

REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

**FUNCIÓN JUDICIAL Y
JUSTICIA INDÍGENA**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

**SALA ESPECIALIZADA
DE LO CIVIL Y MERCANTIL:**

**SENTENCIAS, RESOLUCIONES,
JUICIOS Y AUTOS**

J17230-2019-12830, J17230-2019-13289

FUNCIÓN JUDICIAL



216382305-DFE

Juicio No. 17230-2019-12830

**JUEZ PONENTE: LUIS ADRIAN ROJAS CALLE, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)**

AUTOR/A: LUIS ADRIAN ROJAS CALLE

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 30 de octubre del 2023, las 11h25. **VISTOS.** - En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 13 de julio de 2023, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso casación interpuesto por el Señor Víctor Silva Sáenz, en su calidad de ultimo Gerente General de la Compañía LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICOM S.A., actualmente en liquidación; dentro del juicio ordinario de cancelación de hipoteca por prescripción de obligaciones. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. El señor Víctor Ernesto Silva Sáenz, último Gerente de la compañía LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICON S.A., en liquidación, y el Dr. Alejandro Ponce Martínez, procurador judicial de Pablo Roberto Díaz Pabón, Liquidador y actual representante legal de LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICON S.A., concurren a la administración de justicia señalando, que han transcurrido 25 años desde que se constituyeron las hipotecas abiertas sobre los lotes 1, 2, 31 y 32 de la Lotización San Francisco de Jijón, por lo que demandan que en sentencia se declare que todas las obligaciones derivadas de las acciones hipotecarias se extinguieron por prescripción, y en consecuencia, se extinguieron también todas las acciones hipotecarias, por lo que pide la cancelación de las hipotecas abiertas que gravan los lotes de terreno y que se ordene al Registrador de la Propiedad del cantón Rumiñahui, cancele las inscripciones de tales hipotecas en sus registros, y al Notario Décimo Sexto de Quito margine las cancelaciones en las escrituras públicas de constitución de hipotecas.

2. La demandada Raquel Cumanda Viteri Palacios, debidamente citada, no compareció al proceso.

FUNCIÓN JUDICIAL

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por LUIS
ADRIAN ROJAS
CALLE
C=EC
L=QUITO
CI
0301270963

FUNCIÓN JUDICIAL

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
RITA ANNABEL
BRAVO QUIJANO
C=EC
L=QUITO
CI
1307604478

FUNCIÓN JUDICIAL

DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

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

3. El Juez de la Unidad Judicial con sede en la Parroquia Iñaquito, con fecha 4 de marzo de 2021, resuelve rechazar la demanda, por falta de prueba.
4. La compañía demandante, propone recurso de apelación, resuelto por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 18 de marzo de 2022, las 15h01; decidiendo rechazar el recurso y confirmar la decisión de primera instancia.
5. De la decisión del ad quem, la parte actora compañía LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICON S.A., en liquidación; presenta recurso de casación, calificado y admitido a trámite mediante auto interlocutorio de 4 de octubre de 2022, por el Conjuez Nacional, doctor Pablo Loayza Ortega.
6. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante ^aCOGEP^o, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores: David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Adrián Rojas Calle en calidad de Juez ponente.

II. COMPETENCIA

7. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.
8. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.
9. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-

2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

10. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda; y, Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del ^aCOGEP^o y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

11. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del ^aCOGEP^o. En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

12. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimiento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público

atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

13. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

14. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

15. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades .

16. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores in iudicando o errores in procedendo, en que pudiese haber incurrido el Tribunal de Alzada.

17. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho ; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes .

18. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

- a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnado en casación.
- b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.
- c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

19. En resumen, el control de legalidad de las sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución ; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

20. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.
4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de

lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del ius constitutionis) .

21. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 266 y 267 del ^a COGEP^o, determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

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

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

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

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

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

22. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio

contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

23. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

(¼) 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 argumentaciones del recurrente.

Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.

24. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

25. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del ^aCOGEP^o, la casacionista compañía LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICON S.A., en liquidación, a través de su defensa técnica, fundamentó el recurso en torno al caso cuatro del artículo 268 del ^aCOGEP^o, refiriendo en lo principal que:

25.1. La sentencia impugnada no aplicó el artículo 169 del ^a COGEP°, por lo que considera que en su calidad de parte actora, le correspondía únicamente demostrar lo que afirmativamente propuso en su demanda. Pero que, en contraposición, los jueces de instancia le solicitaron que demuestre lo que negativamente estableció en la demanda, en lo relativo a la inexistencia de obligaciones afianzadas con las hipotecas sobre los lotes de terreno 1, 2, 31 y 32 de la Lotización San Francisco de Jijón.

25.2. En ese sentido, denuncia la vulneración indirecta de los artículos 1583 y 2414 del Código Civil, reguladoras de la extinción de las obligaciones y del tiempo que la ley exige para que prescriban. Finaliza su impugnación, requiriendo que se case el fallo impugnado.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

26. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 25 ut supra, este Tribunal se plantea como problema jurídico objeto de resolución:

26.1. ¿Determinar si existe infracción de preceptos de valoración probatoria en la sentencia impugnada y en consecuencia vulneración de las normas de derecho sustantivo que regulan la prescripción extintiva de derechos y acciones?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

27. El artículo 76.7.1) de la Constitución, determina que:

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. (Énfasis añadido).

28. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación (¼) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el

Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática .

29. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.º 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, ^a los órganos del poder público^o tienen el deber de ^a desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones^o. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

30. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben ^a Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho^o; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1. Resolución de los cargos por el caso cuatro del artículo 268 del ^a COGEP^o

31. En casación, los vicios en la valoración probatoria, son examinados por el caso cuatro del artículo 268 del ^a COGEP^o, y pueden consistir en la falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que conduzcan a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho sustantivo.

32. A esta causal se la denomina de infracción indirecta del derecho sustantivo, por

cuanto el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (la primera violación) conduce a otra violación, la de las normas de derecho sustantivo (segunda violación).

33. De allí la denominación de violación indirecta, siendo que mediante la casación no se puede soslayar el razonamiento valorativo que sobre los medios de prueba haya alcanzado el juez de instancia, sino únicamente la aplicación e interpretación de las normas de derecho material.

34. La demostración del yerro por esta causal, exige especificar:

a) El o los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico; son preceptos de valoración probatoria, los que le dicen al juzgador el valor específico o determinado que contiene cada medio de prueba, en virtud del cual se decide.

b) El modo por el que se comete el vicio, esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) o por falta de aplicación, 3) por errónea interpretación. Lo que deberá precisarse en relación con un precepto jurídico de valoración probatoria en particular; por lo que no es lógica la acusación de que se ha producido más de uno de aquellos vicios en relación con un mismo precepto jurídico, puesto que estos vicios son diferentes, autónomos, independientes y hasta excluyentes entre sí.

c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Esta segunda infracción, la de las normas de derecho sustantivo, es necesaria, por cuanto una vez efectuada la valoración de los instrumentos probatorios, los juicios de hecho obtenidos por el juez, se deben adecuar los presupuestos jurídicos de las normas que regulan lo demandado, para determinar su procedencia o no.

d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. (La sola enunciación de las normas de valoración infringidas y de las derecho material, no basta para el cargo, puesto que en materia civil no existe casación oficiosa (como en penal),

de allí que la explicación y demostración del yerro es obligación del casacionista, dicha carga no puede ser suplida por el juez de casación.

