. El señor Conjuez Nacional Dr. Pablo Fernando Loayza, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por Cristal Carolina Rodríguez Bajaña, por lo cual, recibido el expediente en la Tribunal de Casación señaló el día 27 de julio del 2020 a fin de que tenga lugar la audiencia prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos. En la diligencia la recurrente, a través de su patrocinador, señaló que la causal invocada fue la del numeral 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos y que las normas de derecho infringidas son los artículos 121 y 265 del Código Orgánico General de Procesos. Según la recurrente esta causal de casación se configura porque el actor, Germán Llerena, propuso una acción reivindicatoria que fue precedida por una diligencia

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
JUEZA MARIA DE
LOS ANGELES
MONTALVO ESCOBAR
C=EC
L=QUINDIA
CI
0702559822

preparatoria de inspección judicial. Explica que su defendida fue citada con la diligencia preparatoria, que compareció y se opuso a la inspección judicial, porque el vendedor del inmueble transferido al demandante, no era el titular exclusivo del derecho de dominio, pues mantenía con ella una unión de hecho. Agrega que la juzgadora que practicó la diligencia no aplicó el artículo 121 Código Orgánico General de Procesos, que dispone que, en caso de oposición, el incidente debe ser resuelto por la jueza o el juez que conoce el procedimiento de diligencia preparatoria. La falta de pronunciamiento, según dice, le ocasionó gravamen, porque le impidió interponer el recurso de apelación previsto en la ley, con lo cual se configuró la omisión que produjo indefensión. En cuanto a falta de aplicación del 225 del Código Orgánico General de Procesos considera que el yerro consiste en que la juzgadora deja de aplicar una norma de procedimiento, porque puso en conocimiento de la partes el informe pericial por el término de cinco días, cuando debió hacerlo por diez días, como dispone ese artículo. Según manifiesta la omisión impidió pedir aclaración o ampliación oportunamente. Como estas violaciones de la ley que, para él, son evidentes y vulneran la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, pide que se acepte el recurso y se case la sentencia impugnada. El accionante rechaza lo manifestado por la recurrente, asevera que el número 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos se refiere a normas procesales que vician el proceso de nulidad insubsanable, supuesto que no se produjo, porque no hay indefensión, debido a que la parte demandada compareció en el momento de la diligencia preparatoria, dio contestación a la petición, luego compareció al proceso principal, contestó la demanda y dedujo excepciones. Según su opinión, el artículo 225 del Código Orgánico General de Procesos no guarda relación con la inspección judicial realizada como diligencia preparatoria, sostiene que no se ha violentado el derecho a la legítima defensa, pues en la contestación a la demanda se presentaron como excepciones las siguientes: negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, falta de legitimación, error en la forma de proponer la demanda y extinción de obligación por rescisión, pero el demandado no se refirió a las supuestas violaciones en la diligencia preparatoria y no las señaló como causa de nulidad. El actor sostiene que el demandado trata de beneficiarse de su propio dolo para que se declare la nulidad de una causa que fue llevada conforme a derecho, por lo que solicita que se rechace la casación. Concluido el debate el Tribunal pronunció la decisión oral rechazando el recurso, por lo cual corresponde emitir la decisión motivada por escrito y lo hace en los términos que constan a continuación.

2.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN. VALIDEZ PROCESAL

2.1 El Tribunal de Casación, integrado por los jueces Dra. María de los Ángeles Montalvo Escobar (ponente), Dr. Pablo Fernando Valverde Orellana y Dr. Carlos Vinicio Pazos Medina, es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con las disposiciones de los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 269 del

Código Orgánico General de Procesos y con las Resoluciones números 197-2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura, 07-2019 de la Corte Nacional de Justicia. La competencia de este órgano jurisdiccional está limitada por el caso que fue admitido por el señor Conjuez Nacional en el auto respectivo.

2.2 En el trámite del recurso de casación se observaron las solemnidades que, según su naturaleza, le corresponden y no se aprecia omisión de solemnidad sustancial que hubiera podido influir en la decisión.

3.- FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN Y AUTO DE ADMISIBILIDAD

3.1 Cristal Carolina Rodríguez Bajaña, en escrito de 19 de septiembre del 2019, interpuso recurso de casación fundada en la causal 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, las normas de derecho que considera infringidas son los artículos 121 y 225 del Código Orgánico General de Procesos, cuya falta de aplicación, según dice, ha viciado el proceso de reivindicación seguido en su contra de nulidad insubsanable y ha ocasionado indefensión.

3.2 El señor Conjuez Nacional, en auto interlocutorio de 10 de enero del 2020, ^aConsiderando que el recurso de casación cumple con los requisitos de procedibilidad determinados en los artículos 266 y 267 del Código Orgánico General de Procesos se admite a trámite el recurso de casación°.

4.- ANALISIS DE LOS CARGOS

4.1 La recurrente acusa a la sentencia se segunda instancia de violación de la ley procesal, por falta de aplicación de los artículos 121 y 225 del Código Orgánico General de Procesos, con lo cual, según ella, se ha configurado el caso 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. La disposición invocada dispone que procede el recurso de casación ^aCuando 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°.

4.2 El vicio de falta de aplicación de una norma procesal ocurre cuando los juzgadores, al dictar la sentencia, no la aplican debiendo haberlo hecho. Conforme la doctrina es un error respecto de la existencia de la norma y , para que sea motivo de casación, de acuerdo con el cargo acusado, ^adebe encontrarse en la sentencia misma, o en un acto que repercuta sobre ella de manera directa..° (De la Rúa, Fernando, ^aEl recurso de casación°, Víctor P. de Zavalía, 289). Consecuentemente, aplicando los principios procesales de especificidad y transcendencia, se debe determinar si la omisión es causa de

nulidad y si ha influido en de manera directa en la decisión.

4.3 La primera norma que, según el demandado, no se aplicó es el artículo 121 del Código Orgánico General de Procesos, que regula la presentación y calificación de la diligencia preparatoria, dispone que la parte que solicite diligencia preparatoria señalará los nombres, apellidos y domicilio de la persona contra quien promoverá el proceso, el objeto del mismo y la finalidad concreta del acto solicitado. La o el juzgador calificará la petición y dispondrá o rechazará su práctica. En el primer caso citará a la persona contra quien se la pide y señalará día y hora en que se efectúe la diligencia. La persona contra quien se promueve la diligencia podrá, en el momento de la citación, oponerse a la misma o solicitar su modificación o ampliación. La o el juzgador resolverá lo que corresponda. Si existe agravio, la o el solicitante o la parte contra quien se dicta el acto solicitado, podrá apelar con efecto diferido. Si la o el juzgador niega la diligencia solicitada, la parte afectada podrá interponer recurso de apelación con efecto suspensivo.

4.4. El cargo se relaciona con una omisión dentro de una diligencia preparatoria que antecedió al procedimiento ordinario de reivindicación, violación que, según la recurrente, consiste en que, habiendo presentado oposición a la diligencia preparatoria de inspección judicial, la juzgadora de primera instancia, que, posteriormente, conoció el juicio de reivindicación, no resolvió la oposición para que no se practique la inspección judicial en el lote de terreno que fue materia de reivindicación, lo que considera afectó a la causa principal con nulidad insubsanable.

4.5 Las diligencias preparatorias tienen dos finalidades específicas: 1) determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso; y, 2) Anticipar la práctica de prueba urgente que podría perderse. En el caso de la inspección judicial, como diligencia preparatoria, el objeto es la práctica de prueba urgente, consecuentemente, la oposición de la persona contra quien se promueve puede referirse, únicamente a la práctica de la diligencia misma y no al derecho sustancial que, eventualmente, se ejerza. Es decir la oposición no equivale a una excepción de fondo sobre un derecho que ni siquiera está en discusión. La doctrina, al referirse a las diligencias preparatorias enseña: ^aEstos actos son preparatorios de la demanda. Para asegurar el éxito en el juicio, el que la propone puede preparar la demanda con estos actos, los cuales, en nuestro sistema procesal, tienen por objeto asegurar la prueba del actor, asegurar el triunfo de éste, en la contienda judicial (¼) El designio principal, la nota peculiar de tales diligencias es la de asegurar, en determinados aspectos los resultados del proceso¼ ° (Lovato, Juan Isaac, ^aPrograma Analítico de Derecho Civil Ecuatoriano, Editorial Casa de la Cultura, 1962, Tomo IV, pág. 192). El mismo autor se refiere a la inspección judicial, como diligencia previa de esta manera: ^aLa inspección judicial es un medio de prueba directo. Es un medio de prueba por percepción directa del juez. Mediante ella, el juez se pone en

contacto inmediato, directo con los objetos o hechos que habrán de ser demostrados en el juicio. Mediante la inspección el juez examina, reconoce directamente la cosa que es o que ha de ser materia del juicio, averigua la verdad sin intermediarios; lo que no sucede con los otros medios de prueba, que le hacen conocer algo mediante el testimonio escrito de los interesados (instrumentos públicos y privados), o mediante la relación de las mismas partes en el juicio (confesión) o de quienes vieron u oyeron (testigos), o mediante la deducción (presunciones). El reconocimiento es una prueba directa y personal del juez, cuyo valor probatorio sólo puede apreciar por su índole el organismo que lo realiza (¼) Utilísima resulta, pues, la inspección judicial, para preparar la demanda en muchos casos^o (opcit, págs. 204-205). El profesor Lino Enrique Palacios enseña que ^aLas medidas preparatorias tienen por objeto asegurar a las partes la posibilidad de plantear sus alegaciones en la forma más precisa y eficaz. Persiguen, esencialmente, la determinación de la legitimación procesal de quienes han de intervenir en el proceso, o la comprobación de ciertas circunstancias cuyo conocimiento es imprescindible, o manifiestamente ventajoso desde el punto de vista de la economía procesal, para fundar una eventual presentación en juicio^¼.^o (Palacio, Lino Enrique, ^aManual de Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, T. I, p. 402). Respecto de la naturaleza jurídica de las diligencias preparatorias la Ex Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en el sentido de que ^ason trámites que no constituyen juicio de conocimiento sino diligencias que tienen por objeto asegurar la prueba o alegación que se presentará en un futuro juicio^o (Resolución N° 140-2003, R.O. 128, 18 de julio del 2003).

5.- MOTIVACIÓN

5.1 La recurrente no cumple con señalar cuál es la solemnidad sustancial omitida ni determina de qué manera el hecho de que la juzgadora no proveyera su oposición en la diligencia preparatoria de inspección afectó al proceso principal de reivindicación. Examinada la sentencia impugnada este Tribunal concluye que la violación por falta de aplicación de la norma del artículo 121 del Código Orgánico General de Procesos, invocada por la casacionista con cargo al caso primero del Art. 268 ibídem, no es admisible en casación, por cuanto el fundamento para tal censura tiene como antecedente, el acto preparatorio de juicio, cuya finalidad fue realizar una inspección judicial al inmueble que hoy es materia de la litis. La inspección judicial, de conformidad con el artículo 229, del Código Orgánico General de Procesos, tiene como objeto, el examen directo o reconocimiento de lugares, cosas o documentos. La recurrente pretende que este Tribunal declare la nulidad procesal por una omisión de procedimiento en una diligencia preparatoria que antecedió a la reivindicación y que no tuvo efecto directo ni fue determinante en la sentencia impugnada. Se debe recordar que, para que proceda la nulidad procesal, se aplican los siguientes principios: 1.- especificidad, desarrollado en el inciso final del artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone que: ^aSolamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal

efecto° y , 2. transcendencia, previsto en el artículo 111 del mismo Código que manda que la nulidad debe ser declarada cuando ^a ha sido determinante porque la violación ha influido o ha podido influir en la decisión del proceso°. Cuando la omisión no es determinante y no ha ocasionado la indefensión, los jueces tienen la facultad de convalidar el proceso, conforme lo previsto en el artículo 130.8 del Código Orgánico de la Función Judicial.

5.2 En la práctica de la diligencia preparatoria existe una omisión por parte de la juzgadora de primera instancia que no resolvió expresamente la oposición de la poseedora del inmueble para que no se realice la diligencia de inspección judicial, sin embargo, habiéndose establecido que el acto preprocesal para asegurar una prueba no es un proceso sino un trámite, la omisión en el procedimiento no afecta la validez del proceso ordinario con el que se pretende recuperar un bien. La omisión tampoco es trascendente porque, conforme consta en el acta resumen de la audiencia preliminar, la jueza ordenó de oficio la práctica de la inspección ocular al bien inmueble de esta causa, la misma que tuvo lugar el 16 de noviembre del 2018, diligencia que fue valorada en la resolución de primera instancia. Finalmente, si bien la juzgadora que conoció la diligencia preparatoria Nã 12334-2017-00249G, con la que se radicó la competencia para resolver el juicio ordinario, no rechazó expresamente la oposición, en providencia de 25 de octubre del 2017, dispuso que se agregara al proceso el escrito, que se tome en cuenta lo manifestado por la demandada y que se le notifique a fin de conozca la diligencia de inspección preparatoria señalada para el 9 de noviembre del 2017 a las dos de la tarde, lo cual equivalía a ordenar la práctica de la diligencia, rechazando la oposición, decisión que bien pudo ser impugnada a través del recurso de apelación con efecto diferido. No se puede dejar de considerar que la alegación de nulidad si fue analizada por el Tribunal de Apelación que señaló que: ^a en cuanto a la alegación de nulidad realizada por la demandada respecto a la inspección judicial que como diligencia preparatoria se realizó previa presentación de la demanda y en la que la jueza de instancia no resolvió el incidente por ella planteado, este Tribunal advierte que en el desarrollo del proceso y posterior la audiencia preliminar, a instancia de la propia juez (de oficio) se realizó una nueva inspección que fue la que sirvió de sustento para sentenciar, la misma que no fue objetada por los justiciables, además en la contestación a la demanda no fue alegada como vicio de procedibilidad: por último al haberse realizado nueva inspección ocular judicial al precio materia de la litis, es sobre esa base que se dictó la sentencia de instancia, en consecuencia la diligencia impugnada no influyó en la decisión de la causa°. A lo dicho se debe agregar que la omisión en la práctica de un medio de prueba produce, como efecto, que no sea valorado, pero, de ninguna manera, ocasiona la nulidad procesal, en este caso, la deficiencia en la tramitación de la diligencia preparatoria fue subsanada por la propia juzgadora cuando, de oficio, señaló la inspección judicial que se realizó dentro del proceso judicial.

5.3 Respecto al segundo cargo, esto es la falta de aplicación del artículo 225 del Código Orgánico General de Proceso, que dispone que el informe pericial será notificado a las partes con el término de por lo menos diez días antes de la audiencia, es evidente que esta disposición se aplica al informe pericial presentado por escrito dentro del proceso y no al realizado a través de una diligencia preparatoria, supuesto en el cual la aplicación de la norma no es pertinente, porque no hay audiencia. En el caso de la diligencia preparatoria de inspección judicial termina con la presentación del informe y no cabe discusión de ninguna naturaleza. Por tanto la acusación no tiene sustento.

6.- DECISIÓN

Por las consideraciones realizadas este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso interpuesto y NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos con sede en el cantón Babahoyo. Sin costas ni honorarios que regular en este nivel. De conformidad con el artículo 2 de la Resolución 18-2017, de la Corte Nacional de Justicia, por ausencia temporal del Dr. Carlos Vinicio Pazos Medina, en base de la razón sentada por la señora Secretaria de la Sala, esta resolución la firman los otros dos miembros del tribunal. Notifíquese.

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

133503754-DFE

Juicio No. 17230-2017-11380

JUEZ PONENTE: VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**AUTOR/A: VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y****MERCANTÍL.** Quito, martes 6 de octubre del 2020, las 14h00. VISTOS: Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia el recurso de casación, interpuesto en el juicio tramitado en procedimiento ordinario por cobro de dinero, que sigue José Antonio Yépez Villarreal en contra de Hernán Ramiro y Jairo Fernando Yépez Villarreal.

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: Los que suscribimos, doctora María de los Angeles Montalvo Escobar, doctores Pablo Fernando Valverde Orellana (Ponente) y Carlos Vinicio Pazos Medina, hemos sido designados y posesionados como Conjueces Temporales de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución N° 197-2019 del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura en conformidad con los artículos 174 y 201.1. del Código Orgánico de la Función Judicial; en calidad de Jueces Encargados de la Sala de lo Civil y Mercantil por la Resolución No. 07-2019 de la Corte Nacional de Justicia de 11 de diciembre de 2019, tenemos competencia en la presente causa, acorde con lo que manda el artículo 184.1 de la Constitución del Ecuador, en correspondencia y armonía con los artículos 184 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2. ANTECEDENTES: 2.1 Los accionados Hernán Ramiro y Jairo Fernando Yépez Villarreal, interponen recurso de casación contra la sentencia dictada por los Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, el 27 de marzo de 2019, las 15h16; que acepta el recurso de apelación, revoca la sentencia de primer nivel y, en su lugar, declara con lugar parcialmente la demanda y dispone que los accionados paguen al actor la suma de 45.100,00 dólares, más el interés de mora al máximo permitido por la ley, calculados desde la citación con la demanda.

2.2 El Conjuez Nacional Ab. Luis Antonio Cando, en quien por sorteo se radicó la competencia para la calificación del recurso extraordinario, lo admite a trámite por los casos 1 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos -en adelante COGEP-.

2.3 Realizado el sorteo correspondiente, fijada la competencia, convocadas las partes a la audiencia prevista en el artículo 272 del COGEP, el defensor técnico de los recurrentes, Dr. Gerardo Morales Suárez, en lo principal, sostiene que, refiriéndose a los yerros de la

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
PABLO FERNANDO VALVERDE ORELLANA
JUEZ NACIONAL DE LO CIVIL Y MERCANTIL
C=ECUADOR
E=QUITO
C=QUENEA
070259822

sentencia y su trascendencia, sobre la errónea interpretación del artículo 258 del COGEP, lo relaciona con el artículo 11 numerales 3 y 8 de la Constitución, el Tribunal cita la excepción de la prescripción y como no lo ha fundamentado están imposibilitados de analizar; el artículo 257 del COGEP es un mandato imperativo, pero también es cierto, que la apelación con efecto diferido, es requisito sine qua non que haya perdido el juicio total o parcialmente, ganaron en primera instancia y mal podían fundamentar una excepción previa si no lo podían hacer sobre lo principal, si no hay agravio, sería un contrasentido; que esa norma fue hecha por el legislador sin entrar en consideraciones como en este caso, la Corte Provincial debía ordenar fundamente el recurso o pronunciarse, no le da un sentido racional a la norma.

Sobre la falta de aplicación de las disposiciones del Código Civil respecto a la prescripción, en este caso ha transcurrido 17 años, 8 meses y 24 días, desde que se produjo la supuesta obligación hasta la citación con la demanda. Que en el acuerdo de pago, se identifican acreedor y deudores, se comprometen a pagar 45.100 dólares, lo que asevera la Corte es un contrasentido, el artículo 2099 del Código Civil dice lo que es el préstamo de mutuo o consumo, el contrato principal era el préstamo, tenía que demostrarse la entrega del dinero, celebrarse el contrato de préstamo que es el principal, nace a la vida jurídica con la entrega, lo que jamás se produjo y el acuerdo no puede sustituir al contrato principal.

Que existe falta de motivación, porque se hace un estudio genérico de la norma, se citan doctrinas extrañas, no pertinentes con el caso, hay incongruencia, falta de lógica, razonabilidad y comprensibilidad. Pide se case la sentencia.

El Dr. Nelson Martínez Martínez, defensor técnico del actor, afirma que, la fundamentación difiere de lo consignado de manera escrita, se han añadido hechos. La sentencia mantiene un orden lógico con los hechos admitidos como verdaderos, se aplicó correctamente la ley. Que el recurso de casación carece de estructura, sobre todo en las causales en que se funda, sobre la prescripción, el tribunal actuó y observó el debido proceso.

Que la sentencia está motivada, al valorar la prueba emplea la sana crítica. Hay tres peritajes que determinan que si es la firma del demandado; se pretende la revisión de la prueba, del hecho fáctico, se cita las normas de la prescripción, pero procesalmente se demostró la interrupción con la expresión

de voluntad; y, que la fuente de la obligación es el documento. Concluye solicitando se rechace el recurso.

Emitida la decisión oral, este Tribunal, la sustenta por escrito de manera motivada, en los siguientes términos:

3. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES: La impugnación procesal está consagrada como un derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.h ^a *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*^o; como parte del derecho a la defensa, es una de las garantías básicas del debido proceso en nuestra Constitución, Art. 76.7.m ^a *Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*^o.

Para Enrique Véscovi, la función que acentúa el carácter constitucional del recurso, es la defensa del derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo, Ediciones IDEA, 1979, pág. 25).

Gómez de Liaño González, citado por Alberto Hinojosa Minguéz, sostiene que, la casación: *“ es un recurso extraordinario de carácter jurisdiccional que cabe exclusivamente por motivos determinados frente a resoluciones definitivas, también determinadas dictadas por los Tribunales de instancia. No se trata de una tercera instancia, y en consecuencia para poder ser utilizado precisa no solo lesividad o gravamen de la resolución recurrida, sino de la presencia de unos motivos determinados”*¹.

La casación contiene una finalidad nomofiláctica, por la cual el Tribunal de Casación, con base en una pretensión por impulso de parte procesal, vigila y fiscaliza la observancia de las leyes por parte de los tribunales, a efecto de que prevalezca la Ley, de modo que, el interés de la ley prevalece sobre el privado, se dice que, *“ ¼ el recurso de casación controla el correcto entendimiento y aplicación de las normas o jurisprudencia aplicables al fondo de litigios concretos, al tiempo que unifica los criterios a seguir en la interpretación de aquellas cuando hubieran de aplicarse a situaciones similares”*².

4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: 4.1 Con respecto al caso 1 el artículo 268 del COGEP, existe errónea interpretación de los artículos 258 del COGEP, 11 numerales 3 y 8 inciso segundo de la Constitución de la República. Interpusieron recurso de apelación de la excepción previa de

1 HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, Medios Impugnatorios, Tomo V, JURISTA EDITORES, 2010, pp. 258.

2 HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, Tomo V, Medios Impugnatorios, Jurista Editores, 2010, pp 259.

prescripción que les fuera negada por el Juez de primera instancia, pero en vista de que obtuvieron sentencia favorable, no podrían fundamentar el recurso respecto de esa excepción previa, por ausencia de agravio que corresponde a la naturaleza de la impugnación, porque la demanda propuesta en su contra fue desechada; que al no haber procedido así, la Corte Provincial interpretó erróneamente el mentado artículo, consideró que no era necesario conocer la excepción por no haber sido impugnada, dándole un sentido empírico a los casos comunes y no observando los derechos y garantías que establece el principio de aplicación directa y, la garantía de las condiciones necesarias para el pleno reconocimiento del ejercicio del derecho, previsto en el artículo 11 numerales 3 y 8 inciso segundo de la Constitución, en particular, la inconstitucionalidad de cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos; que los juzgadores omitieron considerar la naturaleza de dicha norma vinculada al derecho constitucional de impugnación, permitiendo que, pese a que la ley impide impugnar en el caso de ausencia de agravio en la sentencia, el juzgador de segunda instancia concede razón a la contraparte y limita la posibilidad del derecho a la defensa y de impugnación a la parte vencida en segunda instancia, lo que vició el procedimiento de manera insubsanable y provocó indefensión, lo que influyó en la decisión de la causa, porque si la Corte Provincial entra a valorar la posición de cada una de las partes y al evidenciar que se configuró la prescripción que fue oportunamente alegada, habría tenido la necesidad de declararla, sin embargo, impidió la alegación en segunda instancia vulnerando derechos y desnaturalizando el derecho a la impugnación, que el sentido que han dado a la norma, ha generado el impedimento para analizar la procedencia de la prescripción de la acción, que solo es posible cuando una sentencia acepta total o parcialmente la demanda, y no cuando la equidad y la sana razón o la racionalidad no se ajusta a la voluntad legislativa, mucho menos, puede concebirse una interpretación finalista o sustentada en los principios de derecho universal.

Insisten que, el Tribunal entiende que debían fundamentar el recurso interpuesto y concedido para la procedencia de la revisión de la excepción previa de prescripción, sin tomar en cuenta que, si obtuvieron sentencia favorable no pueden pretender una revisión porque el fallo no les causa agravio, por lo que, el tribunal de apelación tenía la obligación de conocer sobre la prescripción del ejercicio de la acción, en atención a lo dispuesto en el artículo 11.5 de la Constitución.

4.2 Acusan los casacionistas, que existe falta de motivación, prevista en el numeral 2 del artículo 267 del COGEP (sic).³ Por lo tanto, no cumplen con su obligación de configurar el yerro en uno de los casos que establece el 268, siendo el número 2: ^a *Cuando la sentencia o*

³ Art. 267.-Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente: 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.

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°.

Sin embargo, admitido a trámite el recurso extraordinario, sin objeción por parte del Conjuez Nacional, denuncian que, no se considera toda la normativa constitucional que ^a le permita al Juez de apelación considerar una situación relevante como es el hecho de la existencia de una apelación de una excepción previa e impidiendo el derecho a la defensa y de recurrir del fallo°, concebido dentro del parámetro de razonabilidad; que la acusación se deriva de la naturaleza de un Estado Constitucional de derechos y justicia, concebido como un derecho humano para evitar arbitrariedades, en la obligación de motivar las decisiones judiciales y administrativas que afecten sus derechos; que respecto del parámetro de la lógica, implica la determinación de premisas que no derivan en la consecuencia natural por su incongruencia, lo cual se ha producido al ordenarse el pago de una obligación que no corresponde a las personas naturales, partes procesales en esta causa; que la premisas necesarias para ordenar el pago, requería analizar quién es el obligado al pago y, verificada la existencia de la obligación, ordenar al sujeto su cumplimiento, que pese a que la obligación correspondía a una persona jurídica, se dispone el pago contra personas naturales, por lo que, al carecer de estructura lógica, el argumento se torna absurdo e infundado, no se puede ordenar el pago a quien no es obligado en la relación contractual. Que la Corte Constitucional ha reiterado que si se incumplen los parámetros de razonabilidad y lógica, la consecuencia es el incumplimiento del parámetro de comprensibilidad, no puede ser susceptible de entendimiento una sentencia que no aplica la normativa pertinente y no guarda un orden lógico verificable en la estructura de sus premisas hasta su conclusión; la sentencia ataca el parámetro de comprensibilidad al inobservar la figura de la prescripción, partiendo del criterio que esta se habría interrumpido con el documento firmado por uno de los accionados, pero nada dice respecto del otro accionado que merece sea resuelta su situación jurídica.

