

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**

J09332-2015-02020, J18334-2015-03766

FUNCIÓN JUDICIAL

221180432-DFE

Juicio No. 09332-2015-02020

JUEZ PONENTE: LUIS ADRIAN ROJAS CALLE, JUEZ NACIONAL (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 8 de enero del2024, las 12h48. **VISTOS.** ± Agotada la tramitación de la causa en casación, el infrascrito

Tribunal procede a resolver el recurso casación interpuesto por la parte accionante, Miguel

Ángel Alvear Cardenas, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la

empresa CARTORAMA C.A., dentro del presente juicio ordinario de daños y perjuicios. En

tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, se

dicta la correspondiente sentencia motivada:

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.-

2. El abogado Hugo Cisneros Navarro, comparece en calidad de Apoderado de las compañías: Allianz Global Corporate & Specialty AG, AXA Versicherung - Aktiengesellschaft, Basler Securitas Versicherung - Aktiengesellschaft, Gothaer Allgemeine Versicherung AG Hamburg, Condor Allgemeine Versicherungs AG, Kravag Logistic Versicherung - AG, Schwarzmeer und Ostsee Versicherungs - Aktiengesellschaft SOVAG, ERGO Versicherung AG, AIG EUROPE Ltd., las cuales concurren como subrogantes de los derechos y acciones de la compañía RASTODER D.O.O; señalando que la compañía AIG EUROPE Ltd. es el resultado de la fusión entre las empresas Chartis Europe Ltd. y Chartis Europe S.A.

3. Manifiesta que bajo la modalidad FOB, la compañía RASTODER, adquirió las siguientes mercancías: a) A la Compañía Servicios Técnicos Bananeros Sertecban S.A., un total de 254.249 cajas de banano bajo las marcas Derby, Slobana y Favola, a un precio total de USD \$2@15.178.51 (Dos Millones Trescientos Quince Mil Ciento Setenta y Ocho Dólares de los Estados Unidos de América con 51/100), que incluía el costo de las cajas de cartón y pallets. b) A la compañía OBSA ORO BANANA S.A., un total de 20.601 cajas de banano de marca DERBY, a un total de USD \$134.474.55 (Ciento Treinta y Cuatro Mil Cuatrocientos Setenta y Cuatro Dólares de los Estados Unidos de América con 55/100). Que Sertecban S.A.

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

y Obsa Oro Banana S.A., acordaron vender a RASTODER, las indicadas cajas con banano tipo cavendish, con las respectivas marcas ya sea DERBY, SLOBANA o FAVOLA.

4. Que para el transporte internacional de la indicada mercadería la compañía RASTODER con fecha 6 de mayo del 2011, charteó los servicios de la nave MV ALMEDA STAR, con el objetivo de que transporte dicha mercadería desde Puerto Bolívar, Ecuador, hasta el Puerto de Bar en Montenegro (Europa), siguiendo a Odessa, y con la posibilidad de modificar la ruta, como fue acordado con los armadores de dicha nave la empresa Star Reefers Pool Inc.

5. Que la intención de RASTODER era poder comercializar el banano a terceros en Europa y que sea entregado en el puerto que los compradores soliciten y para este se había pactado expresamente en el acuerdo de chárter de la nave, la posibilidad de cambiar la ruta.

6. Indica, que la agencia del Campo Shipping emitió los conocimientos de embarque o "Bill Of Lading", correspondiente al primer tramo, certificando que la nave indicada, había recibido por parte de los respectivos cargadores mencionados, en cada uno de los conocimientos de embarque, las cajas que contenían banano fresco y verde tipo Cavendish, comenzándose el embarque el 11 de mayo del 2011. Contando RASTODER con la suficiente anticipación para poder ofrecer la fruta en el mercado internacional y que aquella llegue en excelente condiciones a los compradores.

7. Que sin embargo, una serie de medidas arbitrarias, inspiradas y motivadas por la compañía CARTORAMA C.A., impidieron que la nave pueda zarpar en el tiempo programado.

8. Específicamente el Juicio ejecutivo CARTORAMA vs. SERTECBAN, interpuesto el 11 de Mayo del 2011, por la empresa CARTORAMA C.A., reclamando el pago de facturas, en contra de la compañía SERTECBAN S.A. Sorteada al Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil con el número 09302-2011-0403. Demanda en que se solicitaba como medida cautelar, el secuestro de los bienes de propiedad de la compañía demandada (refiriéndose a Sertecban) los que enviaba al exterior, a la Compañía Rastoder, con destino a la ciudad de

Lubiana, República de Slovenia; desde el puerto de Puerto Bolívar, Provincia del Oro; y, que consisten en cajas de banano, que durante la presente semana las están embarcando en los Buques BARENTS BAY, ALAMEDA STAR, acoderado en dicho puerto, secuestro que solicito hasta por la cantidad de Un Millón de Dólares, que aseguren el pago de lo adeudado..."

9. Que en su petición Cartorama C.A, afirmó que dichos bienes cuyo secuestro pretendía, eran de propiedad de la demandada Serotecban .

10. Que el 12 de mayo del 2011, comparece Walter Adriano Freire Chávez, solicitando al Notario de Guayaquil Oswaldo Florencia que se recepten las declaraciones de los señores JUAN CALIXTO RUIZ CANBA y NANCY GRACIELA LARGO ACUÑA, para que declaren en lo principal: 1) "si es verdad que conoce que la compañía SERVICIOS TECNICOS BANANEROS SERTECBAN S.A. realiza atreves del Puerto Bolívar la Exportación de Banano en caja a la ciudad de Lubiana-Eslovenia, todas las semanas." 2) "como es verdad que conoce que esas exportaciones de banano en caja que realiza la Compañía SERVICIOS TECNICOS BANANEROS (SERTECBAN S.A.) a la compañía Rastorder, en la ciudad Lubiana-Eslovenia es de su exclusiva propiedad° .-

11. El indicado notario en la misma fecha, 12 de mayo, pero a las 11h05 dispone que los testigos mencionados rindan la declaración, pero los testigos aparecen declarando en marzo; fecha anterior de la orden del notario. Que en efecto, para aportar a las cosas extrañas, el Notario Oswaldo Bolívar Florencia Peña, con fecha 31 de marzo del 2011, en base a una petición presentada el 11 de mayo del 2011 al estilo "volver al futuro"- recibe las declaraciones de los testigos. Ambos responden lo mismo, en resumen: 1) que conocen al peticionario "en relaciones comerciales desde hace mucho tiempo".- 2) "que la compañía SERVICIOS TECNICOS BANANEROS SERTECBAN realiza a través de Puerto Bolívar la Exportación de banano en caja a la ciudad de Lubiana Eslovenia, todas las semanas".- 3) que "es verdad que conoce que esas exportaciones de banano en caja que realiza la Compañía SERVICIOS TECNICOS BANANEROS SERTECBAN S.A. a la compañía RASTORDERM en la ciudad de Lubiana-Eslovenia es de su exclusiva propiedad©Que lo dicho lo saben "por haber mantenido relaciones comerciales con el interesado".