35. En esencia, los cargos por esta causal parten de errores de hecho y terminan en errores de derecho . Así, excepcionalmente, ante la verificación patente de infracción, puede ser asumida la valoración por el Tribunal de Casación, solo si el error es protuberante y de tal trascendencia que sin él no se haya podido arribar a la decisión adoptada en la resolución impugnada, de manera que la presunción de legalidad de la sentencia decaiga por su propio peso.

36. Podrá actuar de esta manera el tribunal de casación, cuando se haya formulado cargo por la causal cuarta del 268 del ^aCOGEP^o y siempre que medie demostración a partir de la infracción de los preceptos de valoración de prueba.

37. En el recurso planteado en el caso, no se cumple con la especificación del precepto de valoración probatoria infringido, como ha quedado señalado, son preceptos de valoración probatoria, los que regulan la tasación de la prueba, aquellos que informan al juzgador, el alcance y límite que le ha de merecer cada instrumento probatorio.

38. El artículo 169 del ^aCOGEP^o, no es una norma de valoración de prueba, lejos de precisar el mérito o valor probatorio de algún medio en específico, se encarga de regular la carga e inversión 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.

La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Los medios de prueba anunciados y aquellos que fueron solicitados con auxilio judicial, deberán estar incorporados al proceso antes de la audiencia preliminar o única. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio antes de la audiencia única.

En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima.

En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.

También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley.

En los procesos contencioso tributario y contencioso administrativo, cuando el administrado entregue copias simples, como prueba a su favor, la administración cumplirá con remitir las actuaciones en la forma prevista en el Art. 309 de este Código, para que la o el juzgador valore la prueba documental en su conjunto.

39. Sin perjuicio de la deficiente formulación del cargo por el caso cuatro, a propósito de la denuncia planteada por el recurrente, se precisa que procesalmente, por el principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad, la necesidad de aportar la prueba de los hechos recae sobre una de las partes, sea porque los invoca a su favor o porque de ellos se infiere lo que solicita o porque el opuesto goza de presunción o de notoriedad o es una negación indefinida.

40. En definitiva, el principio de la carga de la prueba opera en dos sentidos, contiene una regla de conducta para el órgano jurisdiccional, pues cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe dictar sentencia en contra de esta parte. Por otra parte, implica la autorresponsabilidad de los sujetos procesales por su conducta en el proceso, pues si no aparece en éste la prueba de los hechos que les beneficie, recibirán sentencia desfavorable. Las partes, desde su posición, están en la posibilidad de colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta y riesgo.

41. En ese sentido, al establecerse en el proceso que nos ocupa, que no ha comparecido a juicio la demandada Raquel Viteri, debiendo tenerse su falta de contestación al libelo inicial, de conformidad con el artículo 157 del ^a COGEP^o, como la negativa de los fundamentos de la demanda. Y, al haber afirmado la parte actora que no existen obligaciones principales afincadas en las hipotecas materia de la controversia, por lo que aquellas se encontrarían

prescritas. La Corte Provincial de Justicia de Pichincha concluyó razonadamente, que la responsabilidad probatoria acerca de la inexistencia de obligaciones principales, le correspondía a la parte actora y que al no haber prueba de dicho particular la demanda es improcedente.

42. Al considerarse la falta de contestación de la demanda como la negativa absoluta de lo demandado, en correlación con en sentido literal del artículo 169 del ^aCOGEP°, la demandada no estaba obligada a producir prueba, pero sí la parte actora, quien afirmó que no existen obligaciones principales afianzadas por las hipotecas que pretende extinguir. Aquello no constituye una negativa como alega la parte recurrente, dicha aseveración de inexistencia constituye un hecho, en cuya realidad descansa el fundamento de la demanda que pretende prescribir las obligaciones y derecho de acción de la demandada.

43. En ese sentido y en mérito de que la norma endilgada, como hemos dicho, no constituye precepto de valoración, el recurso se torna improcedente a todas luces por esta causal.

44. Con respecto a denuncia de violación indirecta de los artículos 1583.11 y 2414 del Código Civil, estas normas son relativas, respectivamente, a la extinción de las obligaciones por prescripción; al tiempo y cómputo para exigir la obligación, así:

Art. 1583.- Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

11. Por la prescripción.

Art. 2414.- 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.

45. Según aparece en la demanda planteada, la pretensión de la actora radica en que: ^a en sentencia se declare que todas las obligaciones derivadas de las cauciones hipotecarias se extinguieron por prescripción y, en consecuencia se extinguieron también todas las acciones hipotecarias, y, consecuentemente, se ordene la cancelación de las hipotecas abiertas que

gravan los lotes de terreno 1,2 31 y 32 de la Lotización San Francisco de Jijón, ubicada en el Cantón Rumiñahui de la Provincia de Pichincha¹/₄ °.

46. Es decir, que la actora busca la extinción de las hipotecas por prescripción y en consecuencia su cancelación; concomitantemente la prescripción o extinción de las acciones hipotecarias.

47. En ese sentido, conviene recordar que la prescripción abarca dos aspectos. Uno a través del cual, se adquiere el dominio de cosas ajenas y otro en cuya virtud se extinguen derechos y acciones ajenas; como consecuencia de este último, cuando el derecho no se ejercita por determinado tiempo, el obligado requerido puede alegar prescripción de la acción. La prescripción de la acción, produce como efecto la inexigibilidad de la obligación civil, su extinción, la que la transforma en obligación natural

48. Así, la prescripción extintiva se aplica a las acciones y los derechos, no a los títulos valor, ni a las obligaciones que en ellos se contengan, pues ni éstos, ni aquellas prescriben, se extinguen como consecuencia de la prescripción de la acción; por ello que, si bien la ley no ha previsto una prohibición para la presentación de la acción de prescripción del derecho de acción que corresponde al acreedor, ésta, resulta en ciertos casos inoficiosa para el deudor, pues nada puede impedir que quien se considere titular de un derecho lo ejerza, debiendo necesariamente el demandado, oponer la prescripción de la acción como excepción, para ello no requiere la declaratoria judicial previa, basta el transcurso del tiempo.

49. La prescripción del derecho para ejercer la acción hipotecaria, se regula por normas específicas, al ser la hipoteca un derecho real accesorio que depende de un derecho u obligación principal.

50. Según el artículo 1583 del Código Civil, de manera general las obligaciones se extinguen, en todo o en parte por la prescripción, para lo cual, según el artículo 2414 ibídem, la extinción de las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido.

51. Sin embargo, la aplicación de dichas normas, en la causa no resulta trascendente para la decisión, toda vez que para la extinción de la hipoteca, al ser un obligación accesoria, está sujeta a la extinción de la obligación principal, cierto es que una de las formas de extinguir las obligaciones de conformidad con el artículo 1583 ibídem, es la prescripción, pero en el caso, no hay certeza de que efectivamente no existan obligaciones o de que aquellas, de cualquier manera se encuentren extinguidas.