4.3 Por el caso 5, acusan falta de aplicación de los artículos 2414 y 2415 del Código Civil, que se refieren a la prescripción extintiva de las acciones y derechos, para su aplicación, el requisito es que sea alegada al momento de contestar la demanda, lo que fue hecho oportunamente y en la audiencia preliminar, partiendo que, la demanda se sustenta en un contrato accesorio suscrito el 14 de mayo de 2004 y se demanda el 18 de agosto de 2017, se cita el 7 de febrero del 2018, esto es, a los 17 años, 8 meses y 24 días años (sic).

Sobre la falta de aplicación del artículo 2418 incisos primero y segundo del Código Civil, que se

refiere a la interrupción del plazo de la prescripción civil o naturalmente, esta última ocurre cuando el deudor reconoce la obligación; en el caso se dice que, se ha interrumpido la prescripción por el hecho de haber reconocido uno de los demandados la obligación, el 16 de abril de 2012, que quien acepta la deuda es el Ing. Hernán Ramiro Yépez Villareal, más no el Ing. Jairo Fernando Yépez Villareal.

Respecto de la falta de aplicación de los artículos 2099 y 2100 del Código Civil, indican que, estas normas determinan la naturaleza y requisitos para la existencia de un contrato o préstamo de mutuo, lo que implica la transferencia de la propiedad con cargo para quien recibe, a devolver bienes de la misma especie y calidad, que se perfecciona con la entrega de la cosa, y no nace a la vida jurídica si no hay dicha entrega; que el tribunal al fallar se sustenta en un acuerdo de pago como fuente de las obligaciones, incluyéndolo en el artículo 1453 del Código Civil, sin considerar que los contratos accesorios no son fuente de las obligaciones sino los principales.

5. NORMATIVA Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS PARA LA RESOLUCIÓN.

5.1 El artículo 268 del COGEP, caso 1 dispone: *“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”*.

5.2 La vulneración de garantías básicas del debido proceso, la omisión de solemnidades sustanciales y la violación de trámite, cuando influyen en la decisión de la causa, o provocan indefensión, producen como efecto la nulidad del proceso.

5.3 La motivación constituye un deber para el juez (artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial), que le impone la obligación de explicar y justificar con argumentos convincentes, con claridad y profundidad, el por qué de una decisión judicial, de modo tal que, aparezca nítidamente, la razón suficiente por la cual el hecho fáctico se subsume en el hipotético de la norma jurídica, y el nexo que liga a las partes con el proceso. Para las partes y la sociedad es un derecho constitucional, que permite el control de la arbitrariedad en las decisiones judiciales y el abuso de poder y, sirve de base para la impugnación.

Para cumplir con el requisito de motivación, la resolución debe contener las razones en que se funda, que permitan comprobar que la decisión corresponde a una determinada interpretación y aplicación de normas de derecho, la explicación de su pertinencia a los hechos materia del litigio y, que contenga

además la información necesaria para recurrir.

5.4 El caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos prevé: *“ 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 su parte dispositiva”*; se deben acusar violaciones directas a normas de derecho sustancial, sin consideración a los hechos probados.

5.5 Devis Echandía, refiriéndose a los vicios de violación directa de la ley, expresa: *“ Son totalmente extrañas cualquier consideración acerca de los medios de prueba que aparezcan en el proceso, porque desde el momento en que sea necesario contemplar este aspecto, se tratará ya de violación indirecta y en consecuencia la acusación resultará mal propuesta.”*⁴, y refiriéndose a los vicios de violación directa de la ley, expone: *“ Son totalmente extrañas cualquier consideración acerca de los medios de prueba que aparezcan en el proceso, porque desde el momento en que sea necesario contemplar este aspecto, se tratará ya de violación indirecta y en consecuencia la acusación resultará mal propuesta”*⁵.

5.6 Interpretar, en términos latos, constituye una labor intelectual a través de la cual, se entienden y se explican los acontecimientos, actitudes, o palabras, presentes en las actividades humanas, atribuyéndoles un significado. La interpretación jurídica, más allá de ello, implica desentrañar el verdadero sentido y alcance de una norma legal, aplicando para ello las reglas previstas en la ley. El vicio de errónea interpretación de normas de derecho, 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, sostiene que: *“ La 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.)

6. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS.

6.1 Atribuida la existencia del caso 1 del artículo 268 del COGEP, corresponde analizarla en primer

⁴ Devis Echandía, Hernando. Estudios de Derecho Procesal. Zavalia Editor. Buenos Aires, Argentina. Pp. 74-75.

⁵ Devis Echandía, Hernando. Estudios de Derecho Procesal. Zavalia Editor. Buenos Aires, Argentina. Pp. 74-75.

lugar, de proceder, hace innecesario el conocimiento de los otros yerros denunciados. El Tribunal requiere realizar algunas precisiones.

6.1.1 Aquello que no cambia, altera, se reforma por ninguna situación o condición es inmutable; la impugnación, es una acción dirigida a cuestionar, contradecir o refutar la providencia, sentencia o auto mediante recursos previstos en el ordenamiento jurídico, oposición en derecho por la que, debe ponerse en consideración del tribunal correspondiente el pronunciamiento judicial; inimpugnable, es aquella resolución judicial que no es susceptible de ser atacada mediante presentación de recursos procesales; la coercibilidad, está referido a la fuerza e imperio con la que se debe ejecutar la sentencia, características de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

6.1.2 Aldo Bacre señala: *“un atributo de la sentencia firme que le otorga autoridad a la misma, prohibiendo a los jueces sustanciar otro proceso sobre la misma cuestión ya decidida ~~non~~ bis in ídem-. Y además, dictar una sentencia que contradiga a la anterior (1/4) el concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia. Esa medida se resume en tres posibilidades: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. La sentencia en firme es inimpugnable en cuanto a precluido todas las impugnaciones, es decir, no pueden oponerse contra ellas más recursos que puedan modificarla, en el mismo proceso o en otro futuro. También, es inmutable o inmodificable y consiste en que en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. La coercibilidad o imperatividad implica que la sentencia, básicamente de condena, es susceptible de ejecución procesal forzada, a pedido del ejecutante⁶.*

6.1.3 Las resoluciones judiciales, según sea el grado en que se pronuncien, tienen o no las condiciones enunciadas; la sentencia de primera instancia, tiene, respecto del juez que la emite una característica de inmutabilidad, pues no puede modificarla, artículo 100 del COGEP: *“Inmutabilidad de la sentencia. Pronunciada y notificada la sentencia, cesará la competencia de la o del juzgador respecto a la cuestión decidida y no la podrá modificar en parte alguna, aunque se presenten nuevas pruebas^{1/4}.°; pero, esa misma sentencia, no goza de inmutabilidad respecto de los jueces de alzada y entre los sujetos procesales en cuanto la condición de inimpugnable y coercibilidad, pues, estas dos características, se alcanzan cuando adquiere la calidad de cosa juzgada. Al respecto, el artículo 99 del COGEP manda: “Autoridad de cosa juzgada de los autos interlocutorios y de las sentencias. Las sentencias y autos interlocutorios pasarán en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos: 1.*

⁶ BACRE, Aldo; Teoría General del Proceso, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 436-437.

Cuando no sean susceptibles de recurso. 2. Si las partes acuerdan darle ese efecto. 3. Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo. 4. Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley. Sin embargo, lo resuelto por auto interlocutorio firme que no sea de aquellos que ponen fin al proceso, podrá ser modificado al dictarse sentencia, siempre que no implique retrotraer el proceso.^o; la sentencia impugnada de la que pende impugnación, no tiene la condición de inmutable, precisamente porque el Tribunal de Alzada, puede revocar, reformar o confirmar la sentencia subida en grado.

6.1.4 Eduardo Couture, señala que, la sentencia tiene *“ineficacia provisional^o”,* y explica: *“Dictada y notificada la sentencia de primera instancia, se abre una nueva etapa del procedimiento, durante la cual ella queda a merced de la impugnación de la partes. Esa posibilidad de impugnación consiste en la facultad de deducir contra el fallo los recursos que el derecho positivo autoriza (1/4) A partir de este instante, el fallo queda provisionalmente privado de efectos^{o7}”.*

6.2 Encontrándose en este estado la decisión jurisdiccional de primera instancia impugnada por apelación, la parte a quien le beneficia esa sentencia, no puede dar por sentado que su contenido es inmutable, y que no debe cumplir las normas que regulan el procedimiento de apelación hasta alcanzar la fijeza otorgada por la segunda instancia y, esta última, tampoco alcanza la calidad de cosa juzgada si procede respecto a ella el recurso extraordinario de casación. De manera que, vacía de eficacia temporalmente la sentencia de primera instancia, las partes procesales deben atender el proceso de la forma que beneficie sus intereses, cuanto más si, tienen pendiente una apelación con efecto diferido cuya admisibilidad es, de vital importancia y definitiva para la resolución de segunda instancia, como lo es la excepción de prescripción extintiva de las acciones y derechos.

6.2.1 La apelación está concebida como un: *“1/4 recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior^{o8}”,* lo que no limita la adhesión de quien haya obtenido una sentencia favorable. La norma contenida en el artículo 256 del COGEP, manda: *“Procedencia: El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de la primera instancia, así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Podrá interponerse de manera oral en la respectiva audiencia^o”;* y, el artículo 258 *ibidem*: *“Procedimiento. Con la fundamentación se notificará a la contraparte para que la conteste en el término de diez días.*

7 COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial IBde F, pág. 278.

8 COUTURE, Eduardo, obra citada, pág. 286.

En materia de niñez y adolescencia el término para contestar será de cinco días. En este término la contraparte podrá adherirse fundamentadamente al recurso de apelación. El apelante hará valer sus derechos en audiencia.^o; si bien el recurso de apelación se concibe como el derecho del agraviado, esto no excluye que quien haya obtenido resolución favorable a sus intereses, pero que no recoge todas sus pretensiones, pueda hacer uso de este recurso.

6.2.2 En este punto del análisis, cabe plantearse la siguiente interrogante: ¿Pendiente un recurso de apelación con efecto diferido, el apelante queda relevado de la obligación de fundamentarlo por no haber recibido agravio en la sentencia que se impugna, según su criterio?

6.2.2.1 Partiendo de que la sentencia de primera instancia no goza de la calidad de cosa juzgada y todo lo que esto implica, la parte procesal que le favorece la sentencia de primera instancia, no tiene o no puede tener la certeza de que la sentencia de segunda instancia necesariamente le ha de favorecer, en esa línea, pendiente de resolución la excepción perentoria de prescripción, no puede desatender sus obligaciones contenidas en el artículo 257 del COGEP, que prevé esta hipótesis: ^a *Término para apelar. El recurso de apelación debidamente fundamentado, o la fundamentación en el caso de que se haya interpuesto de manera oral, se presentará por escrito dentro del término de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito. Se exceptúa el recurso de apelación con efecto diferido, que se fundamentará junto con la apelación sobre lo principal o cuando se conteste a la apelación^o.*

6.2.2.2 La excepción previa de prescripción, negada en primera instancia y recurrida con efecto diferido, tenía que ser fundamentada en el término fijado en el artículo 257 del COGEP, al contestar la apelación presentada por los recurrentes, en virtud de su naturaleza de voluntariedad -de los medios de impugnación- y del principio dispositivo que guía el proceso civil, los jueces no pueden actuar oficiosamente a favor de alguna de las partes procesales; ni a modo de vulneración constitucional, ni podrían cambiar las reglas de procedimiento permitiendo que, la parte que no fundamentó su recurso vertical, lo haga en segunda instancia, lo que violentaría el derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de nuestra constitución. En la tramitación, los jueces no han angustiada la defensa de los accionados, ni han restringido o han actuado en forma regresiva respecto a los derechos constitucionales de defensa y de impugnación que han sido desplegados por las partes; los recurrentes han inobservado las reglas contenidas en las normas que son claras, públicas y previas, que claramente establecen el modo, el procedimiento que debe seguir las apelaciones con efecto diferido, incumplimiento cuya consecuencia está prevista en el artículo 258 inciso final del COGEP: ^a (1/4) *La apelación y la adhesión no fundamentada serán rechazadas de plano, teniéndose por no*

deducido el recurso°.

6.2.3 Los recurrentes, expresan que, la ley impide impugnar en caso de ausencia de agravio de la sentencia y que los jueces de instancia limitan la posibilidad del derecho a la defensa y de impugnación, considerando que se ha interpretado erróneamente el artículo 258 del COGEP. La apelación no está restringida a la sentencia, procede también contra otros pronunciamientos del juez como los autos interlocutorios que rechazan las excepciones previas -artículo 296.1 *ibídem*- y precisamente, por considerarse agraviados con el auto de inadmisión de la excepción previa de prescripción es que la proponen; los jueces de instancia, declaran no deducida, por falta de fundamentación, la apelación con efecto diferido referida a una excepción previa, cuya negativa los recurrentes consideraron perjudicial para sus intereses; fundamentación que debió realizarse bajo el procedimiento del artículo 257 del COGEP. El argumento de falta de agravio en la sentencia de primer nivel, no cabe, tomando en cuenta que, en segunda instancia el tribunal podía confirmar, revocar o reformar el pronunciamiento materia del recurso vertical, y al estar pendiente recurso de apelación sobre la excepción de prescripción, en línea de asegurar sus intereses, debían -los accionados- cumplir con el debido proceso y el procedimiento previamente establecido, fundamentarla en la forma establecida en la ley. La inobservancia de la norma, carga procesal que la debían cumplir, no puede imputarse a limitación del derecho a la defensa y a la impugnación.

Este Tribunal considera que, en la aplicación del artículo 258 último inciso del COGEP, los jueces del tribunal de instancia, no han otorgado un sentido diferente al que la ley señala, sin que encuentre motivo de nulidad insubsanable por indefensión, no se acepta el yerro acusado.

6.3 Sobre la denuncia de falta de motivación, los recurrentes al sustentarla, dividen los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, razonabilidad, lógica y comprensibilidad, el máximo organismo de interpretación constitucional ha determinado: *“...existen obligaciones dentro de la motivación que van más allá de la mera presencia de la verificación de que se hayan citado normas y principios, y que se haya mostrado cómo ellos se aplican al caso concreto. El examen respecto a la motivación que efectúa la Corte Constitucional se refiere además a la calidad de los argumentos presentados dentro de la sentencia. En tal sentido, dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, es decir fundada en los principios constitucionales; de manera lógica, lo cual implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión; y finalmente, bajo una decisión comprensible, para lo cual debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización, no solo por las partes en conflicto, sino también por parte del gran auditorio social. Bajo este esquema de fuentes jurisprudenciales, la Corte Constitucional señala que el test de*

motivación requiere el análisis del fallo impugnado bajo el cumplimiento de los tres parámetros establecidos, en cuyo caso bastará con que el fallo no cumpla con uno de estos elementos para que su motivación se vea mermada⁹.

6.3.1 Respecto de la razonabilidad, denuncian que, el Tribunal no considera toda la normativa que le permitía al juez de apelación, colegir lo relevante de la apelación de la excepción previa, impidiendo el derecho a la defensa, situación analizada ya al resolver el caso 1, en virtud de que, los jueces aplicaron la normativa correspondiente al caso, no impidieron el ejercicio de la defensa ni restringieron el derecho a la impugnación que es lo que garantiza la Constitución de la República en un Estado de derechos y justicia, la falta de fundamentación en el tiempo establecido en el artículo 257 del COGEP, es responsabilidad de la parte que asumió esa conducta procesal, situación no atribuible al tribunal de instancia; la impugnación es voluntaria y sujeta al principio dispositivo constante en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial: *“Las juezas y jueces resolverán 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 (¼)”*⁹; los jueces al aplicar la ley, no pueden asumir la posición de parte procesal en desmedro del principio de imparcialidad, para subsanar situaciones cuyo ejercicio es exclusivo de las partes procesales, en este caso, de los accionados que interpusieron el recurso vertical de apelación respecto a la negativa de aceptar como procedente la excepción previa de prescripción extintiva, cuyo efecto es diferido.

6.3.2 Respecto del parámetro de lógica, que apunta a que las premisas de la sentencia no guardan relación con la consecuencia (conclusión), en cuanto se ha ordenado el pago de una obligación que no corresponde a la personas naturales accionadas en este proceso; que los jueces requerían analizar, quien es el obligado al pago y ordenar a éste el cumplimiento de la obligación, que aquella a pesar que correspondía a una persona jurídica, no obstante, se dispone el pago a personas naturales, lo que torna la estructuración lógica en absurda, pues no puede derivar la consecuencia sobre quien no es obligado en la relación contractual.

6.3.2.1 Obra de la sentencia impugnada que, la obligación motivo de esta litis, está suscrita por los recurrentes como personas naturales y no como representantes legales de una empresa, si bien alegan que ha sido aporte a la Compañía KING SPORT SHOES Cía. Ltda., no lo han justificado, cuanto más que, cuando se ha establecido en la sentencia que los propios recurrentes han admitido la deuda, -lo que implica recibir el dinero- y que la han cancelado, de lo que tampoco existe prueba, según se establece en la sentencia de segunda instancia. La obligación que se manda a pagar, es la suscrita por

⁹ Corte Constitucional, caso No. 1076-11-EP, sentencia No. 24-15-SEP-EC del 4 de febrero de 2015.

los accionados como personas naturales, por lo que este Tribunal no encuentra sustento para el ataque en esta línea.

6.3.3 Sostienen los recurrentes que, el incumplimiento de los parámetros de razonabilidad y de lógica, traen como consecuencia el incumplimiento del requisito de comprensibilidad, no obstante señalan que, la sentencia de instancia carece de este parámetro al inobservar la figura de la prescripción partiendo del criterio que esta se ha interrumpido por el documento firmado por uno solo de los demandados y que nada dice respecto del otro accionado, quien tiene derecho a que se le resuelva su situación, lo que resulta contradictorio, pues, en los casos analizados con anterioridad se dice que no se ha realizado análisis sobre la excepción de prescripción y en este ataque en cambio, se aduce que, han errado al establecer que la prescripción se halla interrumpida, lo que implica análisis sobre la prescripción.

6.3.3.1 Examinada la sentencia impugnada, no se encuentra que el tribunal de instancia haya hecho reflexiones en el sentido indicado en el recurso, pues consta a fs. 17 de la segunda instancia, al analizar las excepciones propuestas por los demandados en el literal c) *“De igual forma se ha encontrado interpuesta la excepción de prescripción de la acción, excepción que al tenor de lo previsto en el numeral 6 del artículo 153 del COGEP, tiene carácter de previa, y que fuere rechazada, y que ese (sic) a existir apelación de la misma no fue fundamentado incurriéndose en la inexistencia del recurso y que el auto que inadmitió esta excepción se encuentra ejecutoriado y el Tribunal imposibilitado de analizarlo, en los términos del inciso final del Art. 258 ibidem.”*; esto es, el tribunal de segunda instancia no se ha pronunciado sobre la prescripción extintiva de las acciones y derechos en general y de la interrupción de la prescripción en particular; se debe enfatizar que, el recurso de casación se promueve contra la sentencia de segunda instancia y es en esta en la que se debe encontrar los vicios, yerros o las razones de los ataques por los motivos consignados en el artículo 268 del COGEP; el Tribunal de instancia, analiza y se pronuncia sobre la obligación que obra de fs. 7 a 10, suscrita como personas naturales por los dos accionados y sobre esa ordena al pago; respecto de los documentos suscritos por uno sólo de los demandados establece, ser unilaterales y por tanto no los considera acuerdos, convenio o contrato, estableciendo que, la reclamación en contra de estos es improcedente, en cuanto a las obligaciones que unilateralmente se afirman en ellas.

6.3.4 Por lo expuesto, la sentencia en examen, cumple con los parámetros de: razonabilidad, explica con sustento jurídico la razón por la cual se aplican las normas de derecho por las que se tiene por no interpuesto el recurso de apelación con efecto diferido no sustentando oportunamente por los recurrente; es lógica, porque no existe incongruencia entre las premisas y la conclusión a la que

arriban, la demanda no se propone contra una persona jurídica, sino contra los accionados como personas naturales; respecto de la comprensibilidad, en la forma en la que determina la Corte Constitucional, está elaborada de forma entendible y con lenguaje claro, los ataques de falta de motivación carecen de justificación y en consecuencia de los rechaza.

6.4 Las acusaciones respecto al caso 5, por falta de aplicación de los artículos 2414 y 2415 del Código Civil, que se refieren a la prescripción extintiva de las acciones y derechos ajenos, devienen en improcedentes por las razones expuestas al analizar los otros casos. De conformidad al artículo 2393, el que quiera aprovecharse de ella debe alegarla; en esta causa, fue desechada la excepción previa de prescripción extintiva, apelada esa resolución y no fundamentada en tiempo oportuno, la apelación se tiene por no interpuesta, encontrándose impedidos los jueces de pronunciarse sobre ella; respecto de la falta de aplicación del artículo 2418 inciso primero y segundo del Código Civil, que se refiere a la interrupción del plazo de la prescripción civil o naturalmente, la sentencia impugnada no hace pronunciamiento, ni expreso ni implícitos sobre la interrupción de la prescripción, porque la prescripción extintiva de las acciones se tuvo por no interpuesta, en tal razón no cabía aplicación de la norma en cuestión, por lo que el yerro denunciado no procede.

6.4.1 Sobre la falta de aplicación de los artículos 2099 y 2100 del Código Civil, indicando que estas normas determinan la naturaleza y requisitos para la existencia de un contrato o préstamo de mutuo, lo que implica la tradición del dinero con cargo para quien recibe a devolver bienes de la misma especie y calidad, que se perfecciona con la entrega de la cosa, que no nace a la vida jurídica si no hay dicha entrega, estos argumentos que carecen de sustento, en cuanto los accionados admiten haber recibido el dinero al contestar la demanda; respecto de la escritura denominada ^aacuerdo de pago^o, contiene una obligación no supeditada a otro contrato, en cuanto se obligan a pagar una deuda cuyo origen se encuentra en el pago de una obligación bancaria a través del dinero consignado en una póliza de propiedad del accionante.

6.4.2 Acusan también que el Tribunal, al fallar se sustenta en un acuerdo de pago como fuente de las obligaciones incluyéndolo en el artículo 1453 del Código Civil, sin considerar que los contratos accesorios no son fuente de las obligaciones sino los principales, sin explicar las razones por las cuales, este acuerdo de pago es accesorio y cuál sería el principal, tomando en cuenta que, el denominado ^aacuerdo de pago^o, contiene una obligación de retornar el dinero con el cual se liquida una obligación bancaria de los accionados, obligación que es voluntaria, clara y, tiene un plazo para su cumplimiento, al respecto, es necesario considerar lo que mandan los siguientes artículos del Código Civil: 1576, ^a *Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo*

literal de las palabras.^o; 1578 *“El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno”*; 1579 *“En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.”*; y, 1580 *“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. (1/4).”*^o. No es relevante la designación o título del convenio, sino su naturaleza, intención y contenido, de la lectura de la escritura pública que contiene el *“acuerdo de pago”*, se encuentra que, se originó en un préstamo de dinero, realizado para cumplir obligaciones bancarias; Rafael de Pina Vara, consigna: *“contrato por el cual el mutuante se obliga, a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Puede ser con interés o sin él; éste recibe la calificación de mutuo simple.”*^o¹⁰, que se consolidó, con la entrega del dinero del mutuante para pagar la obligación (deuda) bancaria de los mutuarios, que además, aceptan haberlo recibido en esa forma; tampoco se encuentra que, exista prohibición legal que impida la celebración de este tipo de contrato civil, determinando que la obligación consignada en el documento denominado acuerdo de pago, sea accesoria de ninguno otro, que tampoco designan los recurrentes, por lo que, se desecha el cargo.

DECISIÓN: Por las razones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**^o, no casa la sentencia dictada los jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, el 27 de marzo de 2019, las 15h16. Con respecto a la caución, se aplicará lo que manda la última parte del artículo 275 del COGEP. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia.

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

¹⁰ PINA VARA de, Rafael; Diccionario de Derecho, Porrúa, 2006. Pág. 377.

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO
JUEZ NACIONAL (E)

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES
JUEZA NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

134371977-DFE

Juicio No. 09319-2014-0374

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL. Quito, lunes 19 de octubre del 2020, las 13h35. **VISTOS:** Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto en el juicio tramitado en procedimiento ordinario; pretensión, cobro de dinero, propuesto por Liz Gina Luna Ponce en contra de Ximena Viteri Espinoza, representante legal de la compañía VIESFRUT S.A.

1. JURISDICCION Y COMPETENCIA: Los que suscribimos, doctora María de los Ángeles Montalvo Escobar, doctores Pablo Fernando Valverde Orellana (Ponente) y Carlos Vinicio Pazos Medina, hemos sido designados y posesionados como Conjuceces Temporales de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución N° 197-2019 del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura; somos Jueces Encargados de la Sala de lo Civil y Mercantil, por la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 07-2019 de 11 de diciembre de 2019, por lo que, tenemos competencia en la presente causa, acorde con lo que manda el artículo 184.1 de la Constitución del Ecuador, en correspondencia y armonía con los artículos 184 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2. ANTECEDENTES: **2.1.** Liz Luna Ponce interpone recurso extraordinario de casación, impugnando la sentencia dictada por los jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, que revoca la sentencia de primer nivel y declara improcedente la demanda de cobro de cheques protestados luego de transcurrido más de tres años desde que venció el plazo de presentación, por haber operado la prescripción extintiva a favor de la parte demandada.