12. Que con dicha declaración sumaria de testigos incongruente en las fechas, incongruente en las declaraciones, Cartorama C.A. solicita que se secuestren las cajas de banano supuestamente de propiedad de la demandada Sertecban. Sin embargo es muy claro darse cuenta que los indicados "testigos" en ningún momento afirman que las cajas de banano se encuentran a bordo de las naves, ni siendo embarcadas a las naves. Los testigos sólo se refieren a exportaciones "todas las semanas". Que tal afirmación respecto a que el banano está embarcándose y embarcado lo hizo Cartorama C.A.: "...que consisten en cajas de banano, que durante la presente semana las están embarcando en los Buques BARENTS BAY, ALAMEDA STAR".

13. Que el 13 de mayo del 2011, el Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil, temporal, admite a trámite la demanda señalando: "...En mérito de la prueba testimonial actuada y acompañada, a petición del accionante y de conformidad con lo que dispone el Artículo 422 del Código de Procedimiento Civil, se ordena el secuestro de los bienes de propiedad de la compañía demandada antes nombrada, los mismos que consisten en cajas de banano, las mismas que actualmente están embarcadas en los buques BARENTS BAY y ALAMEDA STAR, los mismos que se encuentran en Puerto Bolívar, Provincia de El Oro, secuestro que será hasta por la suma de US\$ 588,000.00. Para la práctica de dicha diligencia, se Deprecia la misma al señor Juez de lo Civil del Cantón Machala, enviándole el correspondiente Despacho en forma, ofreciéndole reciprocidad en casos análogos. Se faculta a dicho Juez Deprecado para que designe al Depositario Judicial que deba intervenir en esa diligencia, así como oficiar al Comandante de la Policía Nacional acantonada en ese lugar para que designe a uno de sus miembros para que colabore en el secuestro ordenado. Los funcionarios que se designen e intervengan en el secuestro deberán cerciorarse bajo su responsabilidad de que los bienes a secuestrarse, sean de propiedad de la demandada".

14. Que el Juez hace alusión a la nave ALAMEDA STAR, pero el 14 de Mayo del 2011 el señor Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil, aclaró el auto inicial en el sentido de que el buque donde se encuentra la mercadería cuyo secuestro se había ordenado se llama ALMEDA STAR y dispuso se notifique de tal particular al Juez deprecado y que además se oficie al Capitán del Puerto de Puerto Bolívar para que "impida el zarpe del buque ALMEDA

STAR" hasta que se cumpla y se retire completamente todas las cajas de banano.

15. Indica que Cartorama C.A. conocía bien de las transacciones comerciales que tenían Sertecban y Rastoder. Y que la forma de comercialización de banano entre Rastoder y Sertecban era bajo la modalidad FOB, modalidad que implica que el comprador asume la propiedad y el riesgo de la carga una vez que ya se han embarcado las mercancías; que de conformidad con el artículo 700 numeral cuatro del Código Civil, cuando una parte se encarga de poner la cosa a disposición de otra, en el lugar convenido, opera la tradición de las cosas corporales muebles y en consecuencia se transfiere el dominio de las cosas corporales muebles, de conformidad con el artículo 686 ibídem.

16. Que Cartorama C.A. conocía muy bien que una vez que SERTECBAN entregó la mercadería a la nave MV ALMEDA STAR, e inclusive antes, una vez que el banano se le puso las marcas de propiedad de Rastoder, esta mercadería ya no era propiedad de dicha SERTECBAN sino de RASTODER. Que pese a aquello, la demandada a través de su representante legal, solicitó, gestionó, apuró e insistió tercamente y con malicia en el ilegal secuestro de las mercancías que se encontraban dentro del MV ALMEDA STAR y que eran de propiedad de RASTODER. Sabiendo Cartorama C.A., que en el mundo de los negocios del banano, el hecho de retener una nave cargada de banano en un puerto significaba una medida negligente que ocasionaría que dicha fruta se dañe, al podrirse, como en efecto ocurrió.

17. Que el 16 de mayo del 2011, el Capitán del buque MV ALMEDA STAR dirigiéndose al juez del juicio ejecutivo, señaló: "...en las bodegas del "ALMEDA STAR" que se encuentra acoderado en uno de los muelles de la Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, no existe ningún tipo de mercadería de propiedad de la Compañía SERTERBAN S.A.; por cuanto el banano que se encuentra en las bodegas del buque es de nuestro cliente y propietario de las cajas de banano de la marca "DERBY" la empresa "RASTODER D. O. O.", de la República de Eslovenia, tal como consta de la declaración Aduanera Única A cuya copia legalizada estoy adjuntando". "La Legislación Ecuatoriana es muy clara y expresa con lo relacionado a las naves en el Código de Comercio y el Código de Policía Marítima a tal punto que los artículos 734 y 735, del antes referido Código de Comercio, indica

expresamente cuales son las causales por las que las embarcaciones se les prohíba el zarpe por embargo, peor puede ordenarse secuestro de bienes o mercancías de bienes que son de terceras personas; sin considerarse que se está violentando el Derecho Internacional de su parte. "...por cuando la embarcación a mi mando no puede estar retenida ilegalmente con productos que son de terceras personas a más de ser perecibles, y que al abrirse las bodegas que están por debajo de los 40 centígrados, se dañaría la fruta (banano), por lo que solicito a Usted de la forma más comedida, se digne ordenar al señor Capitán del Puerto de Puerto Bolívar confiera el zarpe del buque MV ALMEDA STAR..."

18. Que el mismo día 16 de mayo del 2011, el señor Jorge Valverde Huiracocha, por los derechos de SERTECBAN, compareció indicando: "usted ha dispuesto... el secuestro de "cajas de banano" embarcadas en los buques que se mencionan en la providencia como si tales cajas (que no se sabe cuántas ni cuales son) fuesen de propiedad de Sertecban S.A. Siendo las 16h10 horas el Alguacil y el Depositario efectuaron y secuestraron «virtualmente" la mercadería, pues no pudieron hacer la aprehensión material debido a que el producto se encontraba ya embarcado en el buque "Alameda Star". Como resulta que el buque no se llamaba "Alameda Star" sino Almeda Star, al días siguiente, sábado 14 de mayo de 2011, a las 09h18 Usted corrige la providencia. "Por otra parte, señor Juez, desde el momento en que las cajas de banano se embarcaron en el "Almeda Star" y se emitió el respectivo conocimiento de embarque, dejaron de pertenecer a SERTECBAN, pasando la propiedad al importador extranjero comprador de la fruta. La mercadería, por consiguiente, no es de propiedad de Sertecban." "La entrega de la mercadería en el contrato de compraventa mercantil es solamente el cumplimiento de una obligación derivada el contrato.... El artículo 189 del Código de Comercio, que trata sobre la compraventa mercantil, establece que "Perfeccionado el contrato, el vendedor debe entregar las cosas vendidas en el plazo y lugar convenidos". De su lado, el art 194 del Código Comercio establece que la cosa vendida puede ser entregada en distintas modalidades: "1. Por el envío que de ella haga el vendedor al comprador, a su domicilio o a otro lugar convenido en el contrato... 3. Por el hecho de poner su marca el comprador, con el consentimiento del vendedor, a las cosas compradas.... ". "Por otra parte, esta compraventa se celebró bajo la modalidad F. O. B. Es decir que el lugar de la entrega convenido fue en el puerto, lo que en efecto se cumplió. De manera, señor Juez, que el contrato de compraventa entre Sertecban y el importador extranjero ya se había perfeccionado

y se ejecutó en el momento en que la mercadería fue entregada en el puerto y cargada en el buque. SERTECBAN, por tanto, no es la propietaria de las cajas de banano cuyo secuestro ha sido ordenado por Usted."