52. Para la extinción de la hipoteca, se debe observar entonces, si concurre alguno de los casos determinados en el artículo 2336 del Código Civil, que refiere que la hipoteca se extingue por las siguientes razones:

- a) La hipoteca se extingue junto con la obligación principal.
- b) Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyó,
- c) Por el cumplimiento de la condición resolutoria, según las reglas legales.
- d) Por la llegada del día hasta el cual fue constituida; y,
- e) Por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva.

53. Norma que opera en concordancia con el artículo 2416 del mismo cuerpo de ley, que precisa ^ala acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden^o.

54. Es decir, en el específico, no bastaba la demostración del tiempo que ha transcurrido desde el otorgamiento de las hipotecas, sino la verificación de extinción de las obligaciones principales; y, al no mediar demostración al respecto, la pretensión derivó en improcedente.

55. Por tal, este Tribunal de casación no encuentra yerro por el caso cuatro del artículo 268 del ^aCOGEP^o, la valoración de la Sala de apelación, se ha efectuado en forma íntegra, respetándose las reglas de la sana crítica y sopesando las pruebas en conjunto.

VIII. DESICIÓN

En virtud de lo expuesto, 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, decide por unanimidad:

1. Rechazar el recurso de casación planteado la actora LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICON S.A., en liquidación, en contra de la sentencia de Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 18 de marzo de 2022, las 15h01.

2. Toda vez que la pretensión ha sido negada por falta de prueba, se deja a salvo los derechos de la parte actora para el ejercicio de las acciones a las que tuviera derecho.-
Notifíquese y devuélvase.

**LUIS ADRIAN ROJAS CALLE
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**

**BRAVO QUIJANO RITA ANNABEL
CONJUEZA NACIONAL**

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

FUNCIÓN JUDICIAL

215972637-DFE

Juicio No. 17230-2019-13289

**JUEZ PONENTE: LUIS ADRIAN ROJAS CALLE, JUEZ NACIONAL (E)
(PONENTE)****AUTOR/A: LUIS ADRIAN ROJAS CALLE****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, martes 24 de octubre del 2023, las 15h40. **VISTOS.** - En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 24 de agosto de 2023, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso casación interpuesto por la Clínica Internacional INTERSANITAS S.A., dentro del juicio ordinario de daños y perjuicios y daño moral. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:**I. ANTECEDENTES**

1. El señor Gilberto Torres Ron, comparece a la justicia ordinaria demandando a la CLÍNICA INTERNACIONAL INTERSANITAS S.A., por daños y perjuicios, así como por daño moral, por presunta negligencia en la prestación del servicio de atención médica.
2. Una vez citada con la demanda, la parte demandada contesta señalando que no tiene responsabilidad con respecto a los daños que dice haber sufrido el actor, toda vez que lo único que existe es el resultado de un riesgo propio del procedimiento quirúrgico como lo prevén los protocolos internacionales y nacionales de salud.
3. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Iñaquito, mediante sentencia de 20 de julio de 2021, declara parcialmente con lugar la demanda, ordenando que la Clínica Internacional, pague al actor como indemnización por daño emergente treinta y seis mil doscientos sesenta y tres dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD. 36.263,20). Y, como daño moral la suma de treinta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD. 30.000).
4. Tanto la parte actora como la clínica demandada, proponen recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, resuelto en

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por LUIS
ADRIAN ROJAS
CALLE
C=EC
L=QUITO
CI
0301270963**FUNCIÓN JUDICIAL**
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTANEDA
C=EC
L=QUITO
CI
1706381975**FUNCIÓN JUDICIAL**
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CI
0502022148

voto de mayoría el 07 de junio de 2022, las 08h17, rechazando el recurso de apelación de la parte demandada; y, aceptando parcialmente el del actor, reformando la sentencia de primera instancia en cuanto a la indemnización por daño moral, fijándola en sesenta y tres mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (\$63.800,00).

5. De la decisión del ad quem, la demandada CLÍNICA INTERNACIONAL INTERSANITAS S.A, propone recurso de casación, calificado y admitido a trámite mediante auto interlocutorio de 10 de enero de 2023, por el señor Conjuez Nacional, Carlos Pazos Medina.

6. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante ^a COGEP^o en adelante, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Adrián Rojas Calle, en calidad de Juez ponente.

7. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal N.º 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo.

II. COMPETENCIA

8. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

9. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

10. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

11. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda,; y, Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del ^aCOGEP^o y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

12. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del ^aCOGEP^o. En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

13. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimiento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la

reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

14. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

15. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

16. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades .

17. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores in iudicando o errores in procedendo, en que pudiese haber incurrido el Tribunal de Alzada.

18. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho ; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes .

19. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

- a) Fin nomofilático: relativo al control de legalidad del fallo impugnado en casación.
- b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.
- c) Fin dialéctico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

20. En resumen, el control de legalidad de las sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución ; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

21. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

- 1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
- 2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
- 3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.
- 4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
- 5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales

de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del ius constitutionis) .

22. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 266 y 267 del ^a COGEP^o, determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

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

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

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

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

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

23. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de

casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

24. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

(¼) 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 argumentaciones del recurrente.

Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.

25. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

26. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del ^aCOGEP^o, la casacionista, a través de su defensa técnica, fundamentó su recurso refiriendo en lo principal que:

26.1. Con fundamento en el caso uno de casación, contemplado en el artículo 268 del COGEP, denuncia la infracción de los artículos 174, 177.6, 160 y numeral 6 del 294 del COGEP, y específicamente la falta de aplicación del artículo 111 del COGEP.

26.2. Refiere que quedó en indefensión, toda vez que la juzgadora de primera instancia impidió que el Dr. Carlos Castillo Salgado, rinda testimonio en la presente causa, pese a que dicha prueba fue previamente admitida en la audiencia preliminar.

26.3. Añade que la práctica de la prueba solo puede ser impedida cuando no haya sido admitida, por lo que en el caso debía practicarse el interrogatorio y conainterrogatorio.

26.4. Con sustento en el caso dos del artículo 268 del COGEP, denuncia el recurrente la falta de motivación de la sentencia, reiterando que la causa adolece de nulidad por no haberse practicado como prueba el testimonio del doctor Carlos Castillo, petición sobre la que refiere, no se pronunció el tribunal ad quem en su sentencia.

26.5. Además, que aquella carece de fundamentación fáctica suficiente, pues debía expresar los hechos dados por probados en los que se funda, debiendo el juez necesariamente analizar toda la prueba, demostrándose su valoración en conjunto.

26.6. Que, en el caso, no se explica cuál ha sido el nexo causal del presunto daño, fallándose en base de supuestos y creencias, los cuales en base de los conainterrogatorios practicados a los peritos de la parte actora, habrían quedado desvanecidos. Acusa entonces, que la sentencia decae por deficiente fundamentación fáctica.