2.2 La Conjujeza Nacional Dra. María Alejandra Cueva, en quien por sorteo se radicó la competencia para la calificación del recurso extraordinario, en auto de 20 de noviembre de 2018, lo admite a trámite por la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación.

3. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES: La impugnación procesal está consagrada como un derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.h *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*; como parte del derecho a la defensa, es una de las garantías

FUNCIÓN JUDICIAL
 DOCUMENTO FIRMADO
 ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
 MARÍA ALEJANDRA CUEVA
 JUECE ENCARGADA
 DE LA SALA DE LO CIVIL Y
 MERCANTIL
 C= ECUADOR
 O= QUITO
 CN= 0708753890
 OU= 0702399622

básicas del debido proceso en nuestra Constitución, Art. 76.7.m ^a *Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*^o.

Para Enrique Véscovi, la función que acentúa el carácter constitucional del recurso, es la defensa del derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo, Ediciones IDEA, 1979, pág. 25).

Gómez de Liaño González, citado por Alberto Hinostraza Mínguez, sostiene que la casación: *“ es un recurso extraordinario de carácter jurisdiccional que cabe exclusivamente por motivos determinados frente a resoluciones definitivas, también determinadas dictadas por los Tribunales de instancia. No se trata de una tercera instancia, y en consecuencia para poder ser utilizado precisa no solo lesividad o gravamen de la resolución recurrida, sino de la presencia de unos motivos determinados”*^{1/4 o 1}.

La casación contiene una finalidad nomofiláctica, por la cual el Tribunal de Casación, con base en una pretensión por impulso de parte procesal, vigila y fiscaliza la observancia de las leyes por parte de los tribunales, a efecto de que prevalezca la Ley, de modo que, el interés de ley prevalece sobre el interés privado, se dice que, *“1/4 el recurso de casación controla el correcto entendimiento y aplicación de las normas o jurisprudencia aplicables al fondo de litigios concretos, al tiempo que unifica los criterios a seguir en la interpretación de aquellas cuando hubieran de aplicarse a situaciones similares”*^{o 2}.

De acuerdo con el principio dispositivo consagrado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución, el caso que se invoca en el recurso de casación, que ha sido admitido para conocimiento del Tribunal, constituye el límite impuesto por la recurrente para el ejercicio del control de legalidad que debe efectuar el tribunal de casación.

1 HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, Medios Impugnatorios, Tomo V, JURISTA EDITORES, 2010, pp. 258

2 HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, Tomo V, Medios Impugnatorios, Jurista Editores, 2010, pp 259.

4.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- Con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente sostiene que, la sentencia impugnada incurre en errónea interpretación del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil; aplicación indebida del artículo 50 de la Ley de Cheques; y, falta de aplicación de los artículos 426 de la Constitución de la República; 5, 9 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; 45 y 56 de la Ley de Cheques; y, 1483, 2414 y 2415 del Código Civil.

4.1 Con respecto a la errónea interpretación del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, señala la recurrente que, en el considerando Cuarto, literal h) de la sentencia impugnada, los jueces expresan que: *“ cuando se trata de la fundamentación de la acción ni las omisiones en derecho pueden ser suplidas ni los errores corregidos porque lo controvertido se traba en base a la petición del actor y la contradicción del demandado.”*, análisis que desnaturaliza la esencia de la acción, pues los jueces deben observar en la sentencia las reglas de la aplicación correcta de la norma, ya que podría verse afectada con conclusiones arbitrarias o absurdas resolviendo contra ley expresa o contra los principios de la lógica jurídica. Afirma que el artículo 280 obliga a los jueces a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, norma que es concordante con la contenida en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial y 426 de la Constitución de la República.

4.2 Sobre la aplicación indebida del artículo 50 de la Ley de Cheques, afirma que, la norma en mención trata sobre las acciones que le corresponden al portador o tenedor de un cheque, señalando que prescriben en seis meses desde el plazo de presentación y desde el día en que se ha ejecutado una acción contra él, y el enriquecimiento ilícito que prescribe en el plazo de un año. Que la sentencia menciona el artículo 56 ibídem, sin embargo no lo aplica, por cuanto no consta en los fundamentos de derecho, decisión contraria a lo dispuesto en los artículos 5, 9 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, al descartar el tribunal de instancia la acción ordinaria.

4.3 En cuanto a la falta de aplicación del artículo 1483 del Código Civil, señala que los jueces de instancia en el considerando CUARTO de la sentencia expresan que *“ la accionante no precisa con claridad los fundamentos de hecho”*, omitiendo aplicar el contenido del artículo 1483 referido que prescribe que: *“ No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.”* Afirma la recurrente nuevamente, que al descartar el tribunal de apelación la acción ordinaria por no haber sido invocada en la demanda,

no aplican los artículos 5, 9, 23, 25 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial y 426 de la Constitución de la República.

4.4 Expresa que, es por demás inverosímil que los jueces no tengan cuidado al aplicar las normas, que el artículo 56 de la Ley de Cheques permite presentar el reclamo de una obligación por la vía ordinaria, que así también lo señala la jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia.

4.5 Que existe falta de aplicación de los artículos 2414 y 2415 del Código Civil que regulan la prescripción extintiva y expresan que la prescripción para las acciones ordinarias es de 10 años.

5. NORMATIVA Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS PARA LA RESOLUCIÓN.-

5.1 El caso 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, *“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.”*; con fundamento en esta causal, se deben acusar violaciones directas a normas de derecho sustancial sin consideración a los hechos probados; bajo el entendimiento de que, son normas de derecho sustantivo o material las que declaran, crean, modifican o extinguen derechos, a diferencia de las normas procesales que determinan el modo en que ha de sustanciarse un proceso.

5.2 Respecto de la violación directa de la norma sustantiva, Devis Echandía señala *“Son totalmente extrañas cualquier consideración acerca de los medios de prueba que aparezcan en el proceso, porque desde el momento en que sea necesario contemplar este aspecto, se tratará ya de violación indirecta y en consecuencia la acusación resultará mal propuesta.”*, agregando respecto de la falta de aplicación que, *“(1/4) esta debe ocurrir a pesar de que los hechos regulados por la norma estén probados, el tribunal así lo reconozca y el recurrente no discuta”*³, lo que implica que el error por omisión de aplicación de la norma correcta acontece con independencia de que los hechos probados en la litis sean reconocidos por el juez y no discutidos por las partes procesales.

³ Devis Echandía Hernando. *Estudios de Derecho Procesal*, Zavalia Editor. Buenos Aires, Argentina. Págs. 74, 75.

5.3 El vicio de inaplicación o falta de aplicación se concreta ^a *¼ cuando el Juez comprueba circunstancias que son supuestos obligados de aplicación de una norma determinada, no obstante lo cual, no la aplica. El juez determina los hechos relevantes que sustentan la relación de hecho, y los califica como consecuencia de lo cual se hace imperativo la aplicación una norma, en la cual se pueden subsumir, pero el Juez no la aplica. El Juez ha ignorado, desconocido o soslayado la norma pertinente.*^o ⁴

5.4 El artículo 426 de la Constitución ordena ^a *Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. 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.

5.5 El artículo 280 del Código de Procedimiento Civil manda: ^a *Los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho.*^o

5.6 Los artículos 45, 50 y 56 de la Ley de Cheques, en su orden disponen: ^a *El portador o tenedor puede reclamar de aquel contra quien ejercita su acción: 1.- El importe del cheque no pagado; 2.- Sus intereses a la tasa máxima que permite establecer la ley, a partir de la fecha del protesto; y, 3.- Los gastos del protesto, los de las notificaciones y las costas procesales.*^o; ^a *Las acciones que correspondan al portador o tenedor contra el girador, los endosantes y demás obligados, prescriben a los seis meses contados desde la expiración del plazo de presentación. Las acciones que correspondan entre sí a los diversos obligados al pago de un cheque, prescriben a los seis meses, a contar desde el día en que un obligado ha pagado el cheque o desde el día en que se ha ejercitado una acción contra él. La acción de enriquecimiento ilícito prescribe en el plazo de un año a partir de*

⁴ Manuel Sánchez-Palacios Paiva, El recurso de Casación Civil, Jurista Editores E.I.R.L., Buenos aires, 2009.

la fecha en que hayan prescrito las acciones indicadas en los incisos anteriores de este artículo.º ; y, ª La persona que utilicare un cheque como instrumento de crédito, admitiendo a sabiendas un cheque posdatado, con excepción del girado para efectos del pago, será multado con el veinte por ciento del importe del cheque. Además solo podrá hacerse efectivo el valor de tal cheque, en caso de falta de pago, mediante acción ordinaria. El juez que conociere de la causa en que se compruebe la admisión de un cheque posdatado, en las condiciones del inciso anterior, estará obligado a imponer al portador o tenedor la multa antes indicada y a comunicarle al Director General de Rentas para que la haga efectiva.º

5.7 Los artículos 5, 9 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, prescriben: ª **PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.**- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. 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, o para negar el reconocimiento de tales derechos.º ; ª **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.**- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 de esta ley.º ; y, ª **OMISIONES SOBRE PUNTOS DE DERECHO.**- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.º

5.8 Artículos 1483, 2414 y 2415 del Código Civil: *“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.”*; *“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”*; y, *“Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco”*.

6. ANÁLISIS MOTIVADO DEL CARGO.-

6.1. La Jurisprudencia del máximo órgano de administración de justicia ordinaria, ha precisado que, las normas constitucionales son susceptibles de vulneración como las disposiciones legales, por lo que cabe la interposición del recurso de casación, acusaciones que requieren como complemento que se determine la normativa secundaria que desarrolla los derechos constitucionales que se acusan infringidos, así se pronunció la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia *“1/4 cuando en un recurso de casación se acusa la violación de la norma constitucional deben señalarse también cuales son las normas secundarias infringidas y en todo caso el recurrente debe señalar en forma expresa y clara como el sentenciador ha dejado de actuar en la forma en que la Constitución y la ley disponen y de qué manera concreta se ha producido la situación de indefensión en que ha sido colocado”*⁵, la recurrente, además de esta norma constitucional, acusa interpretación errónea del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil y falta de aplicación de los artículos 5, 9, 23, 25, 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, falta de aplicación de los artículos 45, 56 y aplicación indebida del artículo 50, de la Ley de Cheques, y, falta de aplicación de los artículos 1483, 2414 y 2415 del Código Civil, enfocando sus alegatos en lo que estima ^a incumplimiento de aplicación directa de normas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, enlazando con la obligación de suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, como deber consignado en el Código Orgánico de la Función Judicial.

⁵ Caso Vicuña vs. Muñoz, Registro Oficial No. 627 de 26 de julio de 2002.

6.1.1. La norma constitucional que se acusa vulnerada se refiere a normas relativas a derechos humanos, que son derechos mínimos, básicos, inherentes a todos los seres humanos sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición; son de carácter civil, cultural, económico, político, social, incluyen el derecho a la vida, a la libertad; a la igualdad ante la ley, a un juicio justo, a la presunción de inocencia, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; la libertad de opinión y de expresión; la reunión pacífica; la libertad de asociación; la participación en asuntos públicos y elecciones; y la protección de los derechos de las minorías, prohíbe la privación de la vida; la tortura, las penas o los tratos crueles o degradantes; la esclavitud y el trabajo forzoso; la detención o prisión arbitraria; las injerencias arbitrarias en la vida privada; la discriminación y la apología del odio racial o religioso; a la educación, al trabajo en unas condiciones justas y favorables; a la protección social, a un nivel de vida adecuado y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, entre otros.

6.1.2. Entre los derechos enunciados, los que incumben en juicio, a la igualdad ante la ley y el derecho a un juicio justo que se complementan con los consignados en la Constitución de la República en el artículo 76, la Corte Suprema y ahora la Corte Nacional de Justicia, en múltiples fallos ha revisado la violación de derechos constitucionales que involucran las garantías del debido proceso. Corresponde establecer si se han vulnerado los derechos humanos de la recurrente, por errónea interpretación del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los del Código Orgánico de la Función Judicial (5, 9, 23, 25, 140), en atención a que, también, es obligación del juez ser imparcial.

6.1.3 Cuando los fundamentos de hecho y de derecho relatados por la parte actora en su demanda son pormenorizados, explícitos y su petición clara y concreta, el juzgador puede establecer con certeza, cuál es la norma legal aplicable al caso. Una vez determinado el objeto del proceso visto el contenido de la demanda y la contestación, las partes no pueden alterar posteriormente dicho objeto, ya que la actuación procesal de cada una de ellas está condicionado por lo manifestado por la otra, lo que implica que la causa a pedir tampoco puede ser alterada por los juzgadores acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes han querido hacer valer, por lo que, no cabe con el pretexto de aplicación del principio *iura novit curia* y de interpretar los hechos invocados por las partes, que los jueces den un alcance distinto del que las partes han otorgado, les está prohibido modificar la causa petendi (*causa de pedir*).

6.1.4 En el caso, del relato fáctico se encuentra que, lo que demanda es el pago en la vía ordinaria del importe de los cheques -que en la demanda se afirma, se presentan en originales pero en el proceso constan únicamente copias simples- y no aparece en forma clara que se ha aceptado, que a sabiendas ha admitido (la actora) cheques posdatados de forma que los juzgadores puedan aplicar el artículo 56 de la Ley de Cheque en atención al artículo 280 del Código de Procedimiento Civil; la alteración de los hechos con los que se traba la litis, implicaría una vulneración del principio de imparcialidad y generaría una sentencia incongruente, además de que, la actora no omite el fundamento legal, consigna los artículos 59 del Código de Procedimiento Civil y 45 de la Ley de Cheques como sustento de su derecho, lo que es ratificado en escrito con el cual completa la demanda, por lo que tampoco puede aplicarse el artículo 91 del Código Orgánico de la Función Judicial ^a *Omisiones sobre puntos de derecho. 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.*^o, una interpretación distinta estaría incurso en hechos distintos a los alegados y otorgando diferentes derechos a los solicitados por la actora.

6.1.5 No encuentra este Tribunal procedente la acusación falta de aplicación directa del artículo 426 de la Constitución, los derechos humanos no se han vulnerado, la actora ha obtenido una sentencia dentro de los parámetros de acceso a la justicia, con un debido proceso; en aplicación del principio dispositivo, ha accedido al órgano de administración de justicia enmarcando su pretensión en lo que ha considerado su verdad fáctica, la que no puede ser cambiada por los jueces porque insistimos no existe omisión, consecuentemente no procede la acusación de errónea interpretación del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil y falta de aplicación de los artículos del Código Orgánico de la Función Judicial, 5, 9, 23, 25 y 140, en virtud de lo explicado en el numeral inmediato superior, por obvia consecuencia, tampoco puede prosperar la acusación de falta de aplicación del artículo 56 de la Ley de Cheques.

6.2. Respecto de la falta de aplicación de los artículos 1483, 2414 y 2415 del Código Civil, este Tribunal debe distinguir entre normas generales y especiales, en el caso, tratándose de cheques, las normas aplicables por sobre las generales que trae el Código Civil, están las establecidas en la Ley de Cheques, sin que exista antinomias entre los artículos 2414 y 2415 que regulan la prescripción de las acciones ordinarias y la prescripción de seis meses que prevé el artículo 50 de la Ley de Cheques, con la acción ordinaria consignada en el artículo 56 *ibídem*, por cuanto dicha acción que está prevista

para una situación muy particular, ha de ser ejercida dentro del plazo de seis meses ya indicado, superado el cual, prescribe al tenor del artículo 50 *“Las acciones que corresponden al portador o tenedor contra el girador, los endosantes y demás obligados, prescriben a los seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación. Las acciones que correspondan entre sí a los diversos obligados al pago de un cheque, prescriben a los seis meses, a contar desde el día en que un obligado ha pagado el cheque o desde el día en que se ha ejercitado una acción contra él. La acción de enriquecimiento ilícito prescribe en el plazo de un año a partir de la fecha en que hayan prescrito las acciones indicadas en los incisos anteriores de este artículo.”*; por lo que, en atención a la prescripción extintiva de la acción, se hace innecesario examinar la existencia de la obligación.

6.3. Este Tribunal cree necesario dejar establecido que, los documentos aparejados a la demanda son copias simples de formatos de cheques presentados al cobro, por lo que carecen de las características de autenticidad de los que gozan los títulos valores.

DECISIÓN: Por las razones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ^a ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA^o, no casa la sentencia dictada el 7 de mayo de 2018, las 10h39 por los jueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Guayas. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia.

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E)

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL (E), SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL, PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL. Quito, lunes 19 de octubre del 2020, las 13h35. **VISTOS:** Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto por Liz Luna Ponce; el que, admitido a trámite mediante auto emitido el 20 de noviembre de 2018, las 12h23, constante a fs. 6-9 del expediente de casación, se encuentra en estado de resolver, para lo cual, se considera:

PRIMERO: COMPETENCIA

En virtud de que los suscribientes hemos sido designados Conjuces 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 la señora doctora María de los Ángeles Montalvo Escobar y a los señores doctores Pablo Fernando Valverde Orellana y Carlos Vinicio Pazos Medina, este último en calidad de ponente, según la Resolución 07-

2019 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y oficios números 2368-SG-CNJ-ROG, 2369-SG-CNJ-ROG y 2370 SG-CNJ-ROG respectivamente, asumimos competencia del presente recurso 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 1 de la Ley de Casación.

SEGUNDO: ANTECEDENTES, FUNDAMENTOS Y NORMATIVA

2.1. ANTECEDENTES

Liz Luna Ponce, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 07 de mayo de 2018, las 10h39, por un Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro del juicio que por cobro de dinero sigue en contra de Ximena Viteri Espinoza por sus propios derechos y los que representa de la Compañía VIESFRUT S.A.

2.2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente sostiene que la sentencia impugnada incurre en errónea interpretación del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil; aplicación indebida del artículo 50 de la Ley de Cheques; y, falta de aplicación de los artículos 426 de la Constitución de la República; 5, 9 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; 45 y 56 de la Ley de Cheques; y, 1483, 2414 y 2415 del Código Civil.

Con respecto a la errónea interpretación del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, señala la recurrente, que en el considerando CUARTO, literal h) de la sentencia impugnada, los jueces de instancia expresan que: "cuando se trata de la fundamentación de la acción ni las omisiones en derecho pueden ser suplidas ni los errores corregidos porque lo controvertido se trata en base a la petición del actor y la contradicción del demandado.", análisis que desnaturaliza la esencia de la acción, pues los jueces deben observar en la sentencia las reglas de la aplicación correcta de la norma,

ya que podría verse afectada con conclusiones arbitrarias o absurdas resolviendo contra ley expresa o contra los principios de la lógica jurídica. Afirma que el artículo 280, obliga a los jueces a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, norma que es concordante con la contenida en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial y 426 de la Constitución de la República.

En lo atinente a la aplicación indebida del artículo 50 de la Ley de Cheques, arguye que la norma en mención trata sobre las acciones que le corresponden al portador o tenedor de un cheque, señalando que prescriben en seis meses desde el plazo de presentación y desde el día en que se ha ejecutado una acción contra él, y el enriquecimiento ilícito que prescribe en el plazo de un año. Aduce que la sentencia menciona el artículo 56 *ibidem*, sin embargo no lo aplica, por cuanto no consta mencionado en los fundamentos de derecho, decisión contraria a lo dispuesto en los artículos 5, 9 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, al descartar el tribunal de instancia la acción ordinaria.

En cuanto a la falta de aplicación del artículo 1483 del Código Civil, señala que los jueces de instancia, en el considerando CUARTO de la sentencia, expresan que ^a la accionante no precisa con claridad los fundamentos de hecho^o, omitiendo aplicar el contenido del artículo 1483 referido que prescribe que: ^a No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.^o Afirma la recurrente nuevamente, que al descartar el tribunal de apelación la acción ordinaria por no haber sido invocada en la demanda, no aplican los artículos 5, 9, 23, 25 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial y 426 de la Constitución de la República.

Expresa la recurrente que es por demás inverosímil que los jueces no tengan cuidado al aplicar las normas, que el artículo 56 de la Ley de Cheques, permite presentar el reclamo de una obligación por la vía ordinaria, que así también lo señala la jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia.

Aduce que existe falta de aplicación de los artículos 2414 y 2415 del Código Civil que regulan la prescripción extintiva y expresan que la prescripción para las acciones ordinarias es de 10 años.

2.3. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA RESOLUCIÓN DEL CASO

Artículo 426 de la Constitución de la República: *“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. 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.”*

Artículo 280 del Código de Procedimiento Civil: *“Los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho.”*

Artículos 45, 50 y 56 de la Ley de Cheques que en su orden disponen: *“El portador o tenedor puede reclamar de aquel contra quien ejercita su acción: 1.- El importe del cheque no pagado; 2.- Sus intereses a la tasa máxima que permite establecer la ley, a partir de la fecha del protesto; y, 3.- Los gastos del protesto, los de las notificaciones y las costas procesales.”*; *“Las acciones que correspondan al portador o tenedor contra el girador, los endosantes y demás obligados, prescriben a los seis meses contados desde la expiración del plazo de presentación. Las acciones que correspondan entre sí a los diversos obligados al pago de un cheque, prescriben a los seis meses, a contar desde el día en que un obligado ha pagado el cheque o desde el día en que se ha ejercitado una acción contra él. La acción de enriquecimiento ilícito prescribe en el plazo de un año a partir de la fecha en que hayan prescrito las acciones indicadas en los incisos anteriores de este artículo.”*; y, *“La persona que utilice un cheque como instrumento de crédito, admitiendo a sabiendas un cheque posdatado, con excepción del girado para efectos del pago, será multado con el veinte por ciento del importe del cheque. Además solo podrá hacerse efectivo el valor de tal cheque, en caso de falta de pago, mediante acción ordinaria. El juez que conociere de la causa en que se compruebe la admisión de un cheque posdatado, en las condiciones del inciso anterior, estará obligado a imponer al portador o tenedor la multa antes indicada y a comunicarle al Director General de Rentas para que*

la haga efectiva.º

Artículos 5, 9 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescriben: *“PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. 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, o para negar el reconocimiento de tales derechos.º ; “PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 de esta ley.º ; y, “OMISIONES SOBRE PUNTOS DE DERECHO.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.º*

Artículos 1483, 2414 y 2415 del Código Civil: *“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.º ; “La prescripción que extingue las acciones y derechos*

ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible°; y, " Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.°

TERCERO. PROBLEMA JURÍDICO

Si la sentencia impugnada incurre en errónea interpretación del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil; aplicación indebida del artículo 50 de la Ley de Cheques; y, falta de aplicación de los artículos 426 de la Constitución de la República; 5, 9 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; 45 y 56 de la Ley de Cheques; y, 1483, 2414 y 2415 del Código Civil; al revocar la sentencia de primera instancia y declarar sin lugar la demanda por considerar que la acción ordinaria prevista en el artículo 56 ibídem no ha sido invocada expresamente por el accionante en su demanda y, por haber operado la prescripción extintiva a favor de la demandada.

CUARTO. ANÁLISIS DEL RECURSO INTERPUESTO.

4.1. PRIMER CARGO. Con respecto a la errónea interpretación del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, señala la recurrente, que en el considerando CUARTO, literal h) de la sentencia impugnada, los jueces de instancia expresan que: *" cuando se trata de la fundamentación de la acción ni las omisiones en derecho pueden ser suplidas ni los errores corregidos porque lo controvertido se traba en base a la petición del actor y la contradicción del demandado.°*, análisis que desnaturaliza la esencia de la acción, pues los jueces deben observar en la sentencia las reglas de la aplicación correcta de la norma, ya que podría verse afectada con conclusiones arbitrarias o absurdas resolviendo contra ley expresa o contra los principios de la lógica jurídica. Afirma que el artículo 280, obliga a los jueces a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, norma que es concordante con la contenida en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial y 426 de la Constitución de la República.

La causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, prevé como motivo de casación: *" 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;°* La jurisprudencia colombiana, respecto a la causal primera que se halla

establecida en términos similares a los que prevé nuestro ordenamiento jurídico, establece que la trasgresión de una norma de derecho sustancial puede ser por omisión o por comisión *“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.”*⁶

El vicio de errónea interpretación de normas de derecho 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.⁷ De La Plaza, señala que *“La 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.”*⁸

De la lectura de la sentencia impugnada, este Tribunal observa que ella, en el considerando 3.2. literal h) señala que: *“ (1/4) la Sala no tiene otro opción, en consecuencia, que descartar la acción ordinaria que trae el Art. 56 de la Ley de Cheques, por no haber sido invocada expresamente por la parte actora en su demanda y sin que esa omisión pueda ser trasladada a los jueces, sino a quien o a quienes confeccionaron dicha demanda.”* (Sic) Obviando el texto del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial que prevé de manera clara que *“La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.”* ; y que, si bien la misma norma en su segundo inciso dispone que el juzgador *“ (1/4) no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.”*, en la presente causa, de los hechos descritos por la propia accionante, en su escrito de aclaración a la demanda que obra a fs. 10 del cuaderno de primera instancia, los cheques cuyo pago se demanda, fueron utilizados como instrumentos de crédito y *“llegada la fecha para el cobro”* fueron protestados y devueltos, encontrándonos frente a cheques posdatados, cuyo cobro de conformidad con el artículo 56 de la Ley de Cheques, debe hacerse en vía ordinaria y en sujeción a las normas que rigen dicho procedimiento. En este sentido la ex Corte Suprema de Justicia ha expresado: *“Tres son las acciones establecidas por la ley contra el girador del cheque no pagado. 3.1.- Debido a*

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

7 Sentencia dictada el 11 de noviembre de 2016, por el tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio ordinario número 17711-2016-0284 (Bermeo vs Cia. Anónima El Comercio).