19. Añade la demandante, que la negligencia y la malicia de Cartorama C.A se evidencia nuevamente en insistir en el secuestro de mercancía ajena e impedir el zarpe de la nave, pues el 16 de Mayo del 2011, el Juez Provisional Segundo de lo Civil de Guayaquil Pablo Pazmiño, corrió traslado a la parte actora (CARTORAMA) con lo expresado por el demandado, por el término de 48 horas.

20. Que el mismo 16 de Mayo del 2011 Armando Elizalde Ycaza, Director Regional de Espacios Acuáticos de El Oro y Capitán de Puerto de Puerto Bolívar se dirige al Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil (fojas 97 del juicio Cartorama vs Sertecban) y le solicita que se señale un tiempo prudencial para que el depositario judicial proceda al retiro de las cajas de banano del buque ALMEDA STAR^{1/4} y sobre cuyo zarpe existen varias peticiones efectuadas en esa Capitanía como son la del señor Capitán del Buque, de los señores representantes de la Agencia Naviera y de quien dice ser propietario de la fruta RASTODER D.O.O., adjuntando copias, y advirtiéndolo: "considerando que al permanecer en puerto habría afectaciones económicas a terceros que nada tiene que ver con esta situación en particular".-

21. Que el día 18 de mayo del 2011 el señor Jorge Valverde Huiracocha en escrito dirigido al Juez Segundo de lo Civil, expresa: "El secuestro, señor Juez, nunca se llevó a cabo. Fue un secuestro fallido, virtual, imposible de ejecutar porque las cajas de banano ya no eran de Sertecban sino del importador que había dispuesto se guarden en las bodegas del buque selladas y refrigeradas". "El acta de secuestro es una acta falsa. Los testigos que sirvieron de base para la información sumaria son testigos falsos... Revoque Usted, señor Juez, este secuestro imposible de practicar que lo han hecho ordenar induciendo a engaño a la justicia."

22. Que a pesar de todas estas advertencias, el entonces Gerente General de Cartorama C.A compareció el 18 de mayo 2011, ante el Juez, rechazando los escritos presentados, en el caso del capitán de la nave ALMEDA STAR, arguyendo que no es parte procesal, y respecto

al representante de SERTECBAN arguyendo e insistiendo que la mercancía es de propiedad de la demandada SERTECBAN, a pesar de que claramente reconocía que la mercancía estaba ya embarcada en la nave ALMEDA STAR.

23. La empresa RASTODER se encontraba en consecuencia como víctima de una situación ajena a su control debido a la negligencia y malicia de los representantes de Cartorama C.A.

24. Que Cartorama C.A ejecutó un "secuestro virtual", un "secuestro en papeles", sin verificación, sin cuantificación de cajas de banano, sin la traba real del bien, respecto a cajas de banano que habían sido vendidas y entregadas a RASTODER tanto por la demandada Sertecban como por Obsa Oro Banana S.A.

25. Que el viernes 20 de mayo del 2011, el Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil rechazó la revocatoria de la orden de secuestro. A esta fecha, ya eran 7 días que Cartorama C.A había obtenido medidas cautelares respecto de mercancía de propiedad de RASTODER.

26. Que con fecha martes 24 de mayo del 2011, SERTECBAN realizó la consignación de USD\$587,116.86 con el objeto de obtener la liberación de la mercancía ilegalmente secuestrada de propiedad de RASTODER. Disponiendo el 25 de mayo del 2011, el Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil, el levantamiento de la medida cautelar. Estando durante 13 días retenida la fruta de propiedad de RASTODER en Puerto Bolívar, por acciones directas de Cartorama C.A, por el artificio de una información sumaria de testigos, por un pedido de secuestro de bienes que sabía que no eran de propiedad del demandado SERTECBAN, que sabía que eran de RASTODER, por un secuestro en papeles que no llegó a consumarse, obteniendo órdenes para impedir el zarpe de la nave MV ALMEDA STAR, y a pesar de las advertencias y evidencias, mantener maliciosamente la posición de que continúen las medidas cautelares y la prohibición de zarpe del barco.

27. Que Cartorama C.A reconoció el "secuestro de papel", pues en alegato presentado el 14 de diciembre del 2011, reveló "...La medida cautelar solicitada y ordenada por Ud. Señor Juez, se practicó a medias..." Fojas 407. "... he dicho a medias Señor Juez, porque

efectivamente, el Depositario Judicial designado, hizo el secuestro, pero solamente en papel, ya que físicamente nunca las cajas de banano fueron sacadas del mencionado Buque y trasladadas a alguna Bodega que dicho funcionario debía tener para estos casos." "Mediante providencia del 14 de Mayo del 2.011, a las 9h18, a petición del accionante, se aclaró el auto inicial, en el sentido de que el Buque donde se encontraban las cajas de banano a secuestrarse, de propiedad de la demandada, se llama ALMEDA STAR y no como se había hecho constar..." " así, señor Juez, con innumerables escritos presentados por personas que no son incluso parte procesales, SE IMPIDIÓ QUE SE CUMPLA CON LA ORDEN DE SECUESTRO POR UD. ORDENADA, y de una manera ilegal, el Buque Almeda Star, zarpó de Puerto Bolívar, llevándose las cajas de banano de propiedad de la demandada, BURLANDOSE SEÑOR JUEZ DE SU ORDEN JUDICIAL Y DE TODAS LAS LEYES ECUATORIANAS, es decir se me ha perjudicado con argucias y leguleyadas."

28. En alegato de Sertecban, de 16 de diciembre del 2011, expresó categóricamente que "el Alguacil llevo a cabo un secuestro virtual", con lo cual se confirma lo expresado por la misma parte actora en este juicio. Sin embargo, la nave fue igualmente impedida en forma ilegal de zarpar por orden del Juez temporal de acuerdo a los pedidos maliciosos de Cartorama C.A.

29. Que finalmente, con fecha 16 de marzo del 2012, el Juez Segundo de lo Civil Ab. Carlos Alvarado, dicta sentencia en el juicio ejecutivo aceptando la excepción de inexistencia del título ejecutivo presentada por la parte demandada y declara sin lugar la demanda. Se revoca definitivamente la medida cautelar de secuestro dictada en este proceso.

30. Que en el considerando SÉPTIMO de la sentencia, incluye lo siguiente: "Análisis aparte merece la diligencia cautelar de secuestro ordenada por el Juez Segundo de lo civil, pues llama la atención que el señor Juez Segundo de lo Civil haya dictado una medida cautelar en base a una información sumaria en la cual no coinciden las fechas en que declaran los testigos con las fechas en las cuales el Notario da fe de que se presentaron ante él."

31. Que en virtud de la apelación de Cartorama C.A, el proceso pasó a la Primera Sala de lo Civil, y sus jueces actuantes el 4 diciembre 2013, resolvieron rechazar el recurso de

apelación y confirmar la sentencia subida en grado. La sentencia anterior pasó por autoridad de cosa juzgada. Sin embargo a la parte actora se le concedió recurso de hecho una vez que le fuera negada la casación.