26.7. Por el caso cuatro de casación, denuncia la infracción del artículo 164 del COGEP, en lo atañe a la aplicación de las reglas de la sana crítica, considera que la sala decidió en base de la íntima convicción, expresando únicamente lo que ellos pensaban según su criterio, sin tomar en cuenta la prueba, en específico el informe emitido por el ACCESS.

26.8. Indica que se dejó de lado lo reproducido por la parte demandada respecto a las conclusiones constantes en dicho informe, respecto a que pueden existir varias causas que pudieron haber producido la infección en la herida quirúrgica, además de la recolocación del catéter; por lo que no habría certeza de este hecho.

26.9. Que según el artículo 199 del COGEP, la prueba documental es indivisible por lo que no cabe que se acepte en una parte y se rechace en otra como ha sucedido en el caso.

26.10. Señala que la sala se fundamenta únicamente en el contenido de los informes periciales y no en la sustentación de los mismos como establece el artículo 222 del COGEP. Añadiendo que los peritos no habrían sido técnicos especializados médicos, lo que daría

cuenta según señala, que la decisión se adoptó en base de la íntima convicción y no de la sana crítica.

26.11. Por último, con relación al caso cinco del artículo 268 del ^aCOGEP°, reitera la parte casacionista, aquel fundamento ya esgrimido en la falta motivación; en torno a que el tribunal de apelación no habría determinado el nexo causal entre el daño y la acción de la clínica demandada, al haberse establecido únicamente que quienes posiblemente causaron el daño fueron los profesionales de salud, quienes ni siquiera fueron demandados en el caso.

26.12. En ese sentido considera que no se ha establecido la relación de solidaridad o corresponsabilidad entre los profesionales de salud que atendieron al actor y la clínica.

27. La contraparte, el señor Gilberto Torres Ron, por medio de su defensa técnica refutó la impugnación casacional descrita, indicando en lo principal que la fundamentación de los cargos ha sido deficiente y que la sentencia impugnada se ajusta a derecho.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

28. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 ut supra, este Tribunal se plantea el siguiente problema jurídico objeto de resolución:

28.1. ¿Existe en la sentencia, vicio procesal capaz de procrear la nulidad de la causa?

28.2. ¿Determinar si existe deficiente motivación en la sentencia expedida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 7 de junio de 2022, las 08h17?

28.3. ¿Analizar si existe arbitrariedad en la valoración probatoria del tribunal ad quem y en consecuencia vulneración de las normas de derecho sustantivo que regulan la resolución del contrato?

28.4. ¿Existe infracción directa de las normas que regulan la corresponsabilidad civil por daños y perjuicios?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

29. El artículo 76.7.1) de la Constitución, determina que:

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. (Énfasis añadido).

30. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación (¼) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática .

31. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.º 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, ^a los órganos del poder público^o tienen el deber de ^a desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones^o. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

32. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben ^a Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho^o; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

33. Toda vez que cada uno de los demandados ha planteado recurso de casación y siendo que en su conjunto coinciden en los cargos y fundamentos denunciados, este Tribunal por economía procesal, pasa a pronunciarse sobre el cúmulo de objeciones presentadas por cada causal.

7.1. Resolución de los cargos por el caso uno del artículo 268 del ^a COGEP°

34. Este caso contempla el error in procedendo, de violación de normas adjetivas que producen el efecto de nulidad procesal insubsanable o provocado indefensión de las partes procesales. Para que este vicio constituya motivo de casación 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.

35. Así, la declaratoria de nulidad procede cuando no existe manera de convalidar un vicio que se ha generado en la ejecución de un acto procesal que no ha guardado las formas previstas en la ley; se rige por los principios de especificidad, trascendencia y convalidación.

36. Según el primero, la nulidad procesal tiene lugar únicamente por las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley, ^a pas de nullité sans texte° (no hay nulidad sin ley específica).

37. Son solemnidades del debido proceso, las determinadas en el artículo 107 del COGEP, que señala a las siguientes:

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.

38. La omisión de alguna de estas genera nulidad, que se puede declarar de oficio o a petición de parte, mediante los recursos establecidos en la ley contra la decisión de que se trate o mediante los incidentes u otros mecanismos establecidos en la ley, ante el órgano judicial competente. En caso de decidirse la nulidad esta implica la orden de retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la producción de la infracción determinante de la nulidad.

39. Por tal, el vicio para dar paso a la nulidad, ha de ser de los legalmente especificados, pues no cualquier vicio o formalidad procrea nulidad.

40. En lo que respecta al principio de trascendencia, la solemnidad vulnerada, ha de ser generadora de perjuicio cierto de las partes procesales, de manera que influya en la decisión de la causa, debiendo probarse que el acto que se acusa de nulo ocasionó detrimento cierto e irreparable.

41. Además, el vicio objetado de nulo, debe estar latente, sin haber sido subsanado o convalidado por las actuaciones de las partes procesales. Teniendo en cuenta que el vicio no puede ser alegado por la parte que lo generó o coadyuvó a su origen, pues nadie puede beneficiarse de su propia torpeza.

42. Esgrimidos los principios que rigen la declaratoria de nulidad por el caso uno de casación, en virtud de la impugnación presentada, corresponde verificar si la infracción procesal denunciada, corresponde a alguno de los presupuestos de nulidad determinados en la norma adjetiva aplicable a la presente causa.

43. Bajo esta causal, se acusa la infracción de los artículos 174, 177.6, 160 y numeral 6 del 294 del COGEP; normas que hacen relación a la admisión de la prueba, su práctica y desarrollo de la audiencia preliminar. Con sustento en aquellas afirma la parte recurrente, que quedó en indefensión, al haberse negado en etapa de juicio la práctica de una prueba testimonial, legalmente admitida, violación que no habría sido subsana en el recurso de apelación, por lo que denuncia la falta de aplicación del artículo 111 del COGEP.

44. Ahora bien, la naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: en primer término, se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo término, el órgano jurisdiccional sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

45. En el in examine, ninguna de las normas a que hace alusión la casacionista, contiene alguna solemnidad sustancial del debido proceso, por lo que la presunta violación procesal que denuncia no cumple con el requisito taxatividad o especificidad.

46. Además, escuchado el audio de la audiencia de juicio, se tiene que el 27 de mayo en la reinstalación de dicha audiencia, previo a la práctica de la prueba testimonial, la señora jueza de primera instancia, precisó:

46.1. Que no obstante de que en la audiencia preliminar se admitió como prueba el testimonio del doctor Carlos Castillo Salgado, aquel incurrió en la prohibición que establece el artículo 279 del COGEP, según el cual, mientras esperan ser llamados a rendir su testimonio, las o los declarantes no pueden comunicarse entre sí. Ni durante el transcurso de la audiencia ver, oír, ni ser informados de lo que ocurre en la audiencia.

46.2. Que en ese sentido, el testimonio del prenombrado quedó comprometido, en vista de que pese a que la señora jueza, le solicitó que abandone la sala, el doctor Castillo Salgado, se escondió tras la puerta de la sala de audiencias, escuchando el desarrollo de la misma, lo cual afectaba la calidad de su testimonio, siendo obligación de los defensores técnicos de las partes cuidar su prueba e informarles a sus testigos de las prohibiciones legales así como de sus deberes.