8 De la Plaza, Manuel. La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1994. P. 215.

falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación se tiene la vía ejecutiva, por constituir título ejecutivo, de acuerdo al artículo 56 inciso 1ro. 3.2. Se sigue el trámite verbal sumario, en los demás casos de cheque no pagado, salvo disposición legal en contrario, siempre que reúna los requisitos indicados en el artículo 1 de la ley, ya que se trata de un acto de comercio según el artículo 56 inciso 2do. 3.3. La vía ordinaria, en los casos: 3.3.1. Cuando hayan prescrito las dos acciones antes mencionadas, a fin de entablar la acción de enriquecimiento injusto, en concordancia al artículo 49 de la Ley de Cheques. 3.3.2.- Cuando el instrumento no tenga validez como cheque por falta de los requisitos legales, pero contenga una simple obligación natural; y, 3.3.3. Cuando el cheque ha sido utilizado como instrumento de crédito, admitiéndose a sabiendas un cheque posdatado por parte del beneficiario o portador, por mandato del artículo 56 de la Ley de Cheques.⁹

En consecuencia, se advierte que el Tribunal de instancia ha interpretado erróneamente el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, al darle un menor alcance a dicha norma y desconocer que el juez está obligado a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, más aún cuando la propia accionante ha señalado que el trámite a darse a la causa es el ordinario, razón por la cual, se debió interpretar la norma en su sentido literal al tenor de lo dispuesto en el artículo 18.1 del Código Civil. Al respecto, la ex Corte Suprema de Justicia ha manifestado *"a) Está reservado a los jueces, como bien, lo anota el artículo 284 antes citado, suplir las omisiones de derecho en que incurran los litigantes, todo ello en aplicación del sabio principio que postuló el Derecho Romano y que se enuncia diciendo "Dame los hechos que yo te daré el Derecho", y es que corresponde únicamente al Juez y a nadie más, la trascendental misión de administrar justicia, esto es, la de dar a cada uno lo que en derecho corresponda. b) En este orden de ideas, si bien el que se siente agraviado y concurre ante el Juzgador para que restaure el derecho que estima violado puede invocar para el efecto la norma o normas jurídicas que a su criterio considere que rigen o recaen sobre su particular interés, pero es obvio, por elemental, que es de incumbencia del justiciador ya que solo a él corresponde encontrar y seleccionar la norma que solventa la materia debatida, luego de escuchar a las partes dentro de la secuencia procesal actuada bajo los estrictos cánones de legalidad e igualdad en que aquella se sustenta."*¹⁰ En consecuencia, al aceptarse el cargo, este Tribunal, CASA la sentencia impugnada, y en sujeción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación, dicta sentencia de mérito en los siguientes términos:

9 4-XI-1999 (Expediente No. 1090-99, Segunda Sala, R.O. 8, 2-II-2000). Registro Oficial No. 8, 2 de Febrero 2000.

10 Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. Juicio No. 671-2009 9 15. Pág. 4378. (Quito, 22 de junio de 1999)

A) VALIDEZ PROCESAL: En la sustanciación de la causa no se ha omitido solemnidad sustancial alguna, ni ha existido violación de trámite; por el contrario, se ha tramitado en estricta sujeción a las normas procesales pertinentes por lo que se la declara válida.

B) TRABA DE LA LITIS: La litis se trava en primera instancia con la pretensión de la accionante, Liz Gina Luna Ponce, de que la Compañía VISFRUT S.A., mediante su representante legal Ximena Viteri Espinoza, le cancele la cantidad de sesenta y dos mil dólares americanos, más los intereses legales, de mora, costas procesales y honorarios de su abogado defensor, en virtud de los cheques que como garantía suscribió la accionada a efectos de avalar un préstamo que a su favor realizó la demandante.

Por su parte, la accionada contesta la demanda y opone las siguientes excepciones: Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; ineficacia e improcedencia de los títulos y de la pretendida obligación contenida en la documentación presentada junto con la demanda (cheques); falsedad de los ocho supuestos cheques; falta de derecho para demandar o pretender el cobro de cheques; causa ilícita en lo demandado; improcedencia de la demanda y violación de trámite; y, prescripción de la acción. También presenta reconvenición, pero aquella no se considera en virtud de que la demandada nunca completó lo ordenado en providencia de 17 de agosto de 2016, las 15h24 (fs. 27).

C) MOTIVACIÓN. ANÁLISIS DE LA PRUEBA EN RELACIÓN CON LOS HECHOS ALEGADOS.

- De las excepciones:

Alegada en la contestación a la demanda la excepción de prescripción de la acción en sujeción a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de Cheques, se procederá a su análisis, considerando que se trata de una excepción perentoria que por su trascendencia en el proceso, debe ser revisada en primer término.

La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos, determinada en el artículo 2414 del Código Civil, exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, en concordancia, el primer inciso del artículo 50 de la Ley de Cheques, vigente para la tramitación de la presente causa, señalaba que: *“Las acciones que correspondan al portador o tenedor contra el girador, los endosantes y demás obligados, prescriben a los seis meses contados desde la expiración del plazo de presentación.(1/4)°*, norma que ha de leerse en sujeción a lo dispuesto en el artículo 56 del mismo cuerpo normativo, que prescribe: *“La persona que utilizare un cheque como instrumento de crédito, admitiendo a sabiendas un cheque posdatado, con excepción del girado para efectos del pago, será multado con el veinte por ciento del importe del cheque. Además solo podrá hacerse efectivo el valor de tal cheque, en caso de falta de pago, mediante acción ordinaria.”* Disposiciones que entendidas en su conjunto determinan con claridad, que el pago de cheques posdatados debe hacerse en vía ordinaria, y que en consecuencia, han de aplicarse para su sustanciación, todas las normas que rigen para dicho procedimiento, entre ellas la de la prescripción, que regulada en el artículo 2415 del Código Civil, de manera clara ordena que *“Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y **de diez para las ordinarias.** (1/4)°* (El subrayado nos pertenece)

De lo dicho deviene entonces, que la acción ordinaria no se encuentra prescrita, pues girados los cheques en el año 2011 y demandados a su cobro en el 2014, no se ha cumplido el tiempo que refiere la norma para su prescripción. Por lo que tal excepción resulta improcedente.

Respecto a las excepciones de ineficacia, improcedencia de los títulos e improcedencia de la pretendida obligación contenida en la documentación presentada junto con la demanda (cheques), aquella no ha sido justificada por la parte demandante sino únicamente alegada, así como también ha quedado en mera alegación, la excepción de falsedad de los ocho supuestos cheques, pues si bien la parte ha solicitado se nombre un perito experto en documentología a fin de que realice un análisis técnico de su firma y rúbrica en los cheques motivo de esta acción, no obra de autos que la perito designada se haya posesionado y mucho menos un informe al respecto, por lo que se la desecha. Con respecto a la existencia de causa ilícita en lo demandado, aquello carece de asidero legal, pues no nos encontramos frente a una acción prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

- De la prueba actuada:

El artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, expresa que cada parte está obligada a probar los hechos que alega, mientras que, el artículo 116 señala que la prueba debe concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio.

La parte accionante presenta como prueba a su favor, los cheques aparejados a la demanda y lo manifestado por su defensor en la junta de conciliación; impugna toda la prueba que llegue a presentar la parte demandada y de presentar testigos, presenta un pliego de repreguntas al tenor del cual solicita sean interrogados (fs. 39).

La accionada presenta como prueba a su favor el escrito de contestación a la demanda e impugna: la demanda, los ocho cheques aparejados a la demanda, lo expuesto por la demandante en la junta de conciliación. En virtud de la excepción de falsedad alegada, solicita se nombre un perito experto en documentología a fin de que realice un análisis técnico de su firma y rúbrica en los cheques motivo de esta acción, sin embargo no obra de autos que la perito designada se haya posesionado y mucho menos un informe al respecto. Presenta información tributaria de la accionante remitida por el Servicio de Rentas Internas, correspondiente a los años 2011, 2012 y 2013, las que en nada aportan a este proceso, así como tampoco resultan relevantes los estados de cuenta de VIESFRUT S.A., remitidos por Banco de Machala (fs. 63-65). Los microfilms de los cheques números 003735, 003736, 003738, 003739, 003740 y 003741 pertenecientes a la cuenta corriente 1010655583 de VIESFRUT S.A., girados a la orden de Liz Luna Ponce, no contienen razón de protesto por el no pago, solo aparecen endosados sin ninguna otra señal que deje entrever que su pago fue negado. La documentación remitida por el Banco Bolivariano, particularmente los microfilms de los cheques 0280 y 0385 si aparecen como devueltos por defecto de forma, aunque no se evidencia claramente por cuál de los allí enlistados.

En segunda instancia la parte demandada solicita se abra la causa a prueba, no obstante no se practica ninguna prueba por ninguna de las partes procesales.

Ahora bien, en relación a la prueba actuada, la parte accionante presenta su demanda y detalla como pretensión el pago de varios cheques, sin embargo, no adjunta a su petición, los documentos originales o copias certificadas de los mismos, únicamente copias simples que no tienen ninguna validez al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 121 del Código de Procedimiento Civil. Ciertamente, obra del proceso microfílm de los cheques materia de la controversia, sin embargo, no constituyen prueba suficiente por dos razones: 1. En la mayoría de ellos no consta el protesto por falta de pago o alguna señal que deje entrever que su pago fue negado (cheques números 003735, 003736, 003738, 003739, 003740 y 003741 pertenecientes a la cuenta corriente 1010655583 de VIESFRUT S.A., girados a la orden de Liz Luna Ponce); y, 2. Porque demandado el pago de cheques posdatados en vía ordinaria, corresponde al accionante justificar provisión de fondos, pues, el cheque demandado para su cobro en esta vía, constituye un principio de prueba por escrito que ha de ser reforzado con otras pruebas, al ser utilizado como instrumento de crédito, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1728 del Código Civil que ordena: *“Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Así, un pagaré de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia.”* Entonces mientras un principio de prueba hace verosímil el hecho litigioso, la prueba tiene por finalidad el convencimiento de los hechos controvertidos, y no siendo los cheques, incorporados en copia simple al proceso, prueba suficiente de la obligación demandada, esta debe ser rechazada.

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^o declara sin lugar la demanda, aceptando la excepción de improcedencia de la acción. Sin costas. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia para los fines de ley.

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E)

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

132535116-DFE

Juicio No. 17230-2016-19041

**JUEZ PONENTE: VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)****AUTOR/A: VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL.** Quito, miércoles 23 de septiembre del 2020, las 10h49. **VISTOS:** Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto en el juicio tramitado en procedimiento ordinario, por cobro de dinero, que sigue la Compañía Comercial GREENVIC S.A. en contra de FRUTERA DEL LITORAL CÍA. LTDA.**1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Los que suscribimos, doctora María de los Angeles Montalvo Escobar, doctores Pablo Fernando Valverde Orellana (Ponente) y Yuri Palomeque Luna, que actúa en remplazo de Carlos Vinicio Pazos Medina, por licencia concedida, hemos sido designados y posesionados como Conjuces Temporales de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución N° 197-2019 del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura de conformidad con los artículos 174 y 201.1. del Código Orgánico de la Función Judicial; en calidad de Jueces Encargados de la Sala de lo Civil y Mercantil, mediante Resolución N° 07-2019 de la Corte Nacional de Justicia de 11 de diciembre de 2019, con competencia en la presente causa, acorde con lo que manda el artículo 184.1 de la Constitución del Ecuador, en correspondencia y armonía con los artículos 184 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.**2. ANTECEDENTES.- 2.1** En juicio ordinario, la compañía Comercial GREENVIC S.A, a través de su procurador judicial, abogado Rodrigo Pesantez Sáenz, con fundamento en los artículos 201 y 202 del Código de Comercio, demanda a la Compañía FRUTERA DEL LITORAL CÍA. LTDA, representada por Irene Gissela Parker Lema, en calidad de Gerente General, el cobro de las facturas emitidas, debido a la relación comercial, -comercialización de fruta enviada desde Chile-, y que asciende a la suma de \$310.483,00, en la que no se encuentra incluidos los intereses. Alega que, desde la emisión de la última factura, la compañía demandada no ha cumplido con su obligación de cancelar lo adeudado. La parte actora a fs. 163 de los autos reforma la demanda, en virtud de los pagos parciales realizados por la compañía demandada, establece que la suma adeudada asciende a \$ 123.772,99, fijando la cuantía en \$ 150.000,00.**FUNCIÓN JUDICIAL**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
FERNANDA DE
VALVERDE ORELLANA
YURI PALOMEQUE LUNA
C= ECUADOR
C= QUINCA
0801000089
070259822

2.2 La compañía demandada, a través del Procurador Judicial, Dr. Miguel Cantos Gómez, en el escrito de contestación a la demanda (fs. 239/243) opone las siguientes excepciones: negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, incompetencia del juez, falta de legítimo contradictor, error en la forma presentar la demanda, incapacidad de la parte actora para demandar, obscuridad de la demanda, negativa de derecho del actor a reclamar valores, negativa de adeudar valores descritos, falta de legitimidad y derecho de accionar por parte de la actora, y extinción de la obligación; alega que, en la relación comercial con la compañía accionante se presentaron inconvenientes *“ ¼ que han hecho improcedentes e indebidos algunos pagos, por la no existencia de contrato y además señaladas y evidentes inconformidades en la recepción de las frutas¼ ”*; impugna las facturas, por no corresponder con las exigencias de emisión y aceptación señalada en la ley; y, alega, obscuridad de la demanda, no establece con claridad la tasa de interés que pretende cobrar, y desde cuando corren los mismos, ni especifica desde cuando se debía pagar las facturas.

2.3 La sentencia de primera instancia (fs. 445 /450) al aceptar la demanda, dispone que la compañía demandada Frutera del Litoral Cía. Ltda., pague a la compañía actora Comercial Greenvic S.A., el valor de \$ 123.772,99, más los intereses de mora a partir de la citación con la demanda, a la tasa establecida por el organismo regulador del sistema monetario y financiero, previa liquidación.

2.4 En última instancia, la sentencia emitida el 20 de agosto del 2018, las 11h18, por el Tribunal de Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, acepta el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, declara parcialmente con lugar la demanda, y dispone que la compañía demandada Frutera del Litoral Cía. Ltda., pague a la compañía actora Comercial Greenvic S.A. el valor de \$ 23.772,99, más los intereses de mora a la tasa establecida por el organismo regulador de los sistemas monetarios y financiero, calculados desde la citación con la demanda, previa liquidación pericial.

2.5 El recurso de casación interpuesto por la compañía accionante Comercial Greenvic S.A., se funda en los casos 1, 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos -en adelante COGEP-, determina como infringidas las normas de derecho contenidas en los artículos 88, 245, 246, 256, 258, inciso cuarto y 279.1 del COGEP; 1505, 1561, 1562, 1612 y 1715 del Código Civil.

2.5.1 Sostienen que, en la sentencia *“ ¼ de apelación¼ ”* existe, errónea interpretación del artículo 245 del COGEP y falta de aplicación del artículo 246 ibídem, porque, el tribunal de instancia, omitió declarar el abandono de la causa, pese haber transcurrido el término de 80 días, contados desde la última providencia emitida el 23 de noviembre de 2017, y no desde su ejecutoria 28 de noviembre del mismo año, como erróneamente se ha señalado; indebida aplicación de los artículos 88, 256 y 279.1 del citado cuerpo legal, al haberse negado el recurso de apelación interpuesto en contra de la

providencia que niega el abandono, que es un auto interlocutorio y no de sustanciación, indebida aplicación que, le ha causado indefensión, al habersele negado el acceso a la justicia; que, respecto a estas actuaciones, el Tribunal de instancia, *“ ¼omitió subsanar estas vulneraciones, y ratificó las violaciones legales incurridas, cuando declaró la validez procesal del trámite de apelación de la sentencia de fondo de primera instancia”*, lo que, ha llevado, a la inobservancia de garantías del debido proceso y de normas procesales, viciado el proceso de nulidad insubsanable y provocado indefensión.

El recurrente, acusa además, de falta de aplicación del artículo 258 del COGEP, porque, el órgano jurisdiccional declara la procedencia del recurso de apelación, pese a no haber sido debidamente fundamentado, falta de aplicación que, dice, le ha provocado indefensión e impedido ejercer su derecho a la defensa, al verse impedido de contestar y defenderse sobre los argumentos y puntos de debate en él fijados.

2.5.2 Con fundamento en el caso 4 del artículo 268 de la ley de la materia, el casacionista, acusa a la sentencia impugnada, de falta de aplicación del artículo 1715 del Código Civil, porque, el tribunal de instancia, omitió valorar la prueba documental referida a la existencia de la obligación, y *“ ¼exigió que la parte actora presente medios de prueba tendientes a demostrar las alegaciones de la parte demandada, es decir alteró de manera ilegal las cargas probatorias”*, obligándola a aportar *“ ¼un medio probatorio adicional para que pueda exigir el pago de sus acreencias.”*, y a demostrar hechos respecto de los pagos parciales del demandado y a qué deudas debían ser imputados, yerro que ha llevado a la falta de aplicación de los artículos 1505, 1561 y 1562 *ibídem*, por haberse impedido la exigencia del cumplimiento forzoso de las obligaciones incumplidas por la parte deudora.

2.5.3 Al amparo del caso 5, sostiene que, en la sentencia recurrida existe indebida aplicación del artículo 1612 del Código Civil, porque, la hipótesis contenida en aquel *“ ¼no es aplicable a los hechos de la controversia, dado que al momento del pago del supuesto anticipo de USD 100.000, referido por la Demandada, no existía la deuda reclamada en este juicio.”*. Alega que, ante la inexistencia de deuda imputable al anticipo realizado en el 2013, se debió aplicar el artículo 1505 del Código Civil, con el fin de que se respete el justo pago; y que, al tribunal de instancia, ante la imposibilidad de demostrar el hecho negativo respecto a *“ ¼las razones por las cuales no se imputó un pago realizado en el año 2013 a una deuda que nació en el 2015”*, arbitrariamente presumió que el supuesto anticipo realizado en el año 2013 era imputable a las facturas materia de la litis, vulneración que, afirma, incidió en la decisión de la causa, al habersele negado a su representada el derecho a cobrar una deuda legítima.

2.6 El Conjuez de la Corte Nacional de Justicia Ab. Luis Cando Arévalo, en quien por sorteo se radicó

la competencia para la calificación del recurso extraordinario, lo admite a trámite respecto a los casos uno, cuarto y quinto del artículo 268 del COGEP.

2.7 Realizado el sorteo, radicada la competencia, se convocó a la audiencia de fundamentación del recurso, diligencia a la que concurrió únicamente la parte que propuso el recurso extraordinario de casación; en lo principal, los defensores técnicos que intervinieron en la diligencia, alternativamente, se ratificaron en los argumentos expuestos.

Emitida al final de la audiencia la decisión, este Tribunal, la sustenta por escrito de manera motivada, en los siguientes términos:

3. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.- La impugnación procesal está consagrada como un derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.h *“derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*; como parte del derecho a la defensa, es una de las garantías básicas del debido proceso en nuestra Constitución, Art. 76.7.m *“Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”*.

Para Enrique Véscovi, la función que acentúa el carácter constitucional del recurso, es la defensa del derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo Ediciones IDEA, 1979, pág. 25).

La casación es un recurso extraordinario, de alta técnica jurídica, formal, su objeto es impugnar las sentencias o autos recurridos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las Cortes Provinciales o por los Tribunales Distritales; debe cumplir con los requisitos determinados en la ley para su calificación, admisión y procedencia. Tiene como finalidad, el control de legalidad de las sentencias de instancia para la defensa de la normativa jurídica objetiva y por tanto de la seguridad jurídica, la unificación de la jurisprudencia y, la reparación de los agravios que pudiere ocasionar a las partes procesales una decisión judicial que infrinja las disposiciones jurídicas aplicables. Al respecto, el Dr. Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre el recurso de casación, refiere que sus finalidades pueden ser: *“de naturaleza pública, la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia; hay otro interés adicional, de naturaleza privada, el procurar la reparación de los*

agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido°. (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 35).

Fijados los términos objeto del recurso por la parte recurrente, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República, en armonía y concordancia con en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

4. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

4.1 Con fundamento en el caso 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, que prescribe: *“Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el 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.*”, la compañía recurrente, acusa a la sentencia impugnada, de errónea interpretación del artículo 245, falta de aplicación del artículo 246, indebida aplicación de los artículos 88, 256 y 279, y falta de aplicación del artículo 258 inciso cuarto, todas las normas citadas del COGEP.

4.1.1 La normativa aludida tiene el siguiente contenido: *“Art. 245. Procedencia. La o el juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el término de ochenta días contados desde la fecha de la última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos.*”, *“Art. 246.- Cómputo del término para el abandono. El término para el abandono contará desde el día siguiente de la última notificación de la última providencia dictada o si es el caso, desde el día siguiente al de la última actuación procesal.*”, *“Art. 88.-Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso. El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. El auto de sustanciación es la providencia de trámite para la prosecución de la causa.*”, *“Art. 256.- Procedencia. El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de la primera instancia, así como contra las providencias con respecto a las cuales la*

ley conceda expresamente este recurso. Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia^{1/4},
^a Art. 279.- *Improcedencia. El recurso de hecho no procede: 1. Cuando la ley niegue expresamente este recurso o los de apelación o casación. 2. Cuando el recurso de apelación o el mismo de hecho no se interpongan dentro del término legal. 3. Cuando, concedido el recurso de apelación en el efecto no suspensivo, se interponga el de hecho con respecto al suspensivo. A la o el juzgador a quo que, sin aplicar este artículo, eleve indebidamente el proceso, se le impondrá la sanción correspondiente.*^o y
^a Art. 258.- *Procedimiento.- Con la fundamentación se notificará a la contraparte para que la conteste en el término de diez días. En materia de niñez y adolescencia el término para contestar será de cinco días*^{1/4}. *La apelación y la adhesión no fundamentada serán rechazadas de plano, teniéndose por no deducido el recurso*^o.

4.1.2 Se afirma que, el tribunal de instancia, omite subsanar las vulneraciones incurridas por el juez de primera instancia en la tramitación del abandono, a saber: 1) omite declarar el abandono de la causa, a pesar de haber transcurrido el término de 80 días, contados desde el día siguiente de notificada la providencia de 23 de noviembre de 2017; y, 2) niega los recursos de apelación y de hecho interpuestos oportunamente en contra del auto que niega la declaratoria de abandono, con el argumento de que éste es un auto de sustanciación y no interlocutorio; y, 3) admite el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, a pesar de que el mismo no fue debidamente fundamentado.

4.1.3 El caso 1 previsto en el artículo 268 del COGEP, configura el vicio de violación de normas procesales que produce la nulidad insubsanable del proceso o causa indefensión a las partes; nulidad que puede ocurrir ya sea por indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación.

4.1.4 La causas o motivos que provocan la nulidad procesal se encuentran expresamente establecidas en el artículo 107 del COGEP, se trata de las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos, a saber: ^a 1. *Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe.*^o. A estos motivos, se debe agregar el previsto en el artículo 110 *ibídem*, parte final: ^a *No se declarará la nulidad por vicio de procedimiento cuando la omisión haya sido discutido en audiencia preliminar o fase de saneamiento*^o. Por tanto, para que aplique el caso invocado, es indispensable demostrar que en la tramitación de la causa se ha omitido el cumplimiento de alguna de las solemnidades sustanciales antes transcritas, o que existe algún vicio en el procedimiento, siempre que tal omisión o incorrección en la tramitación, hubiere causado indefensión o influido en la decisión de la causa.

4.1.5 Visto el contenido de los artículos 88, 245, 246, 256, 258 y 279 del COGEP, no se refieren a alguna de las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos, sino que, en su orden, establecen las clases de providencias, la procedencia del abandono y el computo del término para el mismo, la procedencia del recurso de apelación y su procedimiento, y la improcedencia del recurso de hecho.

4.1.6 A más de lo expuesto, este Tribunal precisa indicar que, el inciso segundo del artículo 250 del COGEP, establece la posibilidad de recurrir en apelación, casación o de hecho, las providencias, con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad en forma expresa. En el caso en análisis, la compañía recurrente alega haber quedado en indefensión, porque el juez de primera instancia, negó conceder los recursos de apelación y de hecho interpuestos en contra del auto que negó la declaratoria de abandono, sin considerar que, respecto del referido auto, la ley no prevé dicha posibilidad, sino únicamente respecto del auto interlocutorio que declara el abandono, conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 248 ibídem: *“El auto interlocutorio que declare el abandono podrá ser impugnado siempre que se justifique exclusivamente, en un error de cómputo”*. Se agrega a este análisis que, concedido el recurso de apelación, corresponde al órgano jurisdiccional remitir a la Oficina de Sorteos para que se radique la competencia ante el Tribunal de segunda instancia que deba resolver, sin que por lo tanto exista una conducta omisiva que le sea imputable a alguna de las partes procesales; y, finalmente, es competencia del tribunal en aplicación del artículo 12 del COGEP, calificar el recurso y sustanciar el proceso según corresponda, y si así procedió y se convocó a la audiencia de fundamentación del recurso, no existe violación de procedimiento en las actuaciones jurisdiccionales descritas, por lo que, este Tribunal desecha el cargo.

4.2 Invocan el caso 4 del artículo 268 del COGEP, que manda: *“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.”* La compañía recurrente, acusa a la sentencia impugnada, de falta de aplicación del artículo 1715 del Código Civil, que ha llevado en este caso, a la falta de aplicación de los artículos 1505, 1561 y 1562 ibídem, porque, el tribunal de instancia, omitió valorar la prueba documental referida a la existencia de la obligación y la relación comercial (99 facturas, documento único de salida de mercadería, y Bill of Landing de la mercadería.), y exigió *“1/4 que la parte actora presente medios tendientes a demostrar las alegaciones de la parte demandada, es decir alteró de manera ilegal las cargas probatorias”* (existencia de pagos parciales). Al respecto, este tribunal realiza las siguientes precisiones:

4.2.1 El caso 4 del artículo 268 del COGEP, ocurre cuando en la sentencia o auto impugnado, se vulnera por indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación, preceptos jurídicos

aplicables a la valoración de la prueba, siempre que haya conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho. Son preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, aquellas disposiciones legales que dan determinado valor probatorio a un medio de prueba, regulando su eficacia y, son normas de derecho sustancial o material, aquellas que determinan un derecho.