32. Que en definitiva, las resoluciones judiciales antedichas confirman que Cartorama C.A carecía de derecho para demandar en la vía ejecutiva a su supuesto deudor y además por consecuencia confirman que no tenía derecho a solicitar la medida de secuestro.

33. Que en cuanto a la mercancía de RASTODER, una vez que la nave fue permitida a zarpar (después de haber estado cargada con fruta por algo más de 13 días) se dirigió inmediatamente a su ruta prevista a fin de entregar la fruta: en primer lugar cruzó el Atlántico para llegar hasta el Puerto de Bar en Montenegro, logrando entregar fruta parcialmente.

34. Debido a las noticias negativas de la retención de la nave en Ecuador fue muy difícil encontrar compradores para la fruta por lo que de allí la nave a pedido de RASTODER se dirigió al Puerto de Tartous en Syria arribando el 23 de junio del 2011. Las novedades fueron las siguientes: Puerto de Bar en Montenegro: Inmediatamente de su llegada a Montenegro, 39.417 cajas con banano fueron descargadas. La descarga se realizó los días 15 y 16 de junio del 2011, los inspectores de la carga pudieron en este proceso de descarga y tránsito verificar la situación de la carga. En resumen se verificó que la fruta se encontraba todavía en buen estado, en general el banano aún no estaba maduro, pero si estaba sensitivo. Sin embargo también se encontraron algunos racimos con podredumbre en la corona, algunas cajas con frutas maduras, evidencias de moho y putrefacción. Era evidente ya habían pasado algunos días y la fruta había pasado el normal proceso biológico que lleva finalmente a la maduración y putrefacción. En todo caso no hubo más novedades por la carga descargada en Montenegro.

35. Que al puerto de Tartous-Syria, la nave arribó a este Puerto el 23 de junio del 2011 e inmediatamente comenzó a descargar las cajas de banano. En esta descarga se pudo verificar que: 137.552 cajas con banano se encontraban con avanzada condición interna de maduración, con lo cual se verifica que su vida útil estaba de su comerciabilidad óptima. 85.500 cajas con banano estaban maduras, suaves, verdes. 12.381 cajas con banano podrido era imposible comercializarlas. En virtud de lo anterior, el banano amarillo y suave había

perdido su valor de mercado, con una alta depreciación debido a la finalización de su vida útil. Esto ocasionó severas demoras a la nave, primero debido a que fue necesario discutir ampliamente sobre el precio a establecerse a la carga, que finalmente quedó en un precio abierto, además debido a que, por regulaciones de Siria no se pudo desechar la carga dañada en ese País. Debido a esto la Nave tuvo que dejar el Puerto de Tartous el 3 de julio del 2011.

36. Debido a que aún la nave tenía que disponer de 12.382 cajas de banano podrido o casi podrido que había sido rechazado y ya no tenía ningún valor en el mercado, se resolvió que la carga sea descargada en el puerto de Algeciras en España. Al efecto, el buque llegó el 11 de julio del 2011 a dicho puerto y la descarga comenzó al día siguiente. Al 13 de julio del 2011 el proceso de descarga de la carga dañada ya se habla completado. Para el proceso de descarga se tuvo que contratar camiones.

37. Que en consecuencia, las 235.433 cajas de banano entregadas en Tartous tenían un SMV (valor de mercado en estado sano) de USD 3.743.384,70 (tres millones setecientos cuarenta y tres mil trescientos ochenta y cuatro dólares, con setenta centavos), y este era el valor asegurado conforme consta en el reporte adendum de DPS. Las indicadas cajas, en estado no óptimo, fueron vendidas a precio abierto en Tartous, generando un ingreso después de gastos de USD 216.860.00 dólares, con lo cual la pérdida (perjuicio) y el reclamo de seguro fue por un total de US\$3.526.524.70 (tres millones quinientos veintiséis mil quinientos veinticuatro dólares 70/100).

38. Que las compañías indicadas al inicio de esta demanda, eran las compañías aseguradoras de la carga que en su conjunto (cada una participando con un porcentaje específico) mantenían con RASTODER un contrato de seguros a fin de asegurar la carga contra siniestros como el ocurrido en este caso. El porcentaje de participación de cada una en este contrato de seguros era el siguiente: Allianz Global Corporate & Specialty AG 33% AXA Versicherung Aktiengesellschaft. 30% Basler Securitas Versicherungs Aktiengesellschaft 5% Gothaer Aligemeine Versicherung AG Hamburg .5% Condor Aligemeine Versicherungs AG 4% Kravag Logistic Versicherung AG 7% Schwarzmeer und Ostsee Versicherungs Aktiengesellschaft SOVAG. 2% ERGO Versicherung AG 9% MG EUROPE Ltd (antes Chartis Europe S.A.) 5%.- Total..., 100%.

39. Que una vez ocurrido y reportado el siniestro, las compañías de seguros indicadas analizaron el incidente, así como los informes de inspección realizado por los ajustadores DPS DP Survey Group N.V. En virtud de esto, se aceptó el reclamo y se acordó con RASTODER que el valor a indemnizar era de USD 3.000.000 (tres millones de dólares). Constando que las ahora demandantes, cumplieron con el pago de tres millones de dólares a RASTODER, acordándose además que RASTODER cedía los derechos de este reclamo a favor de las aseguradoras, esto es, subrogándose, conforme su participación ya indicada.

40. Acordándose también, que las actoras ejerzan acción subrogatoria contra Cartorama C.A, que según la legislación sobre el Contrato de Seguros, contenida en el Decreto Supremo 1147, de 29 de noviembre de 1963, expresa en su artículo 38 que "el asegurador que haya pagado una indemnización de seguro se subroga, por Ministerio de la Ley, hasta el monto de la indemnización, en los derechos del asegurado. A petición del asegurador, el asegurado debe hacer todo lo que esté a su alcance para garantizarse la viabilidad de la acción subrogatoria".

41. En razón de lo anterior, precisan las demandantes que la causa próxima de los daños son las acciones y omisiones de CARTORAMA C.A., que se traducen en: 1) la acción ilegal e ilegítima de secuestro preventivo solicitada, gestionada y obtenida por CARTORAMA C.A.; 2) la solicitud ilegal e ilegítima gestionada y obtenida por CARTORAMA C.A. de que se impida el zarpe a la nave MV ALMEDA STAR; 3) la insistencia de CARTORAMA, de que se mantenga el secuestro y el impedimento de zarpe, cuando el Juez de la causa le corrió traslado, de los escritos que advertían que la carga era de propiedad de terceros; y, por 4) Haber obtenido el secuestro e impedimento de zarpe bajo el hecho claro que CARTORAMA conocía que RASTODER era la propietaria de la carga una vez que estaba embarcada y por el hecho de llevar las marcas de propiedad de RASTODER y las marca autorizada de RASTODER. Lo que ocasionó que la nave y el cargamento de fruta estén retenidos por un lapso de 13 días en Puerto Bolívar, Ecuador, ocasionando que la fruta avance en su proceso de maduración, perdiendo tiempo valioso para que la fruta llegue en excelentes condiciones al mercado internacional, perdiendo su valor de mercado y en consecuencia generando pérdidas cuantiosas a RASTODER.