46.3. Enfatizando en que la autoridad judicial cumplió con su obligación de dirigir la audiencia y exigir que los peritos y testigos que abandonen la sala hasta ser llamados, debiendo mantenerse alejados; orden que al haber sido obviada por el testigo en mención, habría viciado su testimonio, por lo que determinó que aquella prueba no debía ser practicada por la actitud beligerante de aquel.

47. En estas circunstancias, este tribunal considera que en el caso no existe violación

procesal que arribe a la nulidad del proceso. En primera instancia, como ha quedado señalado el vicio alegado no constituye solemnidad sustancial de las determinadas en el artículo 107 del COGEP, tampoco se encuentra violación que haya dejado en indefensión a la parte demandada, toda vez que la negativa a la práctica del testimonio del doctor Carlos Castillo, fue producto de que dicho testigo no acató la orden la autoridad judicial, quien en uso de su facultad de directora del proceso y de la audiencia, le solicitó oportunamente abandonar la sala de audiencias al declarante, hasta ser llamado; todo con el fin de precautelar que el testigo se contamine y vicie su testimonio.

48. Y si bien, dicha prueba había sido admitida en audiencia preliminar, esto no significa que los partícipes de la contienda judicial puedan desatender sus obligaciones, incurriendo en prohibiciones legales, como la establecida en el artículo 279 del COGEP, lo cual sin duda vició la práctica de la prueba testimonial. Recordemos que inclusive la práctica dicha prueba, al tenor del artículo 182 *ibídem*, puede suspenderse ante declaraciones evidentemente falsas.

49. Es así que el vicio procesal denunciando tampoco resulta trascendente, toda vez que la propia parte procesal demandada, que ahora pretende beneficiarse de nulidad, no precauteló que su testigo se contamine, refutando a tiempo su actuación de desacato de la orden judicial de abandono y alejamiento de la sala de audiencias.

50. Es bien sabido que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza, por lo que si el demandado consideraba fundamental que el doctor Castillo sea escuchado, debió tomar previsiones a tiempo. Siendo que aun cuando la jueza a quo hubiese permitido practicar esta prueba, el testimonio ya se encontraba viciado, comprometiendo la veracidad de las declaraciones.

51. Bajo estas consideraciones, no se encuentra que la denuncia de nulidad, cumpla con los principios de taxatividad y trascendencia, que rigen la declaratoria de nulidad. Pues no cualquier error es materia de casación, sino exclusivamente aquellos que tengan influencia en la decisión de la causa, quién solicite la nulidad debe probar que el acto que acusa de nulo le ocasionó perjuicio cierto e irreparable, que solo puede subsanarse mediante la declaración de nulidad, circunstancias que no concurren en el caso, debiendo rechazarse el cargo de nulidad

propuesto.

7.2. Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del ^a COGEP^o

52. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el cargo traído a casación por los recurrentes, se configura cuando ^a(¼) 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

53. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

54. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles entre sí, en la parte resolutive del fallo. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la demanda y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten la aplicación de la normas de derecho que corresponden al caso, para arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

55. Por último, es motivo anulación del fallo, por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito sine quo nom de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

56. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

57. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida .

58. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: ^a ¼ requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (¼) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal¹ °.

59. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución, ha expresado que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por: (1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia .

60. Según ha manifestado la casacionista, la sentencia impugnada adolece de argumentación fáctica, toda vez que en ella no se explicaría el nexo causal entre el daño y el hecho ilícito generador de responsabilidad civil que obligue a la parte demandada.

61. Bajo la denuncia de falta de motivación presentada, corresponde examinar el voto de mayoría recurrido, el cual corre a fojas 77-87 del cuaderno de segunda instancia, en el que luego de identificar el tribunal que emite la decisión, individualizar a las partes procesales y enunciar los hechos de la demanda y su constatación; indica los fundamentos de los recursos de apelación propuestos por ambas partes procesales y en la parte pertinente del considerando 4.3.4, respecto a la relación de los hechos probados relevantes para la decisión, precisa:

(¼) Vistas las alegaciones constantes en el libelo de demanda del actor, GILBERTO RENÉ

TORRES RON, paciente de la TERCERA EDAD, se tiene que atenta la cronología de los hechos, que coinciden con los que la propia compañía demandada CLÍNICA INTERNACIONAL INTERSANITAS S.A., ha aceptado en su demanda, este Tribunal encuentra coincidencia en el hecho probado de que el actor ^aacudió al servicio de emergencia de la Clínica Internacional el día 10 de noviembre de 2018 a las 13h31, indicando que había sufrido una caída de su propia altura sobre cemento ¹/₄, con diagnóstico inicial de traumatismo de tórax, fue manejado con analgesia, exámenes de laboratorio, RX de columna e interconsulta a traumatología doctora Katherine Muñoz, quien indicó reposo de 48 horas, cama dura¹/₄ revisado que fue el resultado de la RX de columna éste no reportó patología alguna de acuerdo con el reporte de la imagenóloga Dra. Gabriela Trujillo¹/₄ . (¹/₄)°. Para este Tribunal de estas circunstancias iniciales, admitidas por la propia casa de salud demandada, se desprenden manejos poco prolijos tratándose de un paciente de tercera edad que acababa de caerse, al cual NO se le realizó un escaneo del todo su cuerpo por su evidente alto riesgo de sufrir fracturas, precisamente por su avanzada edad. De hecho, como se verá más adelante, no se le detectó la fractura de columna que había sufrido pese al RX de la columna que se le realizó; se le diagnosticó en un primer momento un traumatismo de tórax que fue manejado con analgesia, exámenes de laboratorio, RX e interconsulta a traumatología. Más allá de que en la Clínica demandada, pese a la existencia de una placa de Rayos X, no se le detectó la fractura de columna que había sufrido, el traumatismo de tórax inicialmente diagnosticado, reviste una lesión grave que puede originar discapacidad o mortalidad: ¹/₄ . El errado manejo inicial de la emergencia que sufrió el actor, fue confirmado cuando, ante la persistencia de dolores intensos y la incapacidad de realizar la deposición, tuvo que regresar a la Clínica¹/₄ donde se le realiza un examen físico médico, eco abdominal, RX de abdomen, TAC de columna dorso lumbar y exámenes de laboratorio, luego de lo cual recién se le detecta la ^afractura acuñaamiento de L1. Disminución de la altura del cuerpo L3 y L4° (fs. 770 vta.) decidiéndose, a los 3 días de haberles reportado la caída, el ingreso a hospitalización del actor. En resonancia magnética efectuada el 15 de noviembre de 2018 se confirma la fractura de L1, L4 y L5 y se decide procedimiento quirúrgico. La Clínica afirma en su contestación a la demanda, entre otras cosas, que el error en el diagnóstico inicial de 10 de noviembre de 2018, en el que NO le detectaron la fractura de columna que había tenido, NO habría sido causante de la demora de la cirugía (fs. 771), al respecto, para este Tribunal queda claro que SÍ existió una DEMORA en la cirugía que NO debía darse y que la Clínica le atribuye a la