4.2.2 Para que opere esta causal, es indispensable que se encuentren reunidos los siguientes requisitos:

1. Indicación de la norma o normas de valoración de la prueba que ha criterio del recurrente ha sido vulnerada;
2. El vicio en que ha incurrido la infracción, si por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación;
3. Señalar el medio de prueba afectado por cualquier vicio;
4. La determinación de norma o normas de derecho sustantivo vulneradas, por equivocada aplicación o por no aplicación, como efecto de la vulneración de las primeras; y,
5. Una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción, norma de valoración de la prueba, y la segunda infracción de una norma sustantiva o material. La acusación de vulneración directa de las primeras e indirecta de las segundas, debe fundamentarse de manera lógica y debidamente sustentada, demostrar cómo ha ocurrido el quebrantamiento de las primeras especificando qué medio de prueba se ha valorado de una forma diferente a la prevista en la ley y, cómo aquello ha conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de las segundas.

4.2.3 El artículo 1715 del Código Civil no constituye un precepto jurídico de valoración probatoria, ya que, no da un determinado valor a medio de prueba alguno, sino que establece que, la carga de la prueba de las obligaciones o su extinción corresponden a quien las alega. Razón por la que, al no haberse determinado la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, presupuesto indispensable que da paso a la segunda parte, y que tienen que cumplirse en forma concurrente, no permite avanzar en el análisis, por lo que, este tribunal desecha el cargo.

4.3 Al amparo del caso 5 del artículo 268 del COGEP, que manda: *“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.”*, la compañía recurrente, sostiene que, en la sentencia impugnada existe indebida aplicación del artículo 1612 del Código Civil: *“Si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está. Si el deudor no imputa al pago a ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en carta de pago; y si el deudor la acepta, no le será lícito reclamar después.”*, porque, la hipótesis contenida en esta norma, no es aplicable a los hechos de la controversia, *“¹dado que al momento del pago del supuesto anticipo de USD 100.000, referido por la Demandada, no existía la deuda reclamada en este juicio.”*

4.3.1 Agrega que, al momento en que se realizó el supuesto anticipo (año 2013), no existía la deuda materia de la litis (año 2015), razón por la que, el tribunal de instancia, mal podía presumir que, el supuesto anticipo era imputable a las facturas materia de la controversia, *“ ¼ aun cuando la parte demandada no aportó prueba sobre este hecho y peor aun cuando aquello le correspondía probar a la parte Deudora, de conformidad con el Art. 1715 del Código Civil”*.

4.3.2 El vicio que el caso 5 atribuye al fallo, es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma, es decir, no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que, se puede producir, ya sea, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que los mismos sean determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

4.3.3 La aplicación indebida ocurre, cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. El Tratadista Humberto Murcia Ballén, al respecto, ha señalado que: *“ Este concepto o especie de violación se presenta cuando, entendida rectamente la norma de derecho en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla. Emanan, pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica”*¹.

4.3.4 El artículo 1612 del Código Civil, prescribe: *“ Imputación por el deudor. Limitaciones.- Si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está. Si el deudor no imputa el pago a ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deudor la acepta, no le será lícito reclamar después.”*; disposición que, expresamente faculta al deudor elegir la deuda a la cual imputar el pago, cuando hay diferentes, limitando dicha elección al consentimiento del acreedor, sin el cual, aquel no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está; y, al acreedor hacer la imputación, cuando el deudor no haga la misma respecto de una deuda en particular, en la carta de pago, la que, aceptada por el deudor, no le será lícito a éste reclamarla después.

4.3.5 De la lectura de la sentencia impugnada se obtiene que, el Tribunal de instancia, en el considerando OCTAVO, señala: *“ ¼ no se tratan de obligaciones solidarias o indivisibles, las asumidas por FRUTERIAS DEL LITORAL COMPAÑÍA LIMITADA ECUADOR Y LAS DE FRUTERIAS DEL LITORAL COMPAÑÍA LIMITADA COLOMBIA, para que el acreedor a su*

¹ Recurso de Casación Civil, Humberto Murcia Ballén, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., pág. 331-332.

arbitrio asigne a qué obligación imputa el pago. Por el contrario hay que recordar lo que establecen los art. 1596 Del Código Civil, esto es Diputación para el pago, que un tercero si bien puede pagar una deuda, debe realizarlo en virtud de un poder o autorización o inclusive por simple mandato pero siempre comunicando al deudor y esto implica más bien, voluntad expresa de quien decide hacer el pago y no arbitrio del acreedor, norma que guarda concordancia con el art. 1612 Ibídem, que establece a su vez que es facultad del deudor en concurrencia de dudas imputar el pago a la que él elija, y a falta de su pronunciamiento si bien el acreedor puede hacer la imputación debe constar en carta de pago y no ser opuesta por el deudor, lo que no ocurre en la presente causa cuando el acreedor a reclamado contra tal imputación de pago. Un pago en esta naturaleza, hay que recordar igualmente implica subrogación, y en materia de pago con subrogación las fuentes de la subrogación solo pueden provenir de la ley o de la convención con el acreedor. (1/4) De lo analizado se debe concluir entonces que no es atribución del acreedor a su arbitrio el determinar a qué deuda imputa el pago y mucho más de deuda de un tercero, puesto que, las personas jurídicas son independientes de las naturales sean estos sus representantes o propietario. Al acreedor, le corresponde entonces, demostrar que fue autorizado por el deudor, los valores dados por anticipo de su parte, le impute y a le atribuya a deuda de un tercero y no a las acreencias que con el mantiene, sin que por más que exista vínculos entre ellas, puedan compartir un representante o accionistas, le quepa a acreedor hacerlo a su arbitrio y sin autorización del consignante del dinero, lo contrario implica una reversión de la carga de la prueba, de allí que no se adecua el razonamiento de la Juez A-quo, replica del informe pericial contable de que como el demandado no ha justificada que no haya dispuesto que no se impute la deuda a la de un tercero como es FRUTERIAS DEL LITORAL COMPAÑÍA LIMITADA COLOMBIA, no puede atribuírsele ni considerarse el anticipo como a las facturas. Afirmación que implica por el contrario una reversión de la carga de la prueba puesto que la actora es la que debió haber demostrado que fue autorizada por la demandada para imputar el anticipo que ella realizó a la deuda de un tercero.º, para más adelante, después de transcribir los presupuestos de previo cumplimiento para emitir una sentencia, el artículo 76.3 de la Constitución de la República, y lo que, la Corte Constitucional ha dicho sobre la garantía de cumplimiento de norma, en sentencia No. 081-14-SEP-CC, Caso 1031-11-EP, enfatizar que ^a 1/4 si bien el anticipo es del año 2013, y las facturas corresponden al año 2015, se trata y ha sido reconocido por las partes siendo consecuentemente un hecho que no requiere ser probado, conforme lo establece el art. 163, numeral 1 COGEP, de un anticipo de FRUTERIA ECUADOR, cuya relación comercial es la que generó las facturas posteriores, consideraciones todas estas que determinan que dicho abono sea susceptible de imputárselo a las deudas constantes a las facturas demandadas y adicionales a las reconocidas por la parte accionante y constantes de la resolución de primer nivel, de ahí que lo pertinente sea que el monto mandado a pagar en primera instancia se descuenta también los valores entregados por la

demandada como anticipo y los que jamás estuvo autorizado el accionante a desviarlos para pagos de obligaciones de un tercero sin haber sido autorizado por el titular de los valores°.

4.3.6 Con la transcripción que antecede, se evidencia que, el órgano jurisdiccional de última instancia aplica indebidamente el artículo 1612 del Código Civil, al considerar que el depósito efectuado a favor de Comercial Greenvic S.A. en el año 2013, es susceptible de imputarse a las facturas emitidas en el año 2015, olvidando que, la referida norma, como regla de la imputación de pago, establece la obligación del deudor de determinar al momento de efectuar el depósito, a que deuda preexistente debía hacerse la imputación; además, si el deudor no imputa el pago a ninguna en particular, lo puede hacer el acreedor, pero sujeto a que conste en la carta de pago y el deudor lo acepte. Razón por la que, este Tribunal acepta el cargo, casa la sentencia y conforme lo dispuesto en el artículo 273.3 del COGEP, dicta resolución reemplazando los fundamentos jurídicos, en los siguientes términos:

PRIMERO: El proceso se ha tramitado con sujeción a las garantías básicas del debido proceso, sin omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión, por lo que se declara su validez.

SEGUNDO: La litis se traba con la pretensión de la compañía Comercial GREENVIC S.A., a que se ordene el pago de la suma de \$123.772,99 dólares, más los intereses legales; y la oposición de la compañía demandada FRUTERIA DEL LITORAL Cía. Ltda., expuesta en las excepciones de negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, incompetencia del juez, falta de legítimo contradictor, error en la forma de presentar la demanda, incapacidad de la parte actora para demandar, oscuridad de la demanda, falta de derecho para reclamar los valores, negativa de adeudar valores demandados en virtud de haber efectuado *“ ¼importantes abonos que están siendo desconocidos inexplicablemente por la parte actora...°*, falta de legitimidad y derecho de accionar, y extinción de la obligación.

La parte actora, al contestar el traslado corrido con la contestación a la demanda, respecto a la excepción de negativa de adeudar los valores demandados, alega que la misma se sustenta en la mala fe procesal de la parte demandada, al agregar al proceso prueba inconducente e impertinente, *“ ¼que trastoca el artículo 161 del COGEP, ya que solo busca engañar a su H. Autoridad, puesto que los “importantes abonos° o transferencias corresponden a los años 2012, 2013, 2014 y 2015, que tienen como antecedentes otras facturas de aquellas que exigimos su cumplimiento¼°.*

La compañía accionante, al impugnar los correos electrónicos referidos al mal estado de la fruta, alega que los mismos, tienen como soporte diferentes facturas con diferentes nombres de transportistas, excepto los correos electrónicos de 13 y 14 de enero de 2015 que versa sobre la factura No. 16571 a la

que se emitió la nota de crédito No. 003206 y que está tomada en cuenta en la reforma a la demanda, y, por envíos de mercadería a Colombia, que tienen como fundamento facturas distintas a las emitidas por su representada por el envío de mercadería al Ecuador; que los correos electrónicos de 15, 18 y 30 de agosto y 1 de septiembre de 2014 corresponden a facturas canceladas distintas a las reclamadas en la presente causa; además, versan sobre facturas emitidas por compañías del grupo en otros países, como Colombia. En cuanto al correo electrónico de 25 de junio de 2015, señala que en el se indicó, que por reclamos se iban a emitir notas de crédito por la suma de \$ 30.000,00 ^{a 1/4}pero estos descuentos corresponde a facturas distintas a las que son materia de esta procesos; y, que tiene como antecedentes mercadería enviada a Colombia. Tanto es así, que la propia parte demandada prueba que las facturas del descuento son: i) 17543; ii) 17539; iii) 17538; iv) 17610; y, v) 17633.º.

En cuanto a los comprobantes de transferencias bancarias, la parte accionante en el numeral 6.3.5, alega que, parte de ellos, corresponden a los años 2012, 2013 y 2014 que tiene como antecedente facturas distintas a las reclamadas en la presente causa; que, las facturas 16687, 16936, 16618 y 16571 han sido canceladas con las transferencias No. CM294607960, respecto de la cual hay un saldo a favor de \$11.543 dólares (fs.301), y CM275188364; y que, las facturas que aún se encuentra pendientes de pago son las signadas con los Nos. 17516, 17634, 17674, 18174 y 17188.

TERCERO: Anunciados y presentados los medios probatorios por los sujetos procesales, debatido y resuelto en la audiencia preliminar respecto a su admisibilidad, teniendo en cuenta en el análisis sobre su pertinencia, utilidad y conducencia, en la audiencia de juicio, las dos partes procesales han renunciado practicar medios probatorios que si fueron aceptados por la Jueza; se detalla que no ha sido posible actuar algunos medios probatorios, por las razones que se indica en la sentencia de primera instancia, se destaca además que, la empresa demandada en una de sus intervenciones respecto de la contradicción de la prueba de la parte actora, afirmó expresamente que, las 5 facturas practicadas como prueba han sido aceptadas por la parte demandada y que lo que se debe probar es si se encuentran canceladas.

CUARTO: Entre parte actora y demandada ha existido una relación comercial, lo reconoce expresamente la parte accionada en su contestación; las facturas presentadas, dan cuenta de la entrega de la mercadería que en ellas se describe, constituye un medio de prueba del contrato de compraventa, con ello, de las obligaciones de las partes y su cumplimiento cuando se produzca. El punto principal de la controversia, es determinar si el monto reclamado, ha sido cancelado por Frutera del Litoral Cía. Ltda.

QUINTO: A fojas 220 del cuaderno de primera instancia obra el comprobante de transferencia No.

CM129158004 de 25 de abril de 2013 por la suma de \$ 100.000,00, respecto del cual, la compañía demandada al momento de efectuar la misma no determinó la deuda a la que debía imputarse, ni la compañía accionante, en su contestación al traslado, determinó si con ella se cancelaron facturas emitidas en esa fecha, u otras distintas a las reclamadas en la presente causa, tales como las emitidas por compañías del grupo en otros países.

SEXTO: La falta en la calidad de la información aportada por las partes, y siendo además un asunto eminentemente técnico, condujo a que la Jueza nombre un perito, a fin de poder determinar los valores que ha cancelado la parte demandada, respecto a las cinco facturas cuyo pago se reclama; del informe pericial realizado por la Economista Verónica Rodríguez Carrillo, fs. 417 a 426, consta que la referida transferencia guarda relación con la transacción realizada el 26 de abril de 2013, a favor de Frutería del Litoral Colombia S.A., por deudas mantenidas con ésta; y, según registro contable ^aPAGO No. 00011227°, a la aplicación de abonos parciales a la deuda mantenida con Frutería del Litoral Cía. Ltda., a las facturas 14868, 17188, 17516 y 17634 emitidas en el año 2015, perito que, en sus conclusiones señala que: *“La diferencia, entre los registros contables aludidos, se encuentra en la aplicación de las transferencias recibidas por GREENVIC S.A., en calidad de anticipos, toda vez que, la compañía actora, ha demostrado haber aplicado estos pagos a facturas emitidas en el 2013 a FRUTERIA DEL LITORAL COLOMBIA (filial del grupo FRUTERIA DEL LITORAL CIA. LTDA.), de donde las fechas y registros contables son coincidentes.”*; imputación que, ante la falta de autorización por parte de la compañía demandada, que realizó el depósito y en consecuencia un pago, correspondía a la compañía Greenvic S.A., hacerla a las facturas cuyo pago se pretende en la presente causa, y no a las emitidas en el año 2013 a Frutería del Litoral Colombia. Si la parte accionada alega un abono y lo acredita, le correspondía a la parte actora, no solo afirmar que ese depósito no es en pago a la deuda mantenida y que se reclama, sino demostrar, con actos concluyentes, el por qué se imputó ese depósito realizado por la parte demandada, a una filial de esa Compañía, cuyas deudas y relaciones comerciales mantenidas, no forman parte de esta controversia; es decir, que estando facultado para hacerlo, lo ejerció.

SÉPTIMO: Imputar significa, señalar la aplicación de un desplazamiento patrimonial, pago, a una determinada obligación, y puede tener su fuente en una manifestación de voluntad de una de las partes, o en la ley. La parte demandada afirma y presenta un documento, verificado pericialmente que ha ejecutado una prestación en la suma de 100.000 dólares; no existe prueba que permita aseverar, que en las relaciones mantenidas entre actora y demandado, por acuerdo expreso o tácito, Comercial GREENVIC S.A, estaba facultada, para que los valores que deposite Frutería del Litoral Cía. Ltda., se impute al pago de deudas que no las haya contraído la compañía demandada.

La falta de señalamiento o determinación de la deuda a la que debía imputarse el depósito de \$

100.000,00 efectuado mediante transferencia No. CM129158004 de 25 de abril de 2013, no facultaba a la compañía acreedora imputar a facturas emitidas en esa fecha a una filial distinta de la demandada en la presente causa; pago que, al no estar sujeto a restitución, conforme lo dispuesto en el artículo 1511 del Código Civil, debe aplicarse al valor adeudado por la compañía Frutera del Litoral Cía., Ltda., en la suma de \$ 123.772,99 dólares, y que corresponde a las facturas emitidas en el 2015.

DECISIÓN.- Por la motivación expuesta, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia ^aADMINISTRADO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA°, CASA la sentencia dictada el 20 de agosto de 2018, las 11h18, por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, y por las razones que se exponen convertidos en tribunal de instancia, se ordena que, la compañía demandada Frutera del Litoral Cía. Ltda., pague a la parte accionante Comercial GREENVIC S.A., la suma de \$ 23.772,99 dólares, más los intereses a partir de la citación con la demanda. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia para los fines de ley.

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

PALOMEQUE LUNA YURI STALIN

CONJUEZ NACIONAL

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

134372374-DFE

Juicio No. 12331-2018-00368

JUEZ PONENTE: VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL.** Quito, lunes 19 de octubre del 2020, las 13h37. **VISTOS:** Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto en el juicio tramitado en procedimiento ordinario; pretensión, se declare la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un inmueble, propuesto por Rogelia Dolorosa Zambrano Cevallos en contra de Jorge Fernando Freire Montesdeoca y José Fernando Montesdeoca Cedeño.

1. JURISDICCION Y COMPETENCIA: Los que suscribimos, doctora María de los Angeles Montalvo Escobar, doctores Pablo Fernando Valverde Orellana (Ponente) y Carlos Vinicio Pazos Medina, hemos sido designados y posesionados como Conjuceces Temporales de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución N° 197-2019 del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura; somos Jueces Encargados de la Sala de lo Civil y Mercantil, por la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 07-2019 de 11 de diciembre de 2019, por lo que, tenemos competencia en la presente causa, acorde con lo que manda el artículo 184.1 de la Constitución del Ecuador, en correspondencia y armonía con los artículos 184 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2. ANTECEDENTES: 2.1 La accionante Rogelia Dolorosa Zambrano Cevallos, interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, con sede en el cantón Quevedo, que rechaza el recurso de apelación, confirma la sentencia subida en grado que declara sin lugar la pretensión propuesta.

2.2 El Conjucece Nacional Ab. Luis Cando Arévalo, en quien por sorteo se radicó la competencia para la calificación del recurso extraordinario, en auto de 14 de agosto del 2019, las 12h54 lo admite a trámite por el caso 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos -en lo posterior COGEP-.

2.3 Realizado el sorteo correspondiente, fijada la competencia, se convocó a la audiencia prevista en el artículo 272 del COGEP, diligencia en la que, el Ab. Daniel Velásquez Prado, procurador judicial de la Sra. Zambrano Cevallos, expone en lo principal que, se han violentado los artículos 66.26, 321 y 375 de la Constitución de la República del Ecuador, 2410 y siguientes del Código Civil, 9, 15, 23, 25

FUNCIÓN JUDICIAL
 DOCUMENTO FIRMADO
 ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
 PABLO FERNANDO VALVERDE ORELLANA
 JUEZ NACIONAL DE LO CIVIL Y MERCANTIL
 C=ECUADOR
 C=GOITTO
 CI=08763890
 0702589622

y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; que se allanaron en la contestación a la demanda, con la excepción del Retén Policial, por lo que ya no hay controversia respecto al inmueble en su totalidad sino de una mínima parte; que incluso avisan que no anunciarán prueba; aceptan que la actora tiene la posesión pacífica, pública y que introdujo mejoras; por lo que, los jueces de segunda instancia, no leyeron o no entendieron lo que es un allanamiento. Pide se acepte el recurso, se revise las actuaciones de los jueces y se sancione a la parte demandada por fraude procesal, al inicio se allanan y luego hacen oposición, se les condene en costas.

El Ab. Jaime Alvarez Bazarro, procurador judicial de los demandados, afirma que, únicamente contestó la pretensión uno de los demandados, por lo que al no haber allanamiento total, no obsta que se continuara con el proceso, además no comparecieron todos. Que el recurso de casación es técnico, no se ha fundamentado como la sentencia violenta la ley al haber concedido algo más, no ha establecido cuál de los vicios se produjo, por lo que pide se rechace la casación interpuesta.

Al final de la diligencia, emitimos la decisión oral, este Tribunal, la sustenta por escrito de manera motivada, en los siguientes términos:

3. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES: La impugnación procesal está consagrada como un derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.h *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*^o; como parte del derecho a la defensa, es una de las garantías básicas del debido proceso en nuestra Constitución, Art. 76.7.m *Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*^o.

Para Enrique Vescovi, la función que acentúa el carácter constitucional del recurso, es la defensa del derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. (La Casación Civil, Primera Edición, Montevideo, Ediciones IDEA, 1979, pág. 25).

Gómez de Liaño González, citado por Alberto Hinojosa Minguez, sostiene que, la casación: *“ es un recurso extraordinario de carácter jurisdiccional que cabe exclusivamente por motivos determinados frente a resoluciones definitivas, también determinadas dictadas por los Tribunales de instancia. No se trata de una tercera instancia, y en consecuencia para poder ser utilizado precisa no solo lesividad o gravamen de la resolución recurrida, sino de la presencia de unos motivos determinados”*¹.

¹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, Derecho Procesal Civil, Medios Impugnatorios, Tomo V, JURISTA EDITORES, 2010, pp. 258.

La casación contiene una finalidad nomofiláctica, por la cual el Tribunal de Casación, con base en una pretensión por impulso de parte procesal, vigila y fiscaliza la observancia de las leyes por parte de los tribunales, a efecto de que prevalezca la Ley, de modo que, el interés de ley prevalece sobre el privado, se dice que, *“ ¼ el recurso de casación controla el correcto entendimiento y aplicación de las normas o jurisprudencia aplicables al fondo de litigios concretos, al tiempo que unifica los criterios a seguir en la interpretación de aquellas cuando hubieran de aplicarse a situaciones similares”*².

4.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- 4.1 Invoca el caso 3 del artículo 268 del COGEP que dispone: *“ 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”*, acusa infracción de los artículos 66.26, 321, 375 de la Constitución de la República; 37.7, 2410, 2411, 2413 del Código Civil; 9, 15, 23, 25 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, porque los jueces de instancia, declaran sin lugar el recurso de apelación planteado por la recurrente, ratifican la sentencia de primer nivel que declara sin lugar la demanda, en la que, la parte demandada, en su escrito de contestación que obra a fs. 55 y 56 de los autos, no se opone a que se le conceda a la actora la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del lote de terreno descrito en el libelo y se allana parcialmente a las pretensiones de la recurrente, reconociendo la posesión pacífica, tranquila e ininterrumpida del bien materia de la litis, presentando únicamente oposición a una construcción que perteneció al antiguo retén de la Policía Nacional en el vértice del lindero norte-oeste que tiene una longitud de 3.68 metros; los jueces al resolver, lesionan los derechos adquiridos sobre el bien materia de la litis, al haber un allanamiento parcial, se debió resolver sobre la parte del terreno que quedaba en litigio y no sobre la totalidad del inmueble.

4.2 Que a la demanda acompañó los documentos pertinentes y dio cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos señalados en los artículos 142 y 143 del COGEP, por lo cual fue admitida a trámite; de fs. 45 a 49 consta la contestación a la demanda donde los accionados se allanan y hacen oposición únicamente a una parte del terreno que dicen nunca ha estado en posesión la accionada y, que por haberse allanado, no tienen prueba que anunciar; de fs. 55 a 56 consta el escrito completando la demanda (sic), donde indican que no se oponen a que se conceda la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, reconocen su posesión tranquila, pacífica e ininterrumpida, oponiéndose únicamente al espacio donde se construyó y funcionó el antiguo retén de Policía.

4.3 A la audiencia preliminar no comparecen los demandados, por tanto, no anuncian prueba. En la

² HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO, Derecho Procesal Civil, Tomo V, Medios Impugnatorios, Jurista Editores, 2010, pp 259.

audiencia de juicio el juez de primera instancia declara sin lugar la demanda, sin considerar el allanamiento parcial al cual se acoge la parte demandada y resolviendo cuestiones que ya no eran materia del litigio, el único objeto de la controversia que se mantenía era el espacio ocupado por la construcción del antiguo retén de Policía de la parroquia Patricia Pilar, que constituye una ínfima parte del bien que se pretende usucapir, por lo cual interpuso recurso de apelación.

4.4 Que en la audiencia de apelación, la recurrente, a través de su defensa técnica argumenta las cuestiones antes anotadas, solicitando se declare con lugar el recurso interpuesto, el juez había resuelto aspectos que ya no eran materia del litigio, refiriéndose al allanamiento a la demanda, cuando lo que correspondía, era declarar parcialmente con lugar la pretensión propuesta, dejando a salvo únicamente la parte del bien sobre la que se había presentado oposición. Sin embargo, los jueces de instancia rechazan el recurso de apelación confirmando la sentencia de primer nivel, argumentando que, no se ha singularizado el bien que se pretende prescribir, cuando consta de autos de fs. 89 a 91 y en la audiencia de juicio se dio lectura, al documento e informe pericial que singulariza plenamente y justifica los linderos y medidas del bien en donde posee su vivienda.

De acuerdo con el principio dispositivo consagrado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución, en correspondencia y armonía con el artículo 5 del COGEP, el caso que se invoca en el recurso de casación, que ha sido admitido para conocimiento del Tribunal, constituye el límite impuesto por la recurrente para el ejercicio del control de legalidad que debe efectuar el tribunal de casación.