42. Con fundamento en los artículos 2229, 2214, 2217 del Código Civil, demandan a la Compañía CARTORAMA C.A., en vía ordinaria; a fin de que se le condene: i.- El pago a de un total de USD \$3.000.000.00 (Tres Millones de Dólares de los Estados Unidos de América con 00/100), dividido entre las demandantes, debidamente representadas, conforme su participación ya mencionada en la acción subrogatoria; ii.- El pago de los intereses - la más alta tasa legal - desde la fecha que sus representadas hicieron el pago del seguro y se subrogaron en los derechos mencionados. Los intereses deben ser calculados hasta la fecha del pago total del principal demandado; iii.- Las costas procesales y los honorarios profesionales.

1.2. La Contestación.-

43. A foja 710 comparece Cartorama S.A., manifestando, que la vía por la que debía demandarse los presuntos daños y perjuicios, es la Verbal Sumaria, y no la Ordinaria como se ha planteado y aceptado por la Unidad Judicial Civil, solicitando en ese sentido la nulidad del proceso.

44. Que en el juicio Ejecutivo No. 09332 /2011/0403 entre Cartorama C.A. y Sertecban referido por el accionante en este expediente, no ha causado estado, estando Ð en aquel momento— pendiente de resolver un recurso de hecho planteado ante la Corte Nacional de Justicia del Ecuador y de ser adverso el mismo a sus intereses, estaría aún pendiente de formularse acción extraordinaria de protección para que sus derechos sean reconocidos, pues los documentos aparejados al mismo si reúnen requisitos de títulos ejecutivos y dentro de esa vía es posible la aplicación de medidas cautelares, razón por lo que mal puede afirmarse daños y perjuicios a las demandantes.

45. Que resulta demasiado coincidente, que el juicio ejecutivo, en su tramitación ante la Corte Provincial del Guayas, se haya visto afectada por la intervención de un juzgador que integra precisamente el mismo bufete jurídico de la parte accionante en esta causa, lo que dio lugar inclusive a una queja y a una acción de recusación, que no fue posible contra el funcionario del Consejo de la Judicatura del Guayas, hermano también del Juez comentado e integrante igualmente del bufete, lo que ha hecho que no exista la imparcialidad absoluta en el desarrollo del juicio ejecutivo en mención.

46. Que el ejercicio de la acción ejecutiva, por los valores adeudados por SERTECBAN a través del Juicio Ejecutivo y solicitar medidas cautelares que el procedimiento prevé, no implica causarle daños y perjuicios a la empresa Sertecban, ni Rastroder, como se pretende.

47. Pudiendo pedirse dentro del proceso, al amparo legal, lo que consideren ajustado al derecho y es responsabilidad de los jueces, operadores de justicia, funcionarios, como alguaciles, policías, depositarios, considerarlos o no. Por lo que no se trata de causas daños y perjuicios sino del ejercicio del derecho a la defensa.

48. Deduce como excepciones.-1. Insuficiencia del Poder Especial y Procurador Judicial o documentación de Apoderado, con el que el accionante comparece a deducir la acción comentada; 2. Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador en razón de la materia, puesto que la vía a seguirse es La verbal sumaria y no ordinaria; 3. Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador para conocer de la acción planteada en contra de mí representada, razón del territorio; 4. Improcedencia en derecho de la acción propuesta en contra de representada; 5. Falta de causa legal para demandar; 6. Falta de derecho del actor para demandar; 7. Falta de legítimo contradictor pasivo; 8. Ilegitimidad de personería; y, 9. Falta de derecho de las Compañías que han concedido Poder al actor, para demandar.

49. Señala que por cuanto se le ha obligado a comparecer a juicios, debiendo contratar abogados, a defenderse por las afirmaciones de negligente, malicia , medidas arbitrarias; causándoles daño, al ser una empresa seria en sus obligaciones, reconviene al abogado Hugo Cisneros Navarro, por los derechos y en la calidad en que comparece como Apoderado de Las Compañías ALLIANZ GLOBAL CORPORATE & SPECIALTY AG.AXA VERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT, BASLER SECURITAS VERSICHERUNGS- AKTIENGESELLSCHANT, GOTHAER ALLGEMEINE VERSICHERUNG AG HAMBURG, CONDOR ALLGEMEINE VERSICHERUNGS AG KRAVAG LOGISTIC VERSICHERUNG-AG, SCHAWARZMEER UND OSTSEE VERSICHERUNGS- AKTIENGESELLSCHAF SOVAG, ERGO VERSICHERUNG AG AIG EUROPE LTD.

50. Refiere que en la demanda se ha proferido una serie de calificativos y aseveraciones como las de negligente, de acosarle permanentemente, de inducir al juez que conoce el Juicio Ejecutivo No. 09332-2011-0403 a cometer una serie de irregularidades, de haber fraguado el secuestro de banano de exportación, de haber retenido el zarpe de un barco transportaba ese banano, de pedir medidas arbitrarias, de inspirar, motivar y actuar con malicia, etc, aseveraciones que conlleva un daño a la demandada.

51. En ese sentido, exige que se pague a favor de CARTORAMA C.A la cantidad de US\$ 6.500.000 dólares de los Estados Unidos, más el pago de las costas procesales, con inclusión de los honorarios de mis defensores y los intereses de ley.

52. Hugo Cisneros Navarro, por los derechos que representa de la parte actora expresa:
^aEn relación a la reconvención planteada por la parte demandada CARTORAMA C.A., me permito responderla en los términos siguientes: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la reconvención planteada por CARTORAMA C.A. 2.- Las evidencias que revelan la conducta de la parte demandada en relación a los hechos manifestados en la demanda planteada constan ya en el expediente. Por ejemplo: para obtener el secuestro de bienes Cartorama utilizó una información sumaria de testigos que no concuerda en las fechas. A pesar de las advertencias de Sertecban, del Capitán de la Nave Almeda Star y del Director Regional de los Espacios Acuáticos de El Oro y Capitán de Puerto de Puerto Bolívar, en el sentido de que dicha mercancía no era de propiedad de Sertecban y que se estaría afectando a terceros, sabiendo que era un "secuestro a medias" , un secuestro "en papel" Cartorama insistió en el secuestro y en la retención de la nave. Estos son solo algunos ejemplos. 3.- La reconvención planteada por Cartorama C.A. resulta tan ininteligible y genérica que no es posible poder entender que es lo que están reclamando y cuál es el fundamento jurídico por el cual reclaman. Por lo anterior, la reconvención planteada por Cartorama C.A. en contra de mis representadas debe ser rechazada en sentencia y a la vez obligada a pagar las costas y los honorarios de la defensa de mis representadas^o.-

53. Los demandados Fabián Gonzalo Fernando Espinosa Enríquez y Denise Michelle Klingensmith Ralko, contestan la demanda fs. 51 del proceso y oponen las siguientes excepciones: (i) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la

demanda; (ii) Prescripción de la acción rescisoria por lesión enorme; (iii) Improcedencia e ilegitimidad de la pretensión de la actora de demandar la rescisión, por cuanto se ha reservado para sí el derecho real de uso, usufructo y/o habitación de la casa que existía en el inmueble; (iv) Plus petitio; (v) Improcedencia de la acción por contradicción en la pretensión al solicitar la rescisión y la resolución del contrato.