condición de salud del paciente (problemas respiratorios hipertensión arterial y problemas abdominales)... Atento lo dispuesto en el Art. 164 del COGEP, para este Tribunal Ad quem resulta determinante el INFORME DE AUDITORÍA que el 21 de marzo de 2019 presenta la AGENCIA DE ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y PEDICINA PREPAGADA, ACESS (fs. 16), ya que, para el caso que nos ocupa, no solo se lo considera suficientemente técnico sino también imparcial, al originarse en un ente estatal con atribuciones para realizar auditorías para el mejoramiento continuo de la calidad de los servicios de salud. En este sentido, tenemos que el referido^{1/4} .varias son las fuentes de su elaboración y, en este caso en particular, 3 de las 4 fuentes provienen de la propia Clínica o de su personal^{1/4} . La ACESS establece que a lo largo de la auditoría se determinó que en la primera atención, la Clínica no diagnóstico la fractura de columna lumbar A PESAR DE QUE EN LA RADIOGRAFÍA REALIZADA AL PACIENTE SI PRESENTABA SIGNOS SUGERENTES DE FRACTURA LUMBAR, únicamente le diagnosticaron lumbalgia aguda y le dieron de alta; por lo que 3 días después el paciente reingresó con dolor lumbar y también abdominal, momento en que sí se le diagnosticó la fractura lumbar; durante esos 3 días, el paciente padeció dolores intensos^{1/4} . En cuanto a la infección del sitio quirúrgico (ISQ) los técnicos de la ACESS señalan que puede deberse a múltiples factores cuya mayoría pueden gestarse el momento de la cirugía; pueden ser factores endógenos (edad del paciente, comorbilidad, diabetes, obesidad, etc) o exógenos (estancia preoperatoria prolongada, inserción de implante protésico, duración de la intervención y cirugía laparoscópica). .. Algunas revisiones sistemáticas demostrarían que los drenajes son innecesarios, no mejoran los resultados postoperatorios. Se establece que la recolocación del drenaje pudo haber contribuido al apareamiento de la infección de la herida quirúrgica del paciente (ver fs. 33 vta). En las conclusiones que arroja la auditoría realizada por el ente estatal ACESS, se resume que el paciente no fue diagnosticado con la fractura de columna lumbar por la especialista en traumatología a pesar de que la radiografía SÍ presentaba signos sugerentes de fractura. El 19 de noviembre fue intervenido quirúrgicamente; durante la hospitalización, se presentó la infección del sitio quirúrgico que motivó un nuevo procedimiento y antibioticoterapia de amplio espectro más antifúngicos que prolongó la estancia hospitalaria por aproximadamente 40 días. El Médico Residente refiere que solo acomodó el drenaje; se habrían incumplido varias prácticas seguras del manual de seguridad del paciente-usuario, como conciliación de medicamentos, control y uso de abreviaturas y administración correcta

de medicamentos. No se ha registrado, en algunos de los formularios de consentimiento informado, datos de importancia ni toda la información requerida. Finalmente, establece la ACCESS que la infección del sitio quirúrgico pudo haber sido causado por uso de instrumental traumatológico, el uso de antibioticoterapia, la utilización de sonda vesical, tiempo quirúrgico prolongado y su estancia en UCI. Este Tribunal señala que todas estas posibilidades NO resultan imputables al paciente, más aún cuando en el mismo informe de auditoría de la ACCESS, en la parte técnica se manifiesta que la recolocación del drenaje ^a ¼ pudo haber contribuido al apareamiento de la infección de la herida quirúrgica del paciente^o (ver fs. 33 vta.), lo que no ha sido descartado.- Frente a todo lo que de manera técnica ha evidenciado el informe de auditoría médica de la AGENCIA DE ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y PEDICINA PREPAGADA, ACCESS, este Tribunal NO advierte que en la especie, la Jueza A quo haya realizado una errada valoración probatoria, materia de la apelación de la demandada, ya que básicamente la cronología de lo sucedido durante el tratamiento de la caída sufrida por el actor en la Clínica demandada resulta coincidente; la discrepancia se ha presentado con respecto a la interpretación de las actuaciones médicas en dos momentos específicos, mismas que, en atención al informe de auditoría, resultan para este Tribunal, negligentes e imprudentes, más aún cuando se trataba de la atención de un adulto mayor que ameritaba una atención prioritaria¹/₄ [SIC]

62. Según la Corte Constitucional del Ecuador, para que la fundamentación fáctica se considere suficiente, ha de contener una justificación de los hechos dados por probados en el caso, pues la motivación sobre los hechos no puede consistir en la mera descripción de las actividades probatorias de las partes, sino que ha de existir demostración que la prueba ha sido analizada, de manera que se permita conocer las razones que llevaron a la conclusión del fallo, la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo mínimo, solo cuando se trate de cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos no requieren ser probados .

63. De lo transcrito, se desprende que el tribunal de apelación cumple con el criterio rector de la motivación en lo que lo que atañe a una argumentación fáctica suficiente, toda vez que determina plenamente los hechos en que sustenta su decisión y explica las razones que llevaron a ratificar la responsabilidad civil por daños y perjuicios de la clínica demandada,

estableciendo que las actuaciones médicas descritas a lo largo del tratamiento del actor, resultaron negligentes y si bien no se establece taxativamente que aquellas son el nexo causal del daño, del contexto del análisis fundamento de la decisión de segunda instancia, se puede establecer que la causa del daño producido al actor, fue la prestación poco diligente del servicio de salud de la clínica demandada.

64. Por ello la alegación de la parte recurrente, en el sentido que la sala no ha descrito la totalidad de interrogatorios y contrainterrogatorios y que por tal carece de fundamentación fáctica, resulta improcedente, pues la sala de apelación en voto de mayoría, precisa cuáles son los hechos determinados como ciertos a partir del acervo probatorio relevante para la decisión. Además, de que gran parte de la cronología y hechos suscitados han sido coincidentes con los manifiestos de la demanda y su contestación.

65. En estos términos, este tribunal encuentra que el razonamiento esgrimido por el ad quem, desarrolla argumentos suficientes, claros y adecuados con la decisión, al ser el resultado lógico del contraste y valoración razonable de los hechos a partir del acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida. No se vislumbra entonces, vulneración de la garantía de motivación, siendo improcedente la casación por el caso dos.

7.3. Resolución de los cargos por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP

66. En casación, los vicios en la valoración probatoria, son examinados por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP, y pueden consistir en la falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba siempre que conduzcan a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho sustantivo.

67. A esta causal se la denomina de infracción indirecta del derecho sustantivo. Por cuanto el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (la primera violación) conduce a otra violación, la de las normas de derecho sustantivo (segunda violación).

68. De allí la denominación de violación indirecta, siendo que mediante la casación no se puede soslayar la convicción que sobre los medios de prueba haya alcanzado el juez de instancia, sino únicamente la aplicación e interpretación de las normas de derecho material.