5. NORMATIVA Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS PARA LA RESOLUCIÓN.-

5.1 El caso 3 del artículo 268 del COGEP, configura los vicios de incongruencia, cuando se haya resuelto asuntos ajenos a la materia del litigio, cuando se haya concedido más de lo demandado, y, cuando se omita resolver algún asunto de la controversia.

5.2 La incongruencia de la sentencia se evidencia, cuando la decisión emitida no guarda armonía con las pretensiones contenidas en la demanda y las excepciones opuestas en defensa. ^a *El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones ajenas o distintas de las peticionadas temporáneamente 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 esos actos (ultra o petita)*³.

³ Enderle Guillermo Jorge. La Congruencia Procesal. Rubinzal ± Culzoni Editores. Buenos Aires- Argentina. Pág. 103.

5.3 Las normas que regulan la emisión de una resolución judicial, determinan que ésta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis, (principio dispositivo) 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, constituyen causal para dar lugar a la casación.

5.4 Lo jurídicamente calificado como traba de la litis, se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda (exigencia fundada o no), y 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, al respecto, señala que *“...la actividad del juez, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada; que sólo puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen lo litigantes, o, en otros términos, que solamente debe moverse dentro del espacio que le determina el demandante en su demanda o el demandado en la contestación...”*⁴.

6. ANÁLISIS MOTIVADO DEL CARGO.-

6.1 El caso 3 del artículo 268 del COGEP, configura los vicios de incongruencia o inconsonancia, vicios resultantes de la confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas. Esta incongruencia, inconsonancia o disonancia, puede tener 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), por lo tanto, para analizar si existe uno de estos vicios debe confrontarse lo demandado, la contestación a la demanda (excepciones o allanamiento), reconvencciones y, lo resuelto en sentencia.

6.2 Este tribunal debe confrontar la sentencia impugnada, con las quejas esgrimidas en el recurso, que se enfocan en la existencia de vicio ultra petita, porque *“el tribunal de alzada han (sic) adoptado decisiones sobre asuntos que no estaban en litigio en virtud del allanamiento parcial de la parte demandada”*, indicando que, la sentencia de segunda instancia, debía declarar con lugar parcialmente la demanda, en razón del allanamiento, *“dejando a salvo únicamente la parte del bien a la que había*

⁴ Humberto Murcia Ballén. La Casación Civil en Colombia. Quinta Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá. Pág. 480.

presentado oposición la parte demandada°.

6.2.1. En la sentencia de última instancia se encuentra que, respecto de los puntos de la apelación, los jueces indican que, deben resolver conforme el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial: *° Las juezas y jueces resolverán 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°, instalada la audiencia para conocer el recurso de apelación, respecto a la solicitud de actuar prueba nueva, la niegan, porque ° en ningún momento de su intervención nos explicó que se trataba de acreditar hechos nuevos o que había sido una prueba que recién había sido posible obtenerla después de que se emitió la sentencia°, no se ha establecido el requisito establecido ni en el inciso segundo ni tercero del artículo 258 del Código Orgánico General de Procesos, (1/4) ANALISIS DEL CASO RESPECTO AL RECURSO DE APELACION-* Esta Sala recuerda los modos de adquirir el dominio y que son taxativos, ya que no existen otros fuera de los señalados en el Código Civil, y que son: *La ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Esos modos son notorios y conceptualmente distintos entre sí, por ser diversos o diferentes por su naturaleza jurídica y las causas, requisitos y consecuencia de cada uno de ellos, impiden confundirlos, y por otra parte, se encuentran debidamente identificados, distinguidos y estructurados. El artículo 2392 del Código Civil expresa: "Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción". En concordancia con lo que disponen los Arts. 2398, 2410 y 2411 del Código Civil, y lo señalado por la Sala de lo Civil Mercantil y Familia de la Corte Nacional en varios de sus fallos (Resolución No. 193, de 17 de marzo del 2010, juicio No. 562-2009-KR; Resolución No. 246, de 29 de abril del 2010, juicio No. 911-09-GNC); el Art. 2411, el mismo cuerpo legal que señala el plazo para la prescripción el tiempo necesario para adquirir esta especie de prescripción es de 15 años contra toda persona y no se suspenda (sic) a favor de los numerales en el Art. 2.409 Código Civil; para que opere la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1.- 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, (1/4) conforme el fallo publicado, en el R.O. 23 del 11-IX-96. En el caso en estudio, de la revisión de las pruebas practicadas en la audiencia de juicio consideramos que con las pruebas testimoniales también como las documentales se han justificado que la señora*

Rogelia Semane Cevallos (sic) se encuentre en posesión por el tiempo que establece la norma, de igual manera no se puede considerar (sic) que la misma parte demandada ha contestado la demanda ha señalado que la señora ha ejercido a posesión señor y dueño y que la acción se dirija contra el titular del derecho de dominio con el certificado del registro de la propiedad y que debidamente leído en sus partes pertinentes en la audiencia de juicio se ha demostrado que la demanda se ha dirigido contra el actual titular de dominio al respecto de la singularización la doctrina dice que si une (sic) los requisitos no se cumplen no prosperaría la acción en este caso, bien existe un informe pericial dentro de los autos, este informe no fue sustentado como debe de hacerse actualmente como nos exige el COGEP, que todo procedimiento es oral hemos escuchado el audio, la defensa técnica de la parte actora ha solicitado el orden en que se practiquen las pruebas solicitadas, primero la sustentación del informe pericial, después pidió la prueba testimonial y por último la prueba documental; al momento que la parte procesal solicita en el orden que debe de practicarse las pruebas ya están fijando y significa que al irse cumpliendo cada uno de esos momentos va precluyendo, tuvo la oportunidad en su momento haber solicitado que se cambie el orden de la práctica de la prueba, o haber pedido al señor juez que en virtud de que no se encontraba presente el señor perito se le permita cambiar el orden de la práctica de las pruebas, y haber solicitado se la practique en el último lugar pero no se lo hizo en consecuencia no existe prueba dentro del expediente prueba que nos dé una certeza respecto al terreno que se pretende prescribir, en consecuencia no se cumple con el requisito de singularización e identificación, cuya ubicación, superficie, linderos y más características se hayan establecido claramente en el proceso se solicita la prescripción corresponde a su medidas, dimensiones y lindero es por eso, por cuanto si bien es cierto se cumplen con los otros requisitos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia establecen no se cumplen con uno de los requisitos que son indispensable en este tipo de acciones de prescripción adquisitiva de dominio el requisito de singularización e identificación, cuya ubicación, superficie, linderos y más características se hayan establecido claramente en el proceso ANALISIS DEL CASO EN RELACION A LA ADHESION AL RECURSO DE APELACION en relación a la adhesión del recurso solicitado por el procurador judicial de los accionados no se acepta el pago procesal por cuanto en la contestación a la demanda de la parte accionada ha reconocido que el actor está en posesión del terreno que no lo reconoció que no se logró a llegar a la conciliación, por cuanto no compareció a la audiencia preliminar y es por eso las razones para que haya continuado a juicio en consecuencia al haber reconocido al contestar la demanda que la señora si está en posesión de sus terrenos por ende significa que no ha actuado de mala fe (1/4)°.

6.2.2 El recurso de apelación, se contrae a impugnar la valoración de la prueba, sobre la falta de comparecencia del perito, la prueba testimonial, la falta de exhibición de los documentos anunciados

como prueba, y en el punto 4, se refieren al allanamiento del demandado que ^arola° (sic) a fs. 48 y 49 y al completar la contestación fs. 55 y 56, indica: *“En virtud de lo manifestado, y por cuanto en mi alegato final indiqué a su autoridad de dicho allanamiento por parte del accionado, solicitando se declare con lugar mis pretensiones, lo cual no ha sido considerado por su autoridad en la motivación de la Resolución, considerando que se han lesionado mis derechos, (1/4)°*. La sentencia cuestionada, analiza los puntos relativos a la prueba nueva y los otros que tienen que ver con los medios probatorios actuados, concluyendo que, se confirma la sentencia de primer nivel, por no haber justificado la singularización e identificación del bien raíz, objeto de la pretensión, en cuanto el perito, no concurrió a sustentar el informe.

6.2.3 Se debe agregar que, vista la sentencia y el análisis realizado sobre la misma, encontramos que los jueces de instancia no dan respuesta a la inconformidad expresada por la recurrente al interponer el recurso vertical, respecto a que no se analiza el allanamiento que uno de los accionados realiza al contestar la demanda; en tanto que, en el recurso de casación la recurrente considera que, la sentencia ha sobrepasado los límites de la controversia, radicada únicamente en la parte que se oponen a la prescripción total del inmueble, y que se orienta al hecho cierto de no existir pronunciamiento en la sentencia impugnada sobre el allanamiento y, resolver la improcedencia de la demanda sobre toda la fracción de terreno, dentro de uno de mayor extensión, cuya prescripción adquisitiva de dominio se persigue, por lo que, el yerro que se acusa, es que se dejó de resolver un tema preciso que fue sometido a su decisión con la fundamentación del recurso de apelación, por lo que, se admite el cargo, **se CASA** la sentencia, y de conformidad con el artículo 273.3 del COGEP: *“Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos. (1/4)°* dicta sentencia de mérito con la siguiente motivación:

Primero.- Comparece la señora Rogelia Dolorosa Zambrano Cevallos, como fundamentos de hecho de su pretensión, expone que, desde el 10 de marzo del año 1996, se encuentra en posesión pacífica, continua, tranquila, a vista y presencia de quienes habitan en la parroquia rural Patricia Pilar, de un terreno de la extensión de 2.805,50m², ubicado en el sector de Patricia Pilar, cantón Quevedo, provincia de Los Ríos, que lo singulariza e identifica así: norte, con la vía al río Baba en 24,33m, 27.29m, 29.12m; sur, con terrenos del señor Oscar Azanza en 79,40m; este, terrenos del señor Wilson Solorzano, en 22.09m y 36.40m; y, al oeste, terrenos del señor Oscar Azanza en 23.54m. Que durante todo el tiempo, 22 años, sobre el predio, ha construido dos casas tipo villa con bloques, con techo de zinc y una de madera con techo de zinc, con cerramiento frontal de alambre de púas, viene habitando

con su familia, todos quienes le conocen y habitan en el sector le han reconocido y aceptado como dueña y señora de dicho predio. Como fundamentos de derecho, sustenta su pretensión en los artículos 603, 2392, 2393, 2397, 2401, 2410 del Código Civil.

Segundo.- Citados los demandados José Fernando Montesdeoca Cedeño y Jorge Fernando Freire Montesdeoca, comparece al proceso el primero de los nombrados, expone que no se opone en parte a la pretensión de la actora; presenta oposición en cuanto a que, en el vértice del lindero norte y oeste se debe respetar la construcción íntegra del antiguo Retén de la Policía Nacional, la actora se ha metido aproximadamente 3.68 metros y no ha estado en posesión de esa parte; luego agrega que, es verdad que la actora está en posesión de una parte de ese terreno, que la posesión ha sido pacífica, tranquila e ininterrumpida, que ha introducido mejoras; y, que no es verdad que el lote de terreno materia de la posesión de la actora este dentro de la hacienda ^aTres Hermanos^o de su propiedad, pues el lugar donde está el lote en litigio pertenece a otro propietario.

Tercero.- El demandado Jorge Fernando Freire Montesdeoca no contestó la demanda, por lo que, de conformidad con el artículo 157 del COGEP, se tiene como negativa de los fundamentos de la demanda; José Fernando Montesdeoca Cedeño, en el escrito con el que contesta la demanda y en el posterior que presenta para completarla por orden judicial, si bien por una parte afirma que no se opone en parte a la pretensión de la actora, luego sostiene que, no es verdad que ese lote de terreno sea parte de la hacienda de su propiedad, ^a *¼ el lugar donde está el lote en litigio pertenece a otro propietario*^o.

Cuarto.- El artículo 151 del COGEP, manda: *“Forma y contenido de la contestación. La contestación a la demanda se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los requisitos formales previstos para la demanda.”*, norma adjetiva que debe interpretarse en relación y concordancia con los artículos 4 y 294 del COGEP, que ordena fundamentarlos, lo que implica que, lo expuesto en los actos de proposición (escritos de demanda y contestación), cobran vigor en el ejercicio de los derechos en la correspondiente audiencia oral, lo que tiene mayor sentido cuando en el artículo 258 *ibídem*, que se refiere a la fundamentación del recurso de apelación último inciso señala: *“El apelante hará valer sus derechos en audiencia.”*, lo que explica que, aun existiendo demanda y contestación escritas, la falta de comparecencia a las audiencias tiene los efectos previstos en el artículo 87 del mismo cuerpo legal: *“Efectos de la falta de comparecencia a las audiencias. En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios: 1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono. Si comparece la parte actora sin su defensor, la o el juzgador suspenderá*

la audiencia y la volverá a convocar, por una sola vez, a petición de parte. 2. Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos. Sin embargo, en caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre^{1/4}.

Quinto.- Consta en el expediente (fs. 67/81), la escritura pública de procuración judicial otorgada por los dos accionados a favor de los abogados Jaime David Alvarez Bazarro y Byron Ramiro Enríquez Martínez; el abogado Alvarez Bazarro, se ha integrado a la audiencia preliminar luego que el Juez se pronunció sobre los medios probatorios anunciados por la parte accionante, perdiendo, de conformidad con el artículo 87 ya citado, la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos, en este caso, ya superadas las etapas procesales previstas en el artículo 294, específicamente en el punto ^a 3. *La o el juzgador ofrecerá la palabra a la parte actora que expondrá los fundamentos de su demanda. Luego intervendrá la parte demandada, fundamentando su contestación y reconvención, de existir^{1/4}.* La falta de fundamentación de la contestación a la demanda en la audiencia preliminar, tiene como efecto ser considerada no interpuesta, en relación con la pérdida de la oportunidad procesal de sustentarla, por lo que, la controversia se contrae a la pretensión propuesta por la actora en su acto de proposición, adquirir por el modo prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, una fracción de terreno (2.805,50 m2.) de uno de mayor extensión de propiedad de los accionados (19.41 hectáreas), remanente, certificado del Registro de la Propiedad fojas 12/15, y la negativa de los fundamentos de la demanda; cuanto más que, la defensa técnica de la actora, en la audiencia y al momento de determinar el objeto de la controversia, no puso ninguna objeción ni pidió al juez pronunciamiento sobre el supuesto allanamiento tantas veces referido.

Sexto.- En el considerando inmediato anterior, nos referimos como ^a supuesto allanamiento^o, que es lo que viene reclamando la actora, jurídicamente, no cumple los presupuestos que determina el COGEP para esta forma extraordinaria de conclusión del proceso, a más de lo anotado respecto a la falta de fundamentación en la audiencia y por lo tanto en el momento procesal oportuno, por las siguientes razones: a) en el tiempo que concede la ley para contestar la demanda, compareció al proceso únicamente uno de los demandados, José Fernando Montedeoca Cedeño, no todos quienes integran la parte demandada, la falta de comparecencia de uno de ellos, se tiene como negativa de los fundamentos de la demanda; conforme se anotó en el considerando segundo; b) el señor Montesdeoca Cedeño afirma que, es verdad que la actora está en posesión de una parte de ese terreno, que la posesión ha sido pacífica, tranquila e ininterrumpida, que ha introducido mejoras, pero luego sostiene que, no es verdad que el lote de terreno materia de la posesión de la actora este dentro de la hacienda

^aTres Hermanos^o de su propiedad, pues el lugar donde está el lote en litigio pertenece a otro propietario, por lo que más bien se opone a que el bien cuya prescripción se demanda, forme parte del bien raíz cuya propiedad le pertenece conjuntamente con el otro demandado, por lo tanto no puede ser considerado que acepta como ciertas las pretensiones de la actora; y, c) los hechos admitidos, no pueden probarse por medio de declaración de parte, artículo 242 del COGEP.

Séptimo.- Por el análisis que antecede, el objeto de la litis comprende toda la fracción de terreno que se pretende prescribir. Los siguientes artículos que se citan, todos del Código Civil, permite analizar lo que es materia de la pretensión y su procedencia: el 603 enumera los modos de adquirir el dominio y entre ellos la prescripción; el 2392 define la prescripción como *^aUn modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones y derechos ajenos por haber poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales^o*; el 2398 manda que, 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; y el 2410, señala los requisitos para la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio para los bienes corporales inmuebles. De las normas legales citadas, respecto a la procedibilidad de esta pretensión, nuestra jurisprudencia en fallos reiterados ha sostenido que, se debe probar en forma concurrente los siguientes requisitos: a) posesión pública, pacífica, no interrumpida, actual y exclusiva de un bien raíz que se encuentre en el comercio humano, es decir que sea susceptible de esa posesión; b) que la tenencia se haya ejercido con ánimo de señor y dueño; c) que la posesión haya durado el tiempo previsto por la ley, que en la especie deben ser al menos quince años; d) que la acción se dirija contra el titular del derecho de dominio que debe constar en el correspondiente certificado del registro de la propiedad (resoluciones de triple reiteración, publicadas en la Gaceta Judicial Serie XVI, N ° 15, pp. 4203 a 4206); y, e) individualización del bien, pues la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio únicamente se puede declarar respecto de una cosa determinada, singularizada, cuya superficie, linderos y más características se hayan establecido claramente en el proceso.

Octavo.- Los requisitos antes indicados se los debe justificar conforme se anotó en forma concurrente. En la inspección judicial realizada en este proceso, se deja constancia que, se trata de un solar medianero, están emplazadas tres construcciones pequeñas mixtas y de bloque, al momento de la diligencia está la actora, sostiene que vive ahí con su familia y fue ella quien facilitó el ingreso a la comitiva judicial. El Juez ordena que sea el perito, quien en su informe, consigne las medidas y demás especificaciones técnicas sobre el bien raíz; el Ingeniero, Gustavo Castelo Juez Rivera, no compareció a la audiencia de juicio a sustentar su informe técnico, de conformidad con el artículo 222 inciso tercero del COGEP: ^a(1/4) *En caso de inasistencia injustificada, su informe no tendrá eficacia*

probatoria y perderá su acreditación en el registro del Consejo de la Judicatura.º, en consecuencia, no se cumple con uno de los requisitos indispensables para la procedencia de la pretensión, la individualización del bien, cuanto más que, en el acto de proposición de la demanda se singulariza un lote de terreno que conforme se sostiene, forma parte de otro de mayor extensión que es de propiedad de los demandados conforme el certificado del Registro de la Propiedad, se requiere entonces para cumplir con este requisito, que técnicamente se demuestre, a más de la ubicación, linderos y dimensiones, que aquel forma parte del bien cuya titularidad se demuestra con instrumento público, para concluir con objetividad y técnicamente, que los llamados a contradecir la pretensión, son las personas contra quienes se ha dirigido la demanda, porque el bien que la actora está en posesión, forma parte del que se justifica la propiedad.

Noveno.- En cuanto a lo solicitado por la actora en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, este Tribunal no encuentra que exista incorrección en la actuación de los jueces que han intervenido en la tramitación de este juicio; tampoco fraude procesal de la parte demandada; y finalmente, sin costas ni honorarios que regular, el ejercicio del derecho a la acción, así como el de contradicción, no es abusivo, malicioso ni temerario.

DECISIÓN: Por las razones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ^a ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICAº, declara, sin lugar la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio propuesta por Rogelia Dolorosa Zambrano Cevallos en contra de Jorge Fernando Freire Montesdeoca y José Fernando Montesdeoca Cedeño. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia.

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO
JUEZ NACIONAL (E)

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES
JUEZA NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

134477869-DFE

Juicio No. 09332-2018-03827

JUEZ PONENTE: MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES, JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)**AUTOR/A: MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL.** Quito, martes 20 de octubre del 2020, las 12h41. VISTOS:

Para resolver el RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por MIGUEL ÁNGEL ARRIAGA ARROYO del auto interlocutorio pronunciado por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, se considera.

1.- ANTECEDENTES

1.1 Miguel Ángel Arriagada Arroyo interpuso recurso de casación del auto interlocutorio de 4 de septiembre del 2019, pronunciado por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que negó la alegación de nulidad procesal, rechazó el recurso de apelación que le fuera en grado y confirmó la sentencia de primera instancia que declaró con lugar la demanda presentada por Isabel María Quezada Raffo, cuya pretensión consistía en el cobro de la comisión por la venta de un inmueble y dispuso que el demandado pagara la suma de USD \$ 24.600 dólares de los Estados Unidos de América por concepto de corretaje.

1.2 Calificado y admitido a trámite el recurso el Tribunal señaló el 22 de julio del 2020 para la audiencia prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos. En el día y hora fijados se dio inicio a la diligencia y se concedió la palabra al Ab. Roberto Esteban Molina Ruales, procurador judicial del recurrente, quien dijo que presentó la casación por tres cargos. Fundamentó, en primer lugar, el caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por errónea interpretación de los preceptos aplicables a la valoración de la prueba. Precisó que lo hace, en primer término, porque esta causa es la única que permitiría el tribunal de casación revisar la valoración de la prueba que obra de autos; citó jurisprudencia relacionada, entre otros, el fallo del caso 107, publicado en R. O. 84, de 11 de noviembre del 2010. El recurrente insistió en que la valoración de la prueba permitiría determinar cuál es el lugar del domicilio del demandado, para establecer la competencia de los jueces en razón del territorio. Según dijo, en la sentencia de segunda instancia, los juzgadores invocaron las normas de los artículos 160 y 164 del Código Orgánico General de Procesos, pero hicieron una errónea interpretación del alcance de estas reglas, especialmente, porque no las relacionan con los documentos de fs. 48 y 50 del proceso, pues, de haberlo hecho, habrían concluido

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES
JUEZA NACIONAL (E)
C=QUITO
CE=QUJENCA
CI08753890
0704888822

que el domicilio del actor no es en el sitio en el cual fue citado, sino en el cantón Samborondón y, de conformidad con el artículo 9 del mismo Código, ello influiría en la fijación de la competencia del juez que conoció y resolvió la causa. La falta de examen de la prueba privó al demandado de su juez natural y, según dijo, vulneró las garantías del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva. Pidió considerar que, conforme la jurisprudencia constitucional recogida en el libro de Cedex, que analiza el artículo 75 de la Constitución y establece que la tutela judicial efectiva comprende el derecho a ser juzgado por un juez natural e imparcial, por lo que la omisión de este deber configura el cargo casacional, que corresponde al caso cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Sostuvo que la falta de valoración de la prueba, por errónea interpretación, devino en vulneración del artículo 75 de la Constitución de la República, porque el juicio se tramitó ante un juez incompetente. Respecto al segundo cargo, por el caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se preguntó sobre los hechos que estaban facultados a revisar los jueces y se interrogó si el demandado fue citado legalmente? Concluyó que era imposible citar legalmente si el juez era incompetente; aseveró que procede el cargo, porque la sentencia recurrida invoca dos reglas de los artículos 160 y 164 del Código Orgánico General de Procesos, pero las interpreta mal, pues los jueces hacen una valoración errada de las piezas procesales, para llegar a la conclusión de que el demandado fue legalmente citado, al Tribunal le faltó valorar los documentos a la luz de los artículos 45 del Código Civil, 53 y 55 del Código Orgánico General de Procesos, normas que distinguen entre la citación por boletas y en persona. Pidió revisar el proceso y constatar que la accionante solicitó en la demanda la citación en el domicilio y lugar de trabajo, señalando la misma dirección, en la providencia de 4 de mayo (sic) el Juzgador ordenó la citación del demandado Miguel Ángel Arriagada Arroyo ^aen el domicilio señalado^o, luego, en providencia de 2 de octubre del 2018, se calificó la reforma a la demanda y se ordenó citar al demandado ^aen el lugar indicado^o; en los oficios que se enviaron para el acto de citación se dispuso citar a Miguel Ángel Arriagada Arroyo en la ^aempresa Textilera Visex S.A^o. y, en el acta de citación de 23 de noviembre del 2018, la diligencia se cumplió ^apor boleta número 1^o, luego el funcionario puso una razón en el sentido de que se citó en persona al demandado. Esta indebida citación, aseguró, llevó a la vulneración del artículo 75 de la Constitución, que garantiza la tutela judicial efectiva, que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional publicada por Cedex, comprende todas las etapas del proceso. En cuanto al cargo del caso 2 afirmó que en la casación se ha establecido que la subespecie es por adoptar decisiones contradictorias, pues la resolución de segunda instancia se centró en la apelación, que estuvo fundamentada en la nulidad procesal, sin embargo, en la parte resolutive, el Tribunal se pronunció de esta manera: *^aPor las consideraciones anotadas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, resuelve rechazar el recurso de apelación que ha subido en grado, al no existir fundamentación y, en consecuencia, queda en firme la sentencia emitida, disponiéndose, en*

consecuencia, que se remita el expediente al juzgado de origen para que se ejecute el fallo°. De la cita el recurrente coligió que la resolución es contradictoria, pues se dio paso a la apelación, porque existió fundamentación, constante en el escrito de interposición en el cual se reclamó la nulidad procesal. En relación al caso 5, acusó a la sentencia de incurrir en yerro, por la no aplicación de los fallos de jurisprudencia obligatoria, respeto a la citación y concluyó solicitando que se case la ^asentencia° impugnada y que se declare la nulidad por falta de competencia del juzgador o por lo que el tribunal considere pertinente. La patrocinadora de la actora, en ejercicio del derecho de contradicción, manifestó que sería bueno tomar en cuenta la exposición, de no ser porque la casación se fundamentó en los casos 2, 4 y 5, sin precisar en qué consisten las contradicciones, analizó que el recurso ataca la omisión en la citación porque el domicilio del demandado no está en Guayaquil sino en Samborondón, punto que debería examinarse en el evento de que el demandado hubiera aportado alguna prueba al respecto. La actora, a través de su abogada, señaló que el Tribunal de Segunda Instancia no valoró prueba, porque no se presentó ninguna, es más, pidió considerar que el demandado anunció prueba al momento de apelar, pero que en la audiencia de segunda instancia renunció a las pruebas anunciadas. Hizo notar que si el demandado ataca hechos debía aportar prueba y, si bien hay un anuncio de prueba, por la renuncia expresa, finalmente no se practicó ninguna relacionada con la determinación del domicilio del demandado y con la forma de la citación. Pidió tomar en cuenta que la defensa es el ejercicio de un derecho, pero si no se acreditan los hechos no hay prueba que valorar. Respecto de la citación, dejó constancia de que el Tribunal de la Corte Provincial analizó el contenido del acta de citación que se practicó en persona, forma de citación que no requiere que se efectúe en un lugar determinado, hizo notar que la citación en persona se realizó con la entrega de un documento conocido como boleta. Destacó que las actas del citador hacen fe pública, por lo cual, únicamente una prueba contundente puede destruir esta condición. La procuradora pidió revisar el acta de citación, que no es una prueba sino un documento público, con el cual se concluiría que el demandado sí fue citado y si no compareció al proceso fue porque no quiso hacerlo y, por el contrario, esperó a la que se dictara sentencia para impugnar las actuaciones procesales y pretender dejar sin efecto una acta de citación con sus afirmaciones sin demostrar nada. Según dijo, la nulidad procesal puede ser alegada únicamente invocando el caso 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Con estos antecedentes pidió rechazar el recurso. Escuchadas las intervenciones de los litigantes, por la complejidad del caso, el Tribunal suspendió la audiencia, una vez reinstalada, emitió, por unanimidad, el pronunciamiento oral, corresponde hacerlo por escrito y se lo hace en estos términos.