1.3. Actos de sustanciación y decisión de instancia. ±

54. El Juez de la Unidad Judicial de lo Civil con sede en el cantón Guayas, con sede en el cantón Guayaquil, Abogado Víctor Hugo Medina Zamora, de fecha 28 de febrero de 2018, las 11h23, decide aceptar la demanda, ordenando que la parte demandada pague a la actora la cantidad de tres millones de dólares.

55. El ingeniero Germán Gonzalez Londoño, en su calidad de Representante legal de la Compañía CARTORAMA C.A., interpone recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, resuelto el 26 de agosto de 2019, las 11h28, negando el recurso de apelación de la parte demandada, confirmando el fallo de primer nivel.

56. De la sentencia de apelación la parte demandada, MIGUEL ANGEL ALVEAR CÁRDENAS, en calidad de Gerente General y Representante Legal de la Empresa CARTORAMA C.A., interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de fecha de fecha 26 de agosto de 2019, las 11h28, confirmatoria del fallo de primera instancia que acepta la pretensión del actor, declara con lugar la demanda presentada en contra de su representada; por el Abogado Hugo Cisneros Navarro, en calidad de apoderado de ALIANZ GLOBAL AG. AXA VERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT, BASLER SECURITAS VERSICHERUNG-AKIENGESELLSCHAFT, GOTHAER ALLGEMEINE VERSICHERUNG AG HAMBURG, CONDOR ALLGEMEINE VERSICHERUNGS AG KRAVAG LOGISTIC VERSICHERUNG AG, SCHWARZMEER UND OSTSEE VERSICHERUNG, AKTIENGESELLSCHAFT SOVAG ERGO VERSICHERUNG AG, AIG EUROPE LTD, empresas que afirman, comparecen en condición de subrogantes de los derechos y acciones

de la compañía RASTODER D.O.O, bajo el señalamiento de que AIG EUROPE LTD, es el resultado de la fusión entre las empresas Chartis Europe Ltd. y Chartis Europe S.A. CORPORATE & SPECIALTY.

57. Recurso de casación admitido a trámite por la señora Conjueza Nacional, Rita Bravo Quijano, el 14 de junio de 2021, las 13h13.

58. Mediante sorteo de fecha 8 de septiembre de 2021, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores Jueces Nacionales, doctores Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.

59. Por ausencia definitiva del doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo, interviene en la presente causa en calidad de ponente, 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.

II. COMPETENCIA

60. 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.

61. 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 conjuces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjuces de dicho órgano jurisdiccional.

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

63. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza 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 ^a COGEP^o y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

64. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales de la Ley de Casación, norma aplicable a la época de la tramitación de la causa. En contra de la validez de las actuaciones en sede casacional, las partes no han presentado objeción; 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

65. 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.º 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.

66. 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.

67. 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.

68. 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 .

69. 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 pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

70. 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 .

71. 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.

72. En resumen, el control de legalidad de la 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.

73. 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) .

74. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 2, 6 y 7 de la Ley de Casación, determinan los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

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

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

Artículo 6.- REQUISITOS FORMALES.- En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:

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

Artículo 7.- CALIFICACION.- Interpuesto el recurso, el órgano judicial respectivo, dentro del término de tres días, examinará si concurren las siguientes circunstancias:

1ra.- Si la sentencia o auto objeto del recurso es de aquellos contra los cuales procede de acuerdo con el artículo 2;

2da.- Si se ha interpuesto en tiempo; y,

3ra.- Si el escrito mediante el cual se lo deduce reúne los requisitos señalados en el artículo anterior.

El órgano judicial respectivo, con exposición detallada de los fundamentos o motivos de la decisión, admitirá o denegará el recurso.

75. 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.

76. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, recordando que, por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila. 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.

77. Por lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos, 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

78. Conforme el auto de admisión y el escrito contentivo del recurso de casación, la parte recurrente fundamenta su acusación en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, bajo los siguientes argumentos:

78.1. Con fundamento en la causal primera, denuncia la falta de aplicación del artículo 1627

del Código Civil, señalando que la cesión de derechos, jamás se realizó en la carta de pago, tal como ordena dicha disposición legal.

78.2. Así mismo, denuncia la falta de aplicación del artículo 167 numerales 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil, aduciendo que los poderes y acuerdos entre las compañías aseguradoras demandantes y la empresa afectada, contienen vicios que los tornan diminutos y falsos.

78.3. Que en instancia si se habría tomado en cuenta la alegación de la demandada de insuficiencia de poder e ilegitimidad de personería respecto de los documentos denominados "POWER OF ATTORNEY" y "AGREEMENT", correspondientes a la compañía Allianz Global Corporate & Specialty AG, cuando al otorgamiento del Poder, y a la suscripción del Acuerdo de Subrogación, los señores Dr. Kai Holger Drews y Volker Dierks comparecen en su "capacidad como representantes legales, y con suficiente facultad de éste acto de la compañía domiciliada en Munich - Alemania". Sin embargo, acuden ante un Notario en la ciudad alemana de Hamburgo, para presentar un documento elaborado y suscrito en idioma INGLÉS, más no en el idioma oficial de la Bundes Republik Deutschland (República Federal de Alemania) que es el alemán.

78.4. Únicamente obra en idioma alemán, la Apostilla de foja 3, traducida al idioma español en foja 8, sin el poder ni el acuerdo en Alemán, lo cual evidencia la transgresión de normas expresas que adecuan el presente juicio a lo ordenado por el artículo 346 numeral 3. del Código de Procedimiento Civil, por no estar demostrada conforme a derecho la Representación Legal de una persona jurídica ni la delegación de las facultades inherentes a tal representación, que acarrearán también la nulidad del Acuerdo celebrado entre RASTODER D.O.O. y Allianz Global Corporate & Specialty Ag., aplicando nuestra legislación.

78.5. Que el denominado "AGREEMENT" consta a fojas 387, 388 y 389, elaborado en idioma inglés, suscrito en Hamburgo Alemania por 2 ciudadanos alemanes y por un ciudadano Esloveno, con una Apostilla y otro documento en idioma desconocido, que podría ser Esloveno, de fojas 390 y 391, continuando con una Apostilla en idioma alemán de fojas 393, y nuevamente con documentos elaborados en idioma desconocido a fojas 394, 395, 396, llegando a una traducción desde el idioma inglés al idioma español, pese a ser un documento que debería constar en el presente juicio en idioma alemán y traducido en legal y debida forma a nuestro idioma, de forma directa.

78.6. No existe norma legal que procesalmente valide a traducciones en 3 idiomas, cuando perfectamente se puede y se debe traducir los poderes y acuerdos directamente del alemán al español. Asimismo, documentos en idioma extraño al español los vuelven ininteligibles al juzgador y a las partes. Pero el Juez de primera instancia y la Sala de la Corte Provincial no dieron razón alguna por la que los documentos que obran a fojas 394, 395, 396 no tienen traducción al español pero se los considera por el Juzgador como instrumentos válidos para el presente juicio.