69. La demostración del yerro por esta causal, exige especificar:

a) El o los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico; son preceptos de valoración probatoria, los que le dicen al juzgador el valor específico o determinado que contiene cada medio de prueba, en virtud del cual se ha de formar su convicción.

b) El modo por el que se comete el vicio, esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) o por falta de aplicación, 3) por errónea interpretación. Lo que deberá precisarse en relación con un precepto jurídico de valoración probatoria en particular; por lo que no es lógica la acusación de que se ha producido más de uno de aquellos vicios en relación con un mismo precepto jurídico, puesto que estos vicios son diferentes, autónomos, independientes y hasta excluyentes entre sí.

c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Esta segunda infracción, la de las normas de derecho sustantivo, es necesaria, por cuanto una vez efectuada la valoración de los instrumentos probatorios, los juicios de hecho obtenidos por el juez, se deben adecuar los presupuestos jurídicos de las normas que regulan lo demandado, para determinar su procedencia o no.

d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. (La sola enunciación de las normas de valoración infringidas y de las normas de derecho material, no basta para el cargo, puesto que en materia civil no existe casación oficiosa (como en penal), de allí que la explicación y demostración del yerro es obligación del casacionista, dicha carga no puede ser suplida por el juez de casación.

70. En esencia, los cargos por esta causal parten de errores de hecho y terminan en errores de derecho. De allí que en virtud de su verificación excepcionalmente puede ser asumida la valoración por el Tribunal de Casación, solo si el error es protuberante y de tal trascendencia

que sin él no se haya podido arribar a la decisión adoptada en la resolución impugnada, de manera que la presunción de legalidad de la sentencia decaiga por su propio peso.

71. Podrá actuar de esta manera el tribunal de casación, solo cuando se haya formulado cargo por la causal cuarta del 268 del COGEP y siempre que medie demostración a partir de la infracción de los preceptos de valoración de prueba.

72. Según refiere el impugnante en casación, la sala infringe el artículo 164 del COGEP, en lo atañe a la aplicación de las reglas de la sana crítica, considera que la sala decidió en base de la íntima convicción, expresando únicamente lo que ellos pensaban según su criterio, sin tomar en cuenta la prueba, en específico el informe emitido por el ACESS.

73. Que según dicho informe, existen varias causas que pudieron haber producido la infección en la herida quirúrgica del actor, además de la recolocación del catéter, y que por tal no habría certeza de este hecho. En ese sentido denuncia la infracción del artículo 199 del COGEP, que determina que la documental es indivisible por lo que no cabe que se acepte en una parte y se rechace en otra como ha sucedido en el caso. Y que la sentencia de mayoría, se fundamenta únicamente en el contenido de los informes periciales y no en la sustentación de los mismos como establece el artículo 222 del COGEP. Añadiendo que los peritos no habrían sido técnicos especializados médicos, lo que daría cuenta de que la decisión se adoptó en base de la íntima convicción y no de la sana crítica.

74. Ahora bien, el orden civil ecuatoriano acoge a la sana crítica como sistema de valoración, el mismo se encuentra contenido en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos que determina:

Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión. (El énfasis corresponde a la sala)

75. Es decir, que ante la presencia de pruebas solemnes su valoración está sujeta al cumplimiento de las formas que la ley establece para su existencia jurídica. En tal razón, queda claro que la norma *ibídem*, cuya infracción se acusa en el caso, no contiene en si una regla de valoración de prueba, al ser un sistema valoración que guía la apreciación de la prueba excluyendo la valoración discrecional del juzgador, su libre convicción.

76. Al ser la sana crítica ^a la valoración de la prueba, bajo las reglas la lógica y de la experiencia, tendientes a asegurar el más certero razonamiento^o, aquella es facultad soberana de las instancias, por lo que el control de la valoración escapa a la casación; la vulneración de las reglas de la sana crítica, solo es motivo de casación cuando se demuestra de manera evidente, que el Tribunal *ad quem* ha actuado arbitrariamente, apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en la observación racional, puesto que la decisión a más de ser razonada debe ser el resultado lógico de los hechos y las conclusiones que sobre ellos se alcance con la apreciación motivada de los elementos de la prueba.

77. En ese sentido, existe arbitrariedad en la decisión, cuando el juzgador resuelve apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en la observación racional, puesto que la decisión ha de ser el resultado lógico de los hechos y el razonamiento que sobre ellos efectuó el juzgador, previa la apreciación motivada de los medios de prueba. Nada de lo cual ha explicado ni demostrado la parte recurrente que ocurra en el caso.

78. Lo que pretende a todas luces la parte casacionista, es que este Tribunal de casación, revalore los elementos de prueba aportados, lo que está prohibido en sede casacional, según el inciso cuarto del artículo 270 del COGEP.

79. En el *in examine*, de los razonamientos del tribunal *ad quem*, se tiene que la valoración se ha efectuado en forma íntegra, respetándose las reglas de la sana crítica, sopesando las pruebas en conjunto; de lo cual, según la experiencia y la lógica aplicada por el Tribunal de apelación, han concluido que existe demostración de la responsabilidad civil que obliga a la parte demandada.

80. En lo que atañe a la presunta infracción de los artículos 199 y 222 del COGEP, relativos a la indivisibilidad de la prueba documental y a la obligación de los peritos de sustentar su informe en audiencia, no se observa en el caso vulneración a dichos preceptos.

81. Puesto que el tribunal de apelación anota en su fallo todas las conclusiones del informe del ACCESS, en virtud de las cuales determina que una de las muchas causas que pudo dar lugar a la infección de la herida quirúrgica del actor, es la recolocación del catéter, es decir que el Tribunal valorando globalmente dicha pericia y sus conclusiones; y, al no existir prueba que descarte que el médico residente recolocó el catéter en la herida del paciente, al ser una posibilidad de la infección su reinserción, resolvió que esa actuación entre otras hace parte del hecho ilícito que configura la obligación indemnizatoria por daños y perjuicios.

82. Además, si la parte demandada consideraba que el rigor técnico de los peritos Jaime Aroca y Francisco Arizaga, no correspondía a la calidad de las pericias requeridas, debía presentar oposición en su momento a dichos informes y en todo caso en la audiencia correspondiente, refutar la idoneidad de dichos profesionales.

83. Bajo estas consideraciones, este tribunal de casación, no encuentra vicio alguno que determine arbitrariedad en la valoración de los medios de prueba practicados en juicio, razón por la que se rechaza la impugnación por el caso cuatro de casación.

7.4. Resolución de los cargos por el caso cinco del artículo 268 del ^aCOGEP°

84. El caso cinco de casación, regula los vicios in iudicando, producidos por violación directa normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, denominada también error de subsunción.

85. La naturaleza de esta causal, recae sobre la pura aplicación del derecho, por violación directa, de manera que independientemente del error en la estimación de los hechos, lo que fija el yerro por esta causal, es la aplicación o interpretación de los presupuestos fácticos al

hipotético normativo.

86. En esa línea, la ex Corte Suprema de Justicia, precisaba con respecto a la causal primera de casación, actual caso quinto:

El vicio que la causal primera imputa al fallo es la 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 por tres diferentes tipos de infracción, que son: por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho; siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto; lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley.