2.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN. VALIDEZ PROCESAL

El Tribunal de Casación, integrado por los jueces doctores María de los Ángeles Montalvo Escobar (ponente), Pablo Fernando Valverde Orellana y Carlos Vinicio Pazos Medina, es competente para

conocer y resolver el recurso de casación, de conformidad con las disposiciones de los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 269 del Código Orgánico General de Procesos y con las Resoluciones números 197-2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura y 07-2019 de la Corte Nacional de Justicia.

2.2. En el trámite del recurso de casación no se aprecia omisión de solemnidad que pudiera influir en la decisión.

3.- FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN Y AUTO DE ADMISIBILIDAD

3.1 En el escrito de 17 de octubre de 2019, completado el 2 de enero de 2020, el demandado interpone recurso de casación, lo hace con fundamento en los casos 2, 4 y 5 del Código Orgánico General de Procesos. Las normas de derecho que considera infringidas son los artículos 26, numeral 26, 75 y 426 de la Constitución de la República, 45 del Código Civil, 9, 53, 54, 55, 56, 109, 158, 160, 164, 169 del Código Orgánico General de Procesos, la jurisprudencia sobre la falta de prueba de la parte accionada, pronunciada por la Ex Corte Suprema de Justicia, fallo 29 de noviembre de 1999, publicado en el Registro Oficial N° 349 de miércoles 30 de marzo de 1999, respecto de la valoración probatoria, jurisprudencia de la Corte Constitucional: sentencias Nos. 177-12, septiembre ±CC Y 086-13, septiembre-CC; jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, resolución N°. 258-2001, Primera Sala, R.O. 416, 20iX2001, fallo de triple reiteración, jurisprudencia sobre la nulidad por falta de citación, Gacetas Judiciales, Serie VII, No. 1, pág. 55 y Serie IX, No. 15, pág. 1734.

3.2 En auto interlocutorio de 16 de enero de 2020, el señor Conjuez Nacional: Dr. Yuri Stalin Palomeque Luna, declaró la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por Miguel Ángel Arriaga Arroyo, por intermedio de su procurador judicial abogado Gonzalo Córdova Alvarado, respecto de los casos segundo, cuarto y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

4.- ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CASOS

4.1 El recurrente acusa al auto interlocutorio por tres casos, que serán analizados en forma independiente, el examen se realizará en el orden en que fueron fundamentados en la audiencia oral, lo cual respondía a la estrategia del procurador.

4.2 Caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos

4.2.1 De conformidad con la disposición del artículo 268.4 del Código Orgánico General de Procesos, procede la casación 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.

4.2.2 El recurrente sostiene que se ha producido una errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba y resalta que únicamente cuando se invoca esta causal la Corte Nacional de Justicia estaría habilitada para revisar la valoración de la prueba (expediente de casación 1017, R.O. S 84 de 12 de noviembre del 2010), lo cual, a su juicio, es necesario para permitir la aplicación de normas procesales relacionadas con la competencia territorial de los jueces.

4.2.3 En la fundamentación del recurso el casacionista no precisa cómo se produjo la violación de las normas acusadas como infringidas: artículos 9, 53, 54, 55, 56, 109, 158, 160, 164, 169 del Código Orgánico General de Procesos. De las normas, supuestamente infringidas, únicamente la del 164 del Código Orgánico General de Procesos contiene un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, esa norma dispone ^aPara 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^o.

4.2.4 Por la naturaleza de este recurso extraordinario el recurrente debía determinar las normas jurídicas violadas en la resolución de segunda instancia, estableciendo una conexión con el caso alegado. En la especie, las normas que acusa como transgredidas no tienen relación ni con el caso invocado ni con el contenido de la el auto interlocutorio impugnado, que únicamente cita los artículos 93, 94 y 250 del Código Orgánico General de Procesos y lo hace porque la facultad jurisdiccional del Tribunal de Apelación estuvo limitada por los fundamentos del recurso interpuesto por Miguel Ángel Arriaga, que determinó la competencia de los juzgadores que se contrajo exclusivamente a resolver la alegación de nulidad procesal por falta de citación. Es preciso destacar que en el escrito de apelación y fundamentación, presentado el 5 de junio del 2019, el demandado anunció prueba para que se practique en segunda instancia, no obstante, en el minuto 0.28 de la audiencia, a través de su procurador, señaló textualmente: *a la parte accionada en cuanto a la prueba nosotros desechamos la prueba para avanzar sobre la validez procesal^o*. En definitiva, las dos circunstancias concurrentes: por una parte que la apelación se presentó únicamente con la alegación de nulidad procesal por falta de citación y, por otra, el hecho de que el accionado, en la audiencia de apelación, renunció a la práctica de prueba, determinaron que el Tribunal no tuviera la necesidad de valorar prueba para emitir su resolución. En consecuencia, el cargo por el cual se acusa al auto de segunda instancia carece de

lógica y no procede la casación por este motivo.

4.3 Caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos

4.3.1 Según la fundamentación del recurso hay violación de la ley en el auto de 4 de septiembre del 2019, que ratifica la validez procesal; el yerro, según el accionado-recurrente, está relacionado con la contradicción en que incurre la resolución. La norma que contiene el caso acusado dispone que procede la casación, 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.

4.3.2 Examinado el auto interlocutorio de 4 de septiembre del 2019, este Tribunal aprecia que existe una contradicción entre las partes expositiva y dispositiva, puesto que en la resolución los juzgadores expresan que *“el memorial que contiene el recurso de apelación planteado, sólo y únicamente se centra en la alegación de nulidad procesal, sin que se mencione en ningún momento argumentación o fundamentación en el tema de fondo, atacando la sentencia emitida por el juez de primer nivel”*, sin embargo, habiéndose establecido que el demandado sí fundamentó la apelación invocando la nulidad procesal, en la parte de la decisión o resolución *“Resuelve rechazar el recurso de apelación que ha subido en grado al no existir fundamentación y en consecuencia queda en firme la sentencia emitida”*. Es evidente la contradicción en el auto resolutorio que se sustenta, por una parte, en la existencia de fundamentación de la apelación y, por ello, se refiere a la nulidad procesal y no resuelve el asunto de fondo, y, por otra, dice que no existe fundamentación. Por tanto, existiendo un yerro en el auto impugnado este Tribunal casa la resolución por este cargo y procede a emitir la resolución que corresponde.

4.4 Caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos

4.4.1 La casación por este caso procede 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.

4.4.2 El casacionista acusa a la resolución de falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que debieron ser determinantes en la parte dispositiva de la sentencia: Corte Constitucional sentencias Nos. 177-12, septiembre ±CC Y 086-13, septiembre-CC; Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, resolución N°. 258-2001, Primera Sala, R.O. 416, 20-IX- 2001 -fallo de triple reiteración-. Las normas de derecho sustantivo que considera infringidas son los Art. 66, numeral 26, Art. 75 y 426 de la Constitución de la República y Art. 45 del código Civil.

4.4.3 Los precedentes jurisprudenciales que, según el recurrente, no fueron aplicados se refieren a la importancia de la citación, a la citación por medios de comunicación y a la obligación de citar en el domicilio del demandado, cuando la citación se realiza por tres boletas. Ninguno de estos precedentes se relaciona con el cargo acusado, por tanto, tampoco hay conexión entre las circunstancias del proceso, los precedentes mencionados y el caso cinco en el que se fundamentó la casación, por lo que no procede casar el auto por este motivo.

5.- RESOLUCIÓN QUE CORRESPONDE

5.1 Como la casación se fundamenta en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en mérito de los autos, este Tribunal expide la resolución que corresponde.

5.2 Miguel Ángel Arriagada Arroyo comparece al proceso mediante escritos que obran a fs. 187 y 192 del cuaderno de primera instancia, lo hace luego de que el señor Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil: Santos Jonás Macías Suárez, pronunciara sentencia en su contra, dentro del procedimiento ordinario seguido por Isabel María Quezada Raffo por el cobro de una comisión. En el primer escrito solicita que se declare la nulidad de lo actuado por falta de citación y, en el segundo, interpone recurso de apelación de la sentencia porque, según dice, no recibió citación personal, el contenido del acta de citación no es verdadero y se lo debió citar en su domicilio que es un lugar conocido por la actora. Con estos antecedentes invoca, entre otros, los artículos 53, 54 y 55 del Código Orgánico General de Procesos que se refieren a la citación, a la citación personal y a la citación por boletas- y pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se declare sin lugar la demanda porque ^ajamás^o fue citado de manera personal ni por boletas. Convertido en tribunal de instancia, la resolución se contrae a examinar la legalidad y eficacia del acto procesal de citación.

5.3 Del acta que obra a fs. 147 del expediente se desprende que ^a *En Guayaquil, siendo las 12:25 del día 28 de noviembre del 2018, se procede a registrar la diligencia de citación correspondiente al proceso judicial Nã09332201803827, dispuesto por el Ab. Macías Suárez Santos Jonás, a la o el señor/a Miguel Ángel Arriagada Arroyo, con C.C. o Ruc (1/4) en la dirección Guayas, Guayaquil, Cabecera Cantonal y Capital de provincial, empresa Textilera Disex S.A., Lotización Inmaconsa 2, calles B, entre Beta y Gama, a la altura del Km. 12 Vía a Daule, atrás del Registro Civil de Peca, subiendo por Tualt, portón de entrada color negro, se lo realizó en persona. Diligencia efectuada, boleta 1 entregado el día viernes 23 de noviembre de 2018, a las 14:40. Observaciones: La citación a Miguel Ángel Arriagada Arroyo se practicó en persona en la dirección establecida en la demanda. Lo certifico^o, firma Ayoví Ayoví Oswaldo Silmar.*

5.4 El argumento central por el cual el demandado pretende que se declare la nulidad procesal, consiste en que no fue citado en debida forma. Como se señaló anteriormente la citación es una

especie del género actos de comunicación, tiene por objeto hacer efectivo el principio procesal de información, que, según nuestro sistema legal, se conjuga con los de celeridad y lealtad en el debate judicial y con el principio procesal de trascendencia, en virtud del cual únicamente cabe la nulidad cuando la parte no ha conocido efectivamente la disposición que le ordena cumplir algo. Un ejemplo de la posición normativa es el artículo 108 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone que para que se declare la nulidad pro falta de citación con la demanda, es necesario que esta omisión haya impedido que la o el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y reclame por tal omisión. En el Ecuador, para el manejo de la citación y notificación, como actos de comunicación, se ha aplicado la teoría de conocimiento, ^a *Que se compenetra con la finalidad de la actuación, de manera que si el interesado tomó noticia fehaciente del contenido del acto que se le comunica, pierde trascendencia la nulidad por vicios formales que pudiera tener la diligencia de notificación*¹⁴. En suma, la síntesis encuentra que la notificación no consiste por sí misma en un mero formalismo, vale decir, que el conocimiento (que es el norte, el animus de las mismas) no está al servicio de la forma sino que, a la inversa, la forma no sería más que un valer del conocimiento^o (Gozaíni, Osvaldo, Elementos del Derecho Procesal Civil, Ediar, 2005, p. 130-131). En la especie, el funcionario judicial da fe de que la citación se realizó en persona, por tanto, el acto procesal bien pudo cumplirse en cualquier lugar, día y hora, como lo dispone el artículo 54 del Código Orgánico General de Procesos. El hecho de que el acta contenga la expresión boleta 1 no tiene trascendencia, pues la citación no es un mero formalismo y si, tanto en el acta como en las observaciones, el fedatario anota que la citación se practicó en persona, no hay razón para que el acto de comunicación se considere viciado por la inclusión de la expresión boleta 1, que, en realidad, en la práctica significa que se entregó al citado las copias de los documentos que contienen el acto de proposición y la calificación respectiva. La alegación de nulidad del demandado se basa en un mero formalismo lo que la vuelve inaceptable, porque, además, no ha justificado ninguna de sus aseveraciones. Por otra parte, el argumento nuevo relacionado con la incompetencia del juez, fue introducido posteriormente al escrito de fundamentación de la apelación y, tampoco, vicia el procedimiento, porque la competencia territorial es prorrogable. En definitiva, el proceso no adolece de nulidad, por lo cual se ratifica la validez declarada por el señor Juez de Primera Instancia y se niega la apelación presentada

6.- DECISIÓN

Por estas consideraciones, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, CASA el auto interlocutorio recurrido, corrige el error de incongruencia, declara sin lugar la apelación y, por las razones expuestas, queda en firme la sentencia de primera instancia. Sin costas ni honorarios que regular en este nivel. Notifíquese.

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO

JUEZ NACIONAL

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

134461298-DFE

Juicio No. 17230-2017-12564

JUEZ PONENTE: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**AUTOR/A: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y****MERCANTÍL.** Quito, martes 20 de octubre del 2020, las 11h11. **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 Carmen Alexandra Ortega Manosalvas, el que, ha sido admitido a trámite mediante auto emitido el 10 de septiembre de 2019, las 12h17 por el Conjuez competente de esta Sala Especializada, constante a fs. 3-4 del expediente de casación.**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 la señora doctora María de los Ángeles Montalvo Escobar, y a los señores doctores Pablo Fernando Valverde Orellana y Carlos Vinicio Pazos Medina, este último en calidad de ponente, según oficios números 2368-SG-CNJ-ROG, 2369-SG-CNJ-ROG y 2370 SG-CNJ-ROG respectivamente 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**2.1. ANTECEDENTES**

Carmen Alexandra Ortega Manosalvas, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 13 de junio de 2019, las 16h01, por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del juicio ordinario que por daño moral sigue en su contra Willian Hernán Yáñez Punin.

Realizada la audiencia de debate prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, el día jueves 01 de octubre de 2020, y emitida en ella la decisión mediante el pronunciamiento oral

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
CAROLINA DE
PAZOS MEDINA
C=ECUADOR
E=QUITO
CI=08753890
070258822

respectivo, en sujeción a lo previsto en el artículo 93 ibídem, este Tribunal pasa a motivarla por escrito en los siguientes términos:

2.2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

2.2.1. Con fundamento en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, sostiene la recurrente que la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley, que en la parte dispositiva de la misma se han adoptado decisiones contradictorias y que carece de motivación. Expresa que el accionante ha ejercido sobre ella acoso y persecución, con el único fin de alcanzar un beneficio económico, bajo el argumento de que ha sido víctima de daño moral; aduce, que el actor no ha logrado probar los argumentos esgrimidos en su demanda, la que carece de sustento legal, fáctico, procesal y doctrinario, puesto que no se ajusta a la institucionalidad del daño moral, sino que ha perseguido intereses meramente económicos por la ambición desmedida del actor, quien más bien le ha causado perjuicio y mucho daño.

Al amparo del caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, expresa la recurrente, que la prueba documental y testimonial practicada en primera instancia y que consta mencionada en el considerando SEXTO de la sentencia impugnada, ha sido mal valorada, pues ni siquiera se ha mencionado, y peor considerado en el fallo, la prueba que practicó en calidad de demandada, lo cual constituye una violación al principio de imparcialidad previsto en el artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial; y que, las normas violentadas en la sentencia impugnada son las contempladas en el artículo 158, 161, 162, 169, 186, 187, 195, 199, 207, 211 y 266 del Código Orgánico General de Procesos ^aDe esta manera identifiqué plenamente las pruebas de la parte actora que han sido mal valoradas así como las Normas de Derecho Procesal que fueron vulneradas con respecto de la sentencia dictada por vuestras Señorías.°

Aduce la recurrente, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 del COGEP, la prueba tiene como finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas, pero que aquello no se ha cumplido, ya que la prueba del accionante que ha sido valorada por el Tribunal de instancia no goza de un criterio motivacional que pueda llegar a sustentar la pretensión principal, esto es, la existencia de un presunto daño moral. Sostiene que, bajo esta premisa las pruebas documentales que practicó la parte actora y que han sido mal valoradas por los jueces de instancia, guardan nexo con las normas procesales invocadas anteriormente conllevando a que se infrinja la esencia de la prueba, desde su finalidad, necesidad, valoración en conjunto y sobre todo la carga probatoria, que es trascendental para poder justificar las pretensiones demandadas.

Expresa que la prueba documental presentada por el demandante, no puede llevar a la conclusión de que es responsable directa del daño moral, puesto que al tratarse de procesos de familia, en nada han podido probar la existencia del ilícito demandado, de igual forma, con el informe psiquiátrico, tampoco se ha podido determinar que el actor es víctima de un daño psicológico, por el contrario, aduce, que en el se llega a la conclusión de que es una persona con caracteres normales de personalidad y que guarda ciertos rasgos de agresividad, y que el actor dejó de acudir al tratamiento incumpliendo con el diagnóstico médico; valorándose dicha prueba sin tener la minuciosidad suficiente en su análisis, lo que ha llevado a una conclusión errada de considerarla responsable del daño moral demandado.

Arguye que los jueces de instancia realizan una indebida valoración de su declaración de parte, al señalar que en ella reconoce un comportamiento desleal hacia el actor, pero que esa afirmación es realizada de manera deliberada por los juzgadores y no deviene de alguna afirmación o aseveración realizada por su persona. En relación a la prueba testimonial, señala que las declaraciones de los testigos anunciados por la parte accionante no guardan relación entre sí, que cada testigo acomodó su versión para beneficio del actor y mal pueden ser valorados como testigos idóneos al ser compañeros policías y amigos íntimos del actor, debiendo considerarse, además, que uno de ellos ni siquiera sabía la dirección ni la casa donde tenían conformado el hogar común. En virtud de lo expuesto, afirma que la sentencia incurre en errónea interpretación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que han conducido a una equivocada aplicación del artículo 2232 del Código Civil, por cuanto el accionante nunca logró probar que se le ha provocado daño moral.

2.2.2. Por su parte, el doctor Gabriel Morales Gallegos, defensa técnica del accionante, en la audiencia respectiva, alegó que el recurso de casación es un recurso extraordinario; que la exposición realizada por la defensa técnica de la demandada, confirma los hechos por los cuales se dio origen al presente juicio, esto es, el embarazo de una persona que no era su cónyuge. Aduce que lo que la parte recurrente pretende, es que se vuelva a valorar la prueba, lo cual no es posible en casación. Expresa, que la sentencia emitida por el Tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha cumple con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley, por lo que la sentencia se encuentra motivada. En tal virtud, solicita se deseche el recurso de casación planteado por falta de fundamentación.

2.3. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA RESOLUCIÓN DEL CASO.

2.3.1. Constitución de la República, artículo 76.7.1) *a* En todo proceso en el que se determinen

derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.º

2.3.2. Código Orgánico General de Procesos: artículo 89 *ª 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.º*; artículo 164 *ª 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.º*; artículo 169 *ª Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.º*

2.3.3. Código Civil: artículo 2214 *ª El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.º*; y, artículo 2232 *ª En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de*

difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.º

TERCERO: PROBLEMA JURÍDICO

Bajo los argumentos esgrimidos por la recurrente, a este Tribunal le corresponde resolver:

- a) Si la sentencia impugnada no contiene los requisitos exigidos por la ley, adopta decisiones contradictorias en su parte dispositiva; o, carece de motivación.
- b) Si el fallo impugnado incurre en errónea interpretación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que hayan conducido a la equivocada aplicación del artículo 2232 del Código Civil.

CUARTO: ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

4.1. PRIMER CARGO. Con fundamento en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, sostiene la recurrente que la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley, que en la parte dispositiva de la misma se han adoptado decisiones contradictorias y que carece de motivación. Expresa que el accionante ha ejercido sobre ella acoso y persecución, con el único fin de alcanzar un beneficio económico, bajo el argumento de que ha sido víctima de daño moral; aduce, que el actor no ha logrado probar los argumentos esgrimidos en su demanda, la que carece de sustento legal, fáctico, procesal y doctrinario, puesto que no se ajusta a la institucionalidad del daño moral, sino que ha perseguido intereses meramente económicos por la ambición desmedida del actor, quien más bien le ha causado perjuicio y mucho daño. Al respecto, este Tribunal considera:

El caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, prevé como motivo de casación:

º 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 De lo expuesto, deviene con claridad los supuestos bajo los que procede la presente causal: a) Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la Ley, ha de entenderse aquellos señalados en el artículo 95 del COGEP; b) Cuando en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, pues de existir aquella contradicción o incompatibilidad la sentencia se tornaría inejecutable; y, c) Falta de motivación, presupuesto que si bien consta como

requisito de la sentencia en el artículo 95.7 *ibídem*, connota especial transcendencia, no solo legal, sino constitucional, pues la consecuencia de su omisión no es otra que la nulidad.

La causal invocada tiene como propósito vigilar, entre otros aspectos, la correcta fundamentación de las resoluciones judiciales, al ser la motivación la mayor garantía de una correcta administración de justicia en un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro; consiste en argumentar e indicar cuáles fueron las razones por las cuales el juzgador optó por resolver el conflicto suscitado de una forma determinada, brindando al justiciable una explicación suficiente que garantice sus derechos, esta garantía se encuentra consagrada en la Constitución de la República y regulada en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 89 del Código Orgánico General de Procesos.

De la lectura de la sentencia impugnada, este Tribunal observa que ella cumple con todos los requisitos de forma previstos en el artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos: mención del juzgador que la pronuncia, fecha y lugar de su emisión, identificación de las partes, enunciación de los hechos, relación de los hechos probados, decisión sobre el fondo de la controversia. De igual forma, resulta evidente que su parte dispositiva no contiene decisiones contradictorias, que tornen imposible su ejecución, pues al revocar la sentencia de primera instancia, declara con lugar la demanda y ordena que la demandada pague la cantidad de diez mil dólares por concepto de daño moral al accionante. En virtud de lo expuesto, dichos cargos devienen en improcedentes.

Ahora bien, con respecto al cargo de falta de motivación, este Tribunal encuentra, que de la revisión de la sentencia impugnada, se observa que aquella, a la par de la responsabilidad, dispone que la demandada *“ Carmen Alexandra Ortega Manosalvas, pague al actor Willian Hernán Yáñez Punin, la cantidad de Diez Mil 00/100 Dólares Americanos, como compensación por el daño moral sufrido.”*, sin analizar en forma explícita y detallada los elementos sobre los cuales se ha establecido la responsabilidad de la demandada, y sin explicar cómo los antecedentes de hecho se subsumen en el hipotético previsto en el artículo 2232 del Código Civil que regula el daño moral, así pues, no existe una correcta concatenación entre las premisas y la conclusión por parte del Tribunal de instancia al momento de motivar el fallo que deje entrever el por qué de la declaración de la responsabilidad y el monto impuesto para su reparación, no se desprende un adecuado ejercicio de proporcionalidad entre la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta. Razón por la cual, al no aparecer reflejado este análisis en el fallo impugnado, no existe una correcta y adecuada fundamentación, con el rigor que exigen los principios de la argumentación jurídica; y, en consecuencia, la sentencia carece de lógica, pues no existe coherencia entre sus premisas y la conclusión a la que arriba en cuanto al monto indemnizatorio establecido, en esa virtud, este Tribunal, CASA PARCIALMENTE la sentencia impugnada y en atención a lo dispuesto en el artículo 273.3 del Código Orgánico General de Procesos, procede a dictar

sentencia de mérito, en los siguientes términos:

a) Willian Hernán Yáñez Punin demanda a Carmen Alexandra Ortega Manosalvas, el pago de cuarenta mil dólares americanos por concepto de daño moral causado al haber manchado su reputación, honra y buen nombre por engañar y ocultar la identidad del verdadero padre biológico del niño Willian Mateo Yáñez Ortega, quien fue concebido cuando se encontraba casado con la accionada, pero no es su hijo biológico, lo cual conoce recién en el año 2013 en virtud de una prueba de ADN realizada con el menor; motivo por el cual, en el año 2015, presentó una demanda de impugnación de paternidad, a la que la demandada se allanó; y, en tal virtud se declaró que Willian Hernán Yáñez Punin no es padre biológico del menor de edad William Mateo Yáñez Ortega.

b) La demandada, por su parte, contesta a la demanda aduciendo que en una de las tantas crisis que tuvieron como pareja, habían decidido verbalmente separarse en forma definitiva, y que en ese lapso de ruptura en el que tanto el actor como ella mantenían otras relaciones sentimentales, quedó embarazada, pero que a fin de retomar el matrimonio, el accionante la convenció de que trataría al niño como su hijo y lo reconocería como tal, lo cual hizo el accionante en forma libre y voluntaria sin coacción que vicie su consentimiento. Expresó también, que la infidelidad no se dio dentro del matrimonio, pues se encontraban separados y que, en ese hipotético caso, ello no pasaría de ser una causal de divorcio, pero jamás daño moral, y que este juicio lo asume como un acto claro de persecución y ejercicio de poder en su contra.