Denuncia que ha dado validez a un documento cuya traducción no es fidedigna, como consta a fojas 399, donde el Acuerdo ya traducido al idioma español no es fidedigno con el Agreement que consta de fojas 387; digo que no es fidedigno, porque la traductora yerra al señalar que "represented by its general managers" significa en español "representado por su gerente general". Le está dando al señor Volker Dierks la exclusiva calidad de "gerente general", y deja al Dr. Kai Holger Drews como otro "representante" o persona autorizada sin determinación alguna de funciones. Todo lo contrario a lo señalado por el Notario en la traducción de foja 405, donde señala a los señores Dierks y Drews como "signatarios conjuntamente autorizados de la sociedad anónima"; el Notario jamás indica que uno u otro sea el "gerente general" de la empresa aseguradora, como ha traducido la intérprete Escalante Auza Inés. Así mismo, en la foja 394 se evidencia que dicho documento en idioma desconocido posee una leyenda "ob uri 08:58". Luego a fojas 397 consta: "at 09:01", para luego determinar por parte de la intérprete "a las 09:01" en la foja 406. Son 3 documentos distintos, con horas distintas, con traducciones distintas.

78.7. Añade que se no ha especificado motivadamente porqué el Poder y el Acuerdo son otorgados por ciudadanos alemanes, en Alemania, pero los documentos originales en idioma alemán no constan del proceso, como tampoco sus traducciones al idioma inglés, no obstante que los mismos debieron ser traducidos directamente del alemán al español.

78.8. Respecto de los documentos denominados "POWER OF ATTORNEY" Y "AGREEMENT", correspondientes a la compañía Basler Securitas Versicherungs-Aktiengesellschaft, señala que al igual que en el caso de las compañías anteriores, se le ha otorgado validez pese a ser incompletos e ilegítimos. Que llama la atención que las representaciones legales de las compañías demandantes se ejerzan por delegados, gerentes, procuradores, directores, etc. pero en éste caso, el poder lo otorgan un "Jefe del Departamento

de Reclamos Marítimos" y el "Jefe del Departamento de Reclamaciones de Responsabilidad", cargos que a toda luz evidencian falta de capacidad para representar a una aseguradora, salvo que al juzgador se le presente la prueba fidedigna traducida del idioma alemán directamente al idioma español. Hago hincapié en lo aquí señalado, porque de fojas 306 consta un documento en idioma inglés (nunca en alemán) traducido luego al idioma español en fojas 318 y siguientes, del cual claramente consta que la compañía es representada en el Acuerdo celebrado con "RASTODER D.O.O." por personas distintas a los jefes de reclamaciones que otorgan el "POWER OF ATTORNEY", a saber: comparecen por Basler Securitas Versicherungs- Aktiengesellschaft sus directores administrativos Dr. Frank Grund y Clemenz Fuchs. Las ilegalidades continúan, y hasta levantan sospechas de fraude en los documentos, cuando el poder se firma por los jefes de reclamaciones en una dirección que se alcanza a leer Basler 4, con número 61352, pero el acuerdo se firma por los directores administrativos en Basler 4, con número 61345.

78.9. Y es que resulta inaceptable señores Jueces, que consten traducidos los documentos desde el idioma inglés al español, pero en ciertos pasajes de la pésima traducción consten palabras todavía en alemán.

78.10. Enfatiza en que las autoridades del Reino Unido han apostillado los documentos, haciendo énfasis en algo fundamental para los documentos otorgados en países extranjeros: ^aEL FUNCIONARIO CONDUCE LA CERTIFICACIÓN SOLAMENTE, Y NO AUTENTICA CADA FIRMA EN EL DOCUMENTO ORIGINAL O LOS CONTENIDOS DE LOS DOCUMENTOS ORIGINALES DE NINGUNA MANERA°.

78.11. Añade que en la sentencia impugnada, no se han señalado las razones por las que se obliga a la demandada a indemnizar a las aseguradoras, por negligencia a malicia.

78.12. Que el juicio Ejecutivo No. 09111-2012-0395, como todo proceso judicial, inició por demanda y le siguió la calificación de la misma, junto con mandamiento de pago y la medida cautelar.

78.13. Que el demandado (SERTECBAN) propuso las excepciones de las que se creyó asistido y días después realizó la consignación respectiva para hacer cesar las medidas cautelares dictadas oportunamente, en legal y debida forma (secuestro de bienes).

78.14. Que a decir de RASTODER D.O.O., las escrituras públicas que se acompañaron a los Pagarés como habilitantes para la petición del secuestro de bienes, son nulas e ineficaces; empero, SERTECBAN S.A. NO lo propuso como excepción dentro del juicio ejecutivo, ni tampoco ha realizado acción legal alguna para que otro juez civil las declare inválidas o falsas.

78.15. Que dentro del juicio ejecutivo y también dentro del presente proceso no existe prueba alguna solicitada, ordenada, practicada e incorporada al proceso que abone para determinar validez de las escrituras públicas objetadas por SERTECBAN S.A., y por tanto NO existe declaración de los Jueces respecto a la mala fe procesal, malicia, temeridad, etc. Es decir, que NO encontraron ni declararon infracción alguna de CARTORAMA C.A., lo cual evidencia además que NO existe ningún delito ó cuasidelito que genere obligación alguna, en los términos del Artículo 1453 del Código Civil.

78.16. Si al amparo de lo ordenado por el Artículo 283 del Código de Procedimiento Civil, la Justicia en sentencia ejecutoriada NO condenó en Costas a CARTORAMA C.A., ni el Juzgador de primera instancia ni tampoco la Sala Especializada Civil de la Corte Provincial podían declarar que se configuró un Delito o Cuasidelito por la forma en que litigó en el juicio ejecutivo No. 09111-2012-0395.

78.17. Considera que aceptar que existe el supuesto delito ó cuasidelito alegado por SERTECBAN S.A. y RASTODER D.O.O., expresamente reformaría y daría otro sentido distinto a lo ya resuelto, configurando una violación a la seguridad jurídica y al debido proceso de mi representada, la cual no fue declarada litigante maliciosa, temeraria o de mala fe.

78.18. Que en su oportunidad, procesalmente SERTECBAN S.A. nada hizo para que la justicia expresamente declare la existencia de deslealtad procesal, malicia o mala fe por parte de CARTORAMA C.A. Por tanto ahora, deviene en improcedente que otro Juez o Tribunal, en otro enjuiciamiento, declare que la parte actora del juicio ejecutivo No. 09111-2012-0395 haya realizado dentro de dicho proceso judicial: 1) Una "acción ilegal e ilegítima de secuestro preventivo"; 2) Una "acción ilegal e ilegítima" para que se impida el zarpe de la nave ALMEDA STAR; 3) La "insistencia" ilegítima de Cartorama para que se mantenga el secuestro de bienes y el impedimento de zarpe; y, 4) El "haber obtenido" el secuestro e impedimento de zarpe bajo el hecho de conocer CARTORAMA C.A. que la tal compañía extranjera RASTODER era supuestamente la "propietaria de la carga".

78.19. Que la declaración que se persigue de un delito o cuasidelito, pretende una indemnización que no se ha justificado en derecho, cuando dicha declaración procedía en la sentencia del juicio ejecutivo.

78.20. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales y los principios que ordenan aplicación y respeto a la seguridad jurídica, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, que han sido desconocidos por la Sala Civil y Mercantil de la Corte PROVINCIAL del Guayas en detrimento de CARTORAMA C.A.

78.21. Considera, que el argumento de que la obligación nace de la negligencia del CARTORAMA C.A. en el juicio ejecutivo primigenio, y que es producto de un cuasidelito, se contradice claramente con la sentencia que se ampara única y exclusivamente en el artículo 1453 del Código Civil para condenar al pago de una obligación;

78.22. Añade, que la acción intentada es la SUBROGACIÓN de los supuestos derechos que le asisten a RASTODER D.O.O. en contra de CARTORAMA C.A., pero su acción no se funda en el artículo 1624 del Código Civil.

78.23. En el caso hipotético de que lo hubiesen señalado, las aseguradoras no han cumplido con el requisito indispensable para que en el Ecuador se declare válida la subrogación, cual es el constante en el artículo 1627 del Código Civil que obliga a que "La subrogación, en este caso, está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago."

78.24. Indica que los documentos de pago no contienen los requisitos mínimos indispensables para que opere la supuesta subrogación, pues en los documentos de fojas 1018, 1026 y 1052, consta una supuesta "confirmación de pago", dirigida "A quien interese", en la cual para nada consta alguna convención, acuerdo voluntario o disposición de RASTODER D.O.O. con alguna aseguradora para que pueda operar la figura legal de subrogación, de acuerdo a la ley Ecuatoriana.

78.25. Esto sin perjuicio, dice, de la impugnación que oportunamente realizó CARTORAMA C.A. contra los poderes y acuerdos acompañados a la demanda por la parte actora.

78.26. Continuando con la impugnación, por la causal tercera del artículo 3 de la ley de Casación, denuncia la errónea interpretación de los preceptos de valoración probatoria.

78.27. Indicando con respecto al informe de la compañía DPS International Loss Adjusters & Surveyors, traducida al español, aquella determina hechos y fechas que contradicen los fundamentos de la demanda "

78.28. Señala que es artículo 2217 del Código Civil, no sirve como fundamento de la

decisión, puesto que no se ha delimitado claramente si se demanda por consecuencia de un delito o por un cuasidelito.

78.29. Que en los documentos constantes a fojas 462 a 468, aparecen los instrumentos otorgados por autoridades públicas ecuatorianas: Certificados Fitosanitarios De Exportación que se dirigen a las Organizaciones de Protección Fitosanitaria de MONTENEGRO y de SYRIA en donde constan certificados los nombres de las personas naturales y jurídicas que exportaron el banano desde el Ecuador a través del MV ALMEDA STAR, así como el "Nombre y dirección declarados del destinatario".

78.30. Que en el certificado fitosanitario emitido obligatoriamente por la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro-AGROCALIDAD No. 0916494 (que obra a fojas 462) señala claramente que el exportador es SERTECBAN S.A., que el destinatario es RASTODER D.O.O. Slovenia, que el punto de entrada declarado es BARMONTENEGRO, que el número y descripción de los bultos es 38.493, que el tratamiento de Desinfestación y/o Desinfección se realizó el 16 de mayo del 2011 mediante inmersión en Thiabendazole.

78.31. El certificado Fitosanitario emitido obligatoriamente por la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro-AGROCALIDAD NO. 0916495 (que obra a fojas 463) señala claramente que el exportador es OBSA ORO BANANA S.A., que el destinatario es RASTODER D.O.O. Slovenia, que el punto de entrada declarado es BARMONTENEGRO, que el número y descripción de los bultos es 924, que el tratamiento de Desinfestación y/o Desinfección se realizó el 16 de mayo del 2011 mediante inmersión en Thiabendazole.

78.32. El certificado Fitosanitario emitido obligatoriamente por la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro-AGROCALIDAD No. 0916578 (que obra a fojas 466) señala claramente que el exportador es SERTECBAN S.A., que el destinatario es UNITED FRUITS COMPANY LIMITED, que el punto de entrada declarado es TARTOUS PORT-SYRIA, que el número y descripción de los bultos es 200.337, que el tratamiento de Desinfestación y/o Desinfección se realizó el 16 de mayo del 2011 mediante inmersión en Thiabendazole.

78.33. El certificado Fitosanitario emitido obligatoriamente por la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro-AGROCALIDAD No. 0916579 (que obra a fojas 467)

señala claramente que el exportador es OSCAR EFRAIN RIPALDA VIDAL, que el destinatario es UNITED FRUITS COMPANY LIMITED, que el punto de entrada declarado es TARTOUS PORT- SYRIA, que el número y descripción de los bultos es 15.419, que el tratamiento de desinfestación y/o desinfección se realizó el 16 de mayo del 2011 mediante inmersión en Thiabendazole.

78.34. El certificado Fitosanitario emitido obligatoriamente por la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro-AGROCALIDAD No. 0916580 (que obra a fojas 468) señala claramente que el exportador es OBSA ORO BANANA S.A., que el destinatario es UNITED FRUITS COMPANY LIMITED, que el punto de entrada declarado es TARTOUS PORT-SYRIA, que el número y descripción de los bultos es 19.677, que el tratamiento de Desinfestación y/o Desinfección se realizó el 16 de mayo del 2011 mediante inmersión en Thiabendazole.

78.35. En ese sentido fundamenta su recurso la parte recurrente, solicitando que revoquen la sentencia de instancia.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

79. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 78 ut supra, este Tribunal plantea los siguientes problemas jurídicos objeto de resolución:

79.1. ¿Infringe la sentencia impugnada los preceptos de valoración probatoria?

79.2. ¿Existe infracción del artículo 1627 que regula la subrogación por convención con el acreedor?

79.3. ¿Existe en la sentencia recurrida, vulneración del artículo 1572 que regula la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, retardo o cumplimiento imperfecto de la obligación?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

80. 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).

81. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

(1/4) 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 .

82. 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, ^alos órganos del poder público^o tienen el deber de ^adesarrollar 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.

83. 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 ^aMotivar 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 la sentencia debidamente motivada.

84. Previo al análisis de los cargos formulados, se aclara que según la doctrina y las resoluciones de este alto órgano de justicia, la forma de resolver los cargos, cuando se acusa al fallo por varias causales, ha de efectuarse según el orden lógico jurídico de los vicios que pudieren afectar la sentencia. Iniciando por las causales contentivas de vicios in procedendo para finalizar con las relativas a infracciones in iudicando.

85. En atención a los cargos formulados por la parte recurrente, corresponde su análisis en atención a la importancia y efectos que tiene cada una de las causales invocadas en la resolución a tomarse; en este sentido, se procederá en primer término al análisis de la causal tercera de la Ley de Casación; y, a continuación con el análisis de la causal primera ibídem.

7.1. Resolución de los cargos por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

86. En casación, los vicios en la valoración probatoria, de conformidad con la ley de casación, se examinan entorno a la causal tercera, pudiendo concurrir ya por falta de aplicación, ya por 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.

87. 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).

88. 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.

89. 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.

90. 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.

91. En el caso, la parte casacionista ha consignado como infringidas de manera general, los artículos 43, 67 numeral 2; 68 numerales 1,3,5. Arts