87. En fin, esta casual supone que no hay discusión en cuanto a los hechos que se tiene como probados, sino controversia en la aplicación e interpretación de las normas de derecho con respecto a los hechos; lo que se resume en la regulación del ejercicio de subsunción de la situación fáctica al supuesto normativo.

88. Según ha referido la parte recurrente entorno a esta causal, el tribunal ad quem no habría aplicado el artículo 7 del Código de Ética Médica: ^aEl Médico está obligado a llevar una ficha clínica escrita de cada uno de sus pacientes y registrar la evolución que constate en los mismos^o; así como el artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud: ^aLos servicios de salud, serán corresponsables civilmente, de las actuaciones de los profesionales de la salud que laboran en ellos^o.

89. Bajo estas normas alega que conforme consta en el voto de mayoría, al no haberse

desvirtuado que el dren, hallándose fuera del sitio quirúrgico, haya sido recolocado por el médico tratante, aquello habría derivado en un acto ilícito atribuible a los profesionales médicos y a la Clínica. Conclusión que según la parte casacionista, no explicaría el nexo causal entre el daño y el presunto acto ilícito de la Clínica Internacional; y que, por el contrario serían los médicos tratantes los responsables del daño, quienes no fueron llamados como demandados en el caso.

90. Ahora bien, la responsabilidad civil extracontractual en nuestra legislación, es en esencia subjetiva, es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración.

91. Así, la configuración de la responsabilidad civil extracontractual, exige tres presupuestos o elementos: 1. Un daño o perjuicio, material o moral. 2. La culpa, demostrada o preexistente. 3. Un vínculo de causalidad entre el uno y el otro.

92. Con respecto a la concurrencia de un daño o perjuicio cierto, este se entiende doctrinariamente como la lesión a un interés jurídicamente tutelado, ya sea que se encuentre reconocido o no de manera expresa por el derecho, siempre que ese interés no se encuentre reprobado por la ley, de allí que, en la responsabilidad civil por daño, la lesión puede derivar de un derecho patrimonial o extrapatrimonial.

93. En suma, el daño es susceptible de reparación ante un comportamiento positivo o acción que irroque daño (dolo), u omisión, determinada por comportamiento negativo, un no hacer, (culpa); que se puedan catalogar como ilícitos, partiendo de que no todo daño es producto de acción u omisión ilícita.

94. En fin, el daño para ser resarcible ha de ser cierto, existente y consecuencia de la lesión del bien en protección. Y por tanto, producto de una acción u omisión ilícita.

95. Por su parte, la culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto, dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles y, es culposa cuando el agente causa un daño

sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias.

96. A partir de los elementos de daño cierto y la culpa demostrada en el cometimiento de la acción u omisión ilícita, se corrobora el nexo causal, que no es otra cosa que la relación existen entre estos los dos tópicos —daño y la culpa del hecho ilícito—la que permite atribuir responsabilidad civil y por tanto obligar a reparar al afectado.

97. La doctrina explica que ^a el sentido común se niega a admitir la existencia de un daño que deba ser soportado por quien no ha contribuido a su realización: debe darse, necesariamente, cierta relación entre el daño causado y la conducta del que está llamado a responder por el mismo^o .

98. En ese contexto el artículo 2214 del Código Civil, precisa que, 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; y, por regla general del artículo 2229 ibídem, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

99. El interés que se tutela en el caso, es de carácter extracontractual y patrimonial por daños materiales y extrapatrimonial también por el daño moral demandado, el ad quem, determinó que el daño causado al actor existe y que aquel ha sido consecuencia de la deficiente prestación del servicio de salud de la clínica demanda.

100. El daño causado al actor y la culpa de la demandada, según se desprende de la sentencia, se encuentran justificados, toda vez que el actor no fue diagnosticado desde un inicio con la fractura de columna, pese a haber sido tratado por la médica especialista de la clínica en traumatología. Lo que motivó que su situación médica se agrave.

101. Además, durante su estancia hospitalaria luego de haber sido intervenido quirúrgicamente, se incumplieron varias prácticas seguras del manual de paciente y recolocó del dren en el sitio quirúrgico, causándole al paciente una grave infección por la que tuvo que

ser intervenido nuevamente en quirófano. Hechos que se tienen como ciertos, al haber sido probados en instancia y sobre los cuales no puede haber discusión en casación y menos entorno a causal quinta.

102. Mientras que el nexo de causalidad, según aparece en la parte final del apartado 4.3.4 del voto de mayoría, se deriva de las actuaciones que los médicos tratante del señor Gilberto Torres Ron, en el desempeño de sus funciones en la Clínica Internacional INTERSANITAS S.A., efectuaron con falta de diligencia y cuidado en el tratamiento del actor, actuaciones ilícitas que derivaron en el daño. Es decir que efectivamente, el daño fue producto de la actuación ilícita reiterada de los personeros la clínica demandada; teniéndose lo ilícito como lo contrario al orden público y a las buenas costumbres. Conceptos que se cumplen en la especie.

103. En el caso, la sentencia bajo ningún supuesto podía sancionar civilmente las actuaciones de los médicos tratantes del actor, toda vez que la decisión de la controversia, solo aprovecha o perjudica a quienes son parte procesal.

104. Al no haber sido demandados los médicos que atendieron al actor, mal habría hecho el tribunal de apelación, al determinar su responsabilidad solidaria como pretende la parte casacionista. De estimar que en el caso, faltaba la litis consorcio necesario, bien pudo la demandada oponer dicha excepción en su contestación a la demanda.

105. Aquello no obsta de que la Clínica Internacional, al tenor del artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud, exija que los médicos tratantes del señor Torres Ron Gilberto Rene, respondan civilmente como corresponsables en el hecho ilícito, pues a la luz del artículo 2225 del Código Civil, se encuentra facultada para demandar que aquellos le indemnicen en la parte que por corresponsabilidad, como profesionales que laboran en la clínica, les corresponda.

106. Bajo estas consideraciones, no se encuentra que la sentencia recurrida adolezca de vicios por la causal quinta, la sentencia ha efectuado correctamente el ejercicio de subsunción

de los presupuestos fácticos con las normas regulatorias de la reparación del daño por responsabilidad civil, por lo tanto, se niega el cargo.

VIII. DESICIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala 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**, por unanimidad, resuelve:

1. Rechazar el recurso de casación planteado por la demandada CLINICA INTERNACIONAL INTERSANITAS S.A, contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. del 7 de junio de 2022, las 08h17.
2. Disponer la entrega del valor de la caución rendida a la parte actora, por la demora en la ejecución de la sentencia, conforme lo dispuesto en el artículo 275 del COGEP
3. Notifíquese y devuélvase.

LUIS ADRIAN ROJAS CALLE
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL (E)



Abg. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

Quito:
Calle Mañosca 201 y Av. 10 de Agosto
Atención ciudadana
Telf.: 3941-800
Exts.: 3133 - 3134

www.registroficial.gob.ec

IM/FMA

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

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

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