En este punto se considera pertinente precisar, que las normas que regulan la obligación de indemnizar a título de reparación el daño moral, protegen los derechos e intereses de carácter inmaterial de una persona, con independencia de toda actividad económica; daños que pueden afectar su nombre, su honor, su libertad de conciencia, de expresión, de culto, su crédito, su integridad corporal y otros componentes de los atributos de la personalidad; ya sea por el cometimiento de un delito, o un ilícito civil, cuando el daño, es su resultado próximo. Y, para su procedencia, han de probarse los siguientes requisitos: 1. Daño que pueda imputarse a malicia o negligencia; 2. Gravedad del daño y la falta. 3. Resultado de acción u omisión ilícita.

^a El daño moral puede no tener ningún efecto patrimonial, ser meramente moral. Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. El daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que

proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie el dolor o sufrimientos que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral¹

Ahora bien, determinada para este Tribunal la responsabilidad de la accionada, corresponde establecer la concurrencia de varios aspectos que coadyuvan a determinar el valor pecuniario asequible a las partes en atención al daño causado y las circunstancias que rodean a los ex cónyuges.

Se debe tomar como referencia que la demandada, efectivamente, reconoció la existencia del embarazo fuera del matrimonio; sin embargo, tuvo el resultado de no haber proseguido con el procedimiento de conocimiento en su contra, que, de su parte, lo argumenta procesalmente injustificado (impugnación de paternidad signada con el número 2015-16142 sustanciada en la Unidad Judicial Tercera de la Niñez y Adolescencia del cantón Quito), pero por el contrario, a la brevedad posible, se allanó al mismo, concluyendo dicho proceso con la aceptación de la demanda, determinándose que el accionante no es padre biológico del niño William Mateo Yáñez Ortega. En este mismo sentido, tenemos también la no objeción de la accionada respecto a la administración de bienes de la sociedad conyugal, como lo relativo a la cesión del 50% del departamento, entre otros, que entrevén asentimiento con el acto ilícito.

Otro aspecto a considerar, a fin de establecer el monto indemnizatorio, es la calidad de servidora pública de la accionante, que, ciertamente, determina que cuenta con ingresos económicos estables para cumplir con sus obligaciones propias e impuestas.

Y, lógicamente, como consecuencia en aquello, sin lugar a dudas se produce una afectación directa del demandado trátese como detrimento emocional y financiero, este último al imperar gastos de índole personal, especialmente desde que tuvo conocimiento del acto ilícito -entiéndase con el informe emitido por el Laboratorio Clínico SERVILAB en fecha 05 de julio de 2013 respecto a la prueba de ADN realizada con el niño William Mateo Yáñez Ortega - hasta la consecución de la acción de impugnación de paternidad, cuya sentencia se emitió el 15 de marzo de 2016, las 14h06. En

¹ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago-Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005. Pp. 164 -165.

consecuencia, conforme el artículo 2232 del Código Civil, que impone la obligación de indemnizar *a título de reparación, a quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta*, procurándose un valor equitativo, en atención a las consideraciones precedentes, se hace necesario fijar en concepto de daño moral la cantidad de cinco mil dólares.

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° al CASAR PARCIALMENTE la sentencia declara con lugar la demanda, ordenando que la demandada Carmen Alexandra Ortega Manosalvas, pague al accionante Willian Hernán Yánez Punin, la cantidad de cinco mil dólares como valor indemnizatorio por el daño moral sufrido. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia.

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO
JUEZ NACIONAL

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES
JUEZA NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

127064043-DFE

Juicio No. 09332-2017-07104

**JUEZ PONENTE: VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)****AUTOR/A: VALVERDE ORELLANA PABLO FERNANDO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL. Quito, martes 7 de julio del 2020, las 08h34. **VISTOS:** Este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conoce el recurso extraordinario de casación interpuesto en el juicio ordinario cuya pretensión es la reivindicación de un inmueble, propuesto por Jorge Enrique Díaz Hernández en contra de Gina Elizabeth Díaz Hernández.

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: Los que suscribimos, doctora María de los Ángeles Montalvo Escobar, doctores Pablo Fernando Valverde Orellana (Ponente) y Carlos Vinicio Pazos Medina, hemos sido designados y posesionados como Conjuceces Temporales de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución N° 197-2019 del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura; somos Jueces Encargados de la Sala de lo Civil y Mercantil, por la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia N° 07-2019 de 11 de diciembre de 2019, por lo que, tenemos competencia en la presente causa, acorde con lo que manda el artículo 184.1 de la Constitución del Ecuador, en correspondencia y armonía con los artículos 184 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2. ANTECEDENTES: 2.1 En juicio ordinario, Jorge Enrique Díaz Hernández, demanda a Gina Elizabeth Díaz Hernández, la reivindicación de una parte del solar No. 8 (2) de la manzana No. 1379, perteneciente al sector No. 91 de la Cooperativa Santiago Roldós, parroquia Ximena, ciudad de Guayaquil, adquirido mediante Resolución de Adjudicación hecha por el GAD Municipal de Guayaquil, el 10 de julio del 2014, protocolizada en la Notaria Trigésima del cantón Guayaquil el 22 de agosto del 2014, y debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad de ese cantón el 2 de septiembre de 2014. Sostiene que, la demandada Gina Elizabeth Díaz Hernández, en contra de su voluntad y sin ningún derecho, se ha introducido y permanece en una área de 24 metros cuadrados del solar antes descrito; que, previo a la adjudicación del inmueble *“1/4 se sustanció en la Comisaría Segunda Municipal del cantón Guayaquil, el litigio de tierras No. 2009-1351, que fue resuelto en fecha 19 de julio del 2013; a las 09h56, el mismo que en su parte resolutive, una vez que fue sustanciado en legal y debida forma, se me reconoció como legitimo poseionario en el 50% de área*

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
PABLO FERNANDO VALVERDE ORELLANA
JUEZ NACIONAL
C=ECUADOR
E=QUITO
C=QUINTA
C708753890
070459922

total del mencionado predio que originalmente correspondía o estaba identificado como el Solar Municipal No. 8, de la manzana 1379, de la Cooperativa Santiago Roldós, dicha Resolución se ejecutorió, toda vez que se interpuso Recurso de Apelación de manera extemporánea, tal como consta de la Resolución expedida el 28 de noviembre del 2013, suscrita por el Dr. Jacinto Loayza Mateus, consultor legal, delegado del Alcalde de Guayaquil.º; y que, la demandada, Gina Elizabeth Díaz Hernández, en una clara manifestación de abuso del derecho, interpuso una acción de amparo posesorio en la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, signada con el No. 2014-2336, que continua tramitándose, en virtud de la nulidad procesal dictada en auto de 4 de septiembre del 2014.

2.2 La demandada Gina Elizabeth Díaz Hernández, en el escrito de contestación a la demanda (fs. 39 a 40) opone las excepciones de negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, en virtud de haber vivido por más de 19 años en el inmueble objeto de la litis; falta de causa para demandar, por no haber despojado a nadie de la tenencia y posesión de inmueble alguno; prescripción, en razón de encontrarse en posesión con ánimo de señora y dueña por más de 19 años del inmueble objeto de la reivindicación; y litis pendencia, por estar en trámite el juicio de amparo posesorio No. 09332-2014-2336.

2.3 La sentencia de primera instancia, declara con lugar la demanda, dispone que la demandada Gina Elizabeth Díaz Hernández, en el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, restituya al actor Jorge Enrique Díaz Hernández, *“¼ la parte del inmueble que ocupa, esto es, los 24 m² (3m de frente por 8m de largo) dentro del terreno ubicado en la calle pública, entre la calle pública y calle pública, en la manzana No. 1379, perteneciente al sector No. 91, de la denominada Cooperativa Santiago Roldós, sitio en la Parroquia Urbana Ximena, de esta Ciudad de Guayaquil. Sin lugar el pago de daños y perjuicios y frutos, toda vez que no se ha demostrado que la demandada GINA ELIZABETH DIAZ HERNANDEZ haya sido posesionaria de mala fe¼º*

2.4 La sentencia emitida el 20 de junio de 2019 por el Tribunal de Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, al aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada, confirma el fallo de primer nivel, pero reformándolo en el siguiente sentido: *“¼ la parte actora ~~previo a la restitución del inmueble-~~, le debe pagar a la demandada por las mejoras útiles de acuerdo con las reglas del Art. 953 del Código Civil, cuya cuantía será determinada pericial y oportunamente; y una vez que pague a la demandada, esta deberá restituir el inmueble al actor en el término de treinta díasº.*

2.5 El Conjuetz competente para calificar el recurso extraordinario de casación interpuesto por la demandada, en virtud del sorteo realizado, Ab. Luis Antonio Cando Arévalo, lo admite a trámite, por

los casos 1, 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos -en adelante COGEP-; realizado el sorteo correspondiente, fijada la competencia, efectuada la audiencia prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, emitida en ella la decisión oral, este Tribunal, la sustenta por escrito de manera motivada, en los siguientes términos:

3.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO: El recurso de casación interpuesto por la accionada Gina Elizabeth Díaz Hernández se funda en los casos 1, 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, determinando como infringidas las normas de derecho contenidas en los artículos 11, numerales 1, 2 y 9, y 76 de la Constitución de República.

En la audiencia de fundamentación del recurso, los sujetos procesales comparecieron mediante videoconferencia. El Ab. Daniel Soledispa Sancan, defensa técnica de la demandada recurrente, manifestó en lo principal, sobre el caso 1, que la sentencia viola principios básicos del debido proceso, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. El actor confirió poder o procuración judicial, existe errónea interpretación de la ley, podía comparecer cuando tenga la calidad de demandado y él es actor, el proceso desde ahí está viciado. Respecto al caso 4, en el proceso consta una inspección judicial, el terreno era municipal, su patrocinada habita en el inmueble desde el año 2005, ella no ha despojado de manera violenta a nadie, prueba que fue ignorada por los jueces por lo que se ha hecho una errónea interpretación de la ley. No se refirió al caso 5.

El Ab. Manuel Isaac Encalada Solís, procurador judicial del actor, sobre lo manifestado en la causal uno, afirma que está facultado para comparecer en representación del actor, hay que analizar la integridad del documento; con relación a la causal cuarta, no existe disposición legal que indique que, el titular de una acción reivindicatoria tiene que probar que estaba en posesión, la Sala de la Corte Provincial, afirma que las excepciones no fueron sustentadas en la audiencia preliminar porque no compareció la demandada, en lo principal.

4. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES: La casación es un recurso extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, que tiene por objeto impugnar las sentencias o autos recurridos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las Cortes Provinciales o por los Tribunales Distritales, debiendo cumplir con los requisitos determinados en la Ley para su calificación, admisión

y procedencia. Tiene como finalidad el control de legalidad de las sentencias de instancia para la defensa de la normativa jurídica objetiva y por tanto, de la seguridad jurídica, la unificación de la jurisprudencia y la reparación de los agravios que pudiere ocasionar a las partes procesales una decisión judicial que infrinja las disposiciones jurídicas aplicables. Al respecto, Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre el recurso de casación, refiere que sus finalidades pueden ser: *“ ¼ de naturaleza pública, la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia; hay otro interés adicional, de naturaleza privada, el procurar la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido”*¹. De acuerdo con el principio dispositivo consagrado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución, en correspondencia y armonía con el artículo 5 del COGEP, los casos que se invocan en el recurso de casación, que han sido admitidos para conocimiento del Tribunal y que se los ha sustentado en la audiencia, constituyen el límite impuesto por la propia recurrente para el ejercicio del control de legalidad que debe efectuar el tribunal de casación.

5. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL: 5.1 ¿Existe indebida aplicación del artículo 43 del COGEP, el Procurador Judicial designado por el accionante estaba facultado para intervenir en este juicio?.

5.2 ¿Se cumple los presupuestos determinados en el caso 4 del artículo 268 del COGEP?

5.3 ¿Se cumple los presupuestos determinados en el caso 5 del artículo 268 del COGEP?

6. NORMATIVA Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS PARA LA RESOLUCION.-

6.1 El artículo 11, numerales 1, 2 y 9 de la Constitución de la República, manda: El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento; 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y

¹ Santiago Andrade Ubidia. La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 35

oportunidades. 9 El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

6.2 Artículo 76 de la Constitución: 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. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
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.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
 - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
 - e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
 - f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
 - g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
 - i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
 - j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
 - k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
 - 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.
 - m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

6.3 Artículo 43 del COGEP: *“La o el procurador judicial debe atenerse a los términos del poder. Requerirá clausula especial para sustituir la procuración judicial a favor de otro profesional, allanarse a la demanda, transigir, desistir de la acción o del recurso, aprobar convenios, absolver posiciones, deferir al juramento decisorio, recibir valores o la cosa sobre la cual versa el litigio o tomar posesión de ella. Lo mismo se aplica a la o al defensor autorizado que no tenga procuración judicial.”*

7. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS Y RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

7.1. Al interponer el recurso de casación, la señora Díaz Hernández, expresa que existe una falta de aplicación de las normas constitucionales que se cita en el numeral anterior, sin embargo no explica cómo se presenta el yerro, contrastando con la sentencia que ataca; enuncia reglas y principios, pero ni siquiera por ejemplo en el caso del artículo 76 de la Constitución, puntualiza que garantía básica es la que reclama se desatendió, ni identifica en qué parte de la sentencia se desconoce los principios o reglas constitucionales, no cabe violación en abstracto, por lo que no cumple con la necesaria exposición de cómo influye aquello. Además, las reglas operan dentro de un esquema de todo o nada, si los hechos que prevé se confirman, el resultado debe ser aplicado; los principios, no siguen esta lógica, no establecen un vínculo directo entre los hechos y la conclusión jurídica, constituyen mandatos de optimización, como lo sostiene Robert Alexy: *“mientras las reglas exigen fundamentalmente una interpretación literal, por cuanto su contenido se agota en su formulación lingüística, la interpretación de los principios requiere identificar y comprender a plenitud su finalidad y valores inmanentes, más allá de su consagración”*².

7.2 En cuanto a la interrogante planteada en el punto 4.1, la casacionista invocando el caso 1 del artículo 268 del COGEP, acusa que hay una indebida aplicación del artículo 43 del COGEP, sustenta su afirmación, en el sentido que el Procurador Judicial Ab. Manuel Isaac Encalada Solis, designado por el actor, no estaba facultado para intervenir en este juicio, la Procuración Judicial otorgada sólo le faculta para que intervenga en todas las causas iniciadas en contra de su mandante, y no en las que él es actor, esto provoca nulidad por falta de procuración para intervenir en este juicio ya que ostenta la

² Claudia Escobar, "El rol de las reglas en la era de los principios" en Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, 2010, p. 216.

calidad de actor.

7.2.1 El caso 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, prescribe: *“ Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el 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.º ”*.

7.2.2 Este caso, configura el vicio de violación de normas procesales que produce la nulidad insubsanable del proceso o causa indefensión a las partes; nulidad que puede ocurrir ya sea por indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación.

La causas o motivos que provocan la nulidad procesal se encuentran expresamente establecidas en el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, referido a las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos, a saber: *“ 1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe.º ”*. Por tanto, para que opere el caso invocado, es indispensable se demuestre, que en la tramitación de la causa se ha omitido el cumplimiento de alguna de las solemnidades sustanciales antes transcritas, siempre que tal omisión hubiere causado indefensión o influido en la decisión de la causa.

7.2.3 El artículo 43 del Código Orgánico General de Procesos, no constituye una de las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos contemplados en el artículo 107 ibídem, sino que determina las facultades de la o el procurador judicial, al prescribir: *“ La o el procurador judicial debe atenerse a los términos del poder. Requerirá clausula especial para sustituir la procuración judicial a favor de otro profesional, allanarse a la demanda, transigir, desistir de la acción o del recurso, aprobar convenios, absolver posiciones, deferir al juramento decisorio, recibir valores o la cosa sobre la cual versa el litigio o tomar posesión de ella. Lo mismo se aplica a la o al defensor autorizado que no tenga procuración judicial.º ”*. (Esta norma fue reformada por la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 517 de 26 de junio del 2019). La nulidad alegada se habría producido cuando estaba vigente el texto anotado, corresponde analizarla en ese contexto.

7.2.4 La legitimidad de personería o legitimatio ad procesum, vista como solemnidad sustancial

común a todos los procesos en el artículo 107 del COGEP, constituye la capacidad procesal para comparecer a juicio por sí mismo, ya sea, como actor o demandado. La ilegitimidad de personaría produce la nulidad del proceso. Al respecto, la ex Corte Suprema de Justicia, en varios fallos se ha pronunciado, en tal sentido, así en el publicado en el R.O. 571-V-2002 n el R.O. N° 87 de 22 de mayo del 2003, señaló: *“SEGUNDO. ¼En efecto, la legitimidad es uno de los presupuestos procesales¼ común a todos los juicios e instancias, cuya omisión acarrea la nulidad procesal¼ la ilegitimidad de personaría tiene lugar en los siguientes supuestos: 1ë Si el actor o demandado no tiene capacidad legal para comparecer por sí a juicio, por ser menor de edad o hallarse en interdicción, o por ser persona jurídica: 2ë Si quien comparece a juicio aduciendo ser representante legal del actor o demandado no es legalmente capaz, por ser menor de edad o hallarse en interdicción. 3ë Si quien al comparecer al juicio aduciendo ser procurador judicial no es persona legalmente capaz o hallarse comprendido en los impedimentos para ser procurador o el poder que ostenta para comparecer a juicio es insuficiente¼º .*

7.2.5 De fojas 44 a 49 del cuaderno de primera instancia, obra la escritura pública de procuración judicial celebrada el 2 de mayo de 2018, ante el abogado Xavier Antonio Larrea Nowak, Notario Cuadragésimo Primero del cantón Guayaquil, a través de la cual, Jorge Enrique Díaz Hernández, por sus propios y personales derechos otorga *“ PROCURACION JUDICIAL, amplio y suficiente cuanto el derecho y la legislación así lo exigen, a favor del señor ABOGADO MANUEL ISAAC ENCALADA SOLIS portador de la cédula de ciudadanía número 0911090819, registro profesional número diez mil noventa del Colegio de Abogados del Guayas, para que a su nombre y representación, ejecuten los siguientes actos: A) Comparecer dentro de todos y cada uno de los Juicios de lo Civil que se ventilen o sustancien sea en Procedimiento Sumario, Ordinario, monitorio, etc., que se hayan iniciado en su contra, en cualquiera de las judicaturas con competencia civil en el país, pudiendo realizar los siguientes actos¼º , y entre los actos que se describen, le faculta presentar reconvenición conexa en contra del actor; desistir de un recurso o de la instancia; desistir de la acción o del recurso, entre otros.*

7.2.6 A fs. 16 a 17 del cuaderno de primera instancia, se observa la demanda de reivindicación presentada por Jorge Enrique Díaz Hernández, por sus propios derechos en calidad de actor, y con el patrocinio del Abogado Manuel Isaac Encalada Solís, *“AUTORIZACION Y NOTIFICACIONES: Autorizo al ABG. MANUEL ISAAC ENCALADA SOLIS para que a mi nombre y representación, con su sola firma, presente tantos y cuantos escritos sean necesarios y convenientes a mis intereses, así como también para que en la misma forma concurra a tanta y cuanta diligencia se disponga dentro del presente proceso;¼º .*

7.2.7 El texto que se anota en la procuración judicial otorgada, se lo debe contextualizar y verlo en su integridad, para visualizar cuál fue la intención del otorgante, y conforme se anotó, el actor si bien en un primer momento apunta, juicios que se hayan iniciado en su contra, luego le faculta para presentar reconvencción conexas en contra del actor; desistir de un recurso o de la instancia; desistir de la acción o del recurso, entonces se refiere a actos procesales que son propios de la parte actora de un proceso o se convierte en actor, como en la reconvencción. A más de lo anotado, se observa que Jorge Díaz Hernández compareció a la audiencia única acompañado de su defensor técnico, lo que quiere decir también, que la defensa siempre fue ratificada y conferida a quien le dio ese poder; y se debe tener en cuenta el contenido del artículo 333 del Código Orgánico de la Función Judicial, norma que en la parte pertinente a lo que es materia de análisis, en su último inciso manda: *“Bastará que en los poderes de procuración judicial se haga constar el encargo de patrocinar en causa o de ejercer la procuración judicial, para que sea suficiente. Únicamente por mandato expreso de la ley se podrá exigir que en el texto del poder de procuración judicial conste detalladamente el encargo, con indicación expresa del tipo de proceso, las partes, los antecedentes de hecho y de derecho, las facultades de las que se dota al procurador y más circunstancias para proponer o continuar la acción. No se podrá exigir formalidades no establecidas en la ley para impedir o dificultar el ejercicio del derecho de los abogados al libre patrocinio en causa”*; no existe entonces, mandato expreso de la ley, que exija que en la Procuración Judicial, se debe establecer en forma puntual que le confiere para defender derechos como actor o demandado, el momento que autorizó en la demanda, y luego otorgó la procuración judicial, es evidente que el interés del actor es que su Procurador Judicial le defienda en este y en otros procesos, y si a ello sumamos que, no ha causado indefensión ni influye en la decisión de la causa, el poder otorgado y con el que compareció en la audiencia preliminar, no es insuficiente, por lo que no se justifica el cargo.

7.3 Caso 4 que prevé el artículo 268 del COGEP: *“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”*.

7.3.1 Para que proceda este caso, es necesario que se determine en el líbello de interposición del recurso los siguientes presupuestos: a) La indicación de la norma de valoración de prueba, que a criterio del recurrente ha sido violentada; b) La forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) La indicación del medio

de prueba en que se produjo la infracción; d) La infracción de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) Una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción, norma de valoración de la prueba, y la segunda infracción, de una norma sustantiva o material.

7.3.2 La actora afirma, que existe una indebida aplicación o errónea interpretación de la prueba, el actor jamás justificó que él ha estado en posesión de la parte del solar afectado y que ha sido despojado de manera indebida, que ella ha estado en el lote por más de veinte años, conforme justificó con el acta de inspección realizada por la I. Municipalidad de Guayaquil el 25 de enero del 2005 y que consta en autos.

7.3.3 La casacionista se refiere a la indebida aplicación y al mismo tiempo como errónea interpretación, vicios que son excluyentes y contradictorios, no pueden presentarse simultáneamente. No cita ninguna disposición legal que se refiera a valoración de la prueba, tampoco una norma sustantiva que demuestre, por el efecto carambola, fue aplicada en forma equivocada o no se la aplicó. Describe en el sentido, que el actor jamás justificó la posesión del solar afectado y que haya sido despojado de manera indebida, sin sustentar su afirmación en ninguna disposición legal; la reivindicación de un inmueble, no exige como parte de los presupuestos que se tienen que demostrar en forma concurrente, la posesión del solar por parte del actor, o que haya sido despojado de manera indebida, dichas situaciones de hecho, son el sustento de otras acciones previstas en nuestra legislación, sin que sea aplicable a lo que es materia de la controversia, por lo que se desecha este cargo.

7.4 Caso 5 del artículo 268 del COGEP: *ª 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 autoº.*

7.4.1 Para la procedencia de este caso, se debe analizar: el juez en la sentencia establece los hechos, luego aplica la norma o normas pertinentes con esos hechos, realiza el proceso de subsunción, que viene a ser el encadenamiento o enlace lógico de una situación específica concreta, con la previsión abstracta genérica o hipotética contenida en la norma.

7.4.2 Sobre este caso, afirma la actora que en la sentencia dictada por el Tribunal de la Corte Provincial se ha incurrido en errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, que

incluyen precedentes jurisprudenciales obligatorios que han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia, no se considera la posesión que ha mantenido en el inmueble y que no ha despojado al actor de dicho predio (sic).

7.4.3 Al igual que el caso anterior, el yerro que se acusa no lo sustenta técnicamente, nuevamente se formulan generalizaciones, a pesar de las cuales se aceptó el recurso para su trámite, a lo que se debe agregar, que en la audiencia de fundamentación del recurso, el defensor técnico de la actora, ni siquiera se refirió al caso 5 del artículo 268 del COGEP; sin embargo, por la tutela efectiva de los derechos, este Tribunal observa que, se vuelve a referir a hechos que ella considera no los tomó en cuenta el juzgador, pero no cumple con un sustento técnico del recurso de casación, porque si dice que hay una errónea interpretación de norma de derecho sustantivo, que incluye precedentes jurisprudenciales obligatorios, para que este tribunal pueda entrar al análisis, tenía que precisamente fijar, determinar, precisar, cuáles son esas normas de derecho sustantivo en los que se dice que hay una errónea interpretación, así como cuáles son los precedentes jurisprudenciales obligatorios, por lo que no se acepta el cargo acusado.

En consecuencia, visto el análisis que antecede, la parte que interpuso el recurso de casación, no ha demostrado ninguno de los casos por los que se aceptó a trámite.

DECISIÓN: Por las razones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ^a ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA^o, no casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 20 de junio de 2019. En cuanto a la caución, en aplicación del artículo 275 del COGEP, se lo debe entregar al actor por la demora. Devuélvase los expedientes de instancia. Notifíquese.-

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES

JUEZA NACIONAL (E)

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO

JUEZ NACIONAL (E)



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

JV/PC

El Pleno de la Corte Constitucional mediante Resolución Administrativa No. 010-AD-CC-2019, resolvió la gratuidad de la publicación virtual del Registro Oficial y sus productos, así como la eliminación de su publicación en sustrato papel, como un derecho de acceso gratuito de la información a la ciudadanía ecuatoriana.

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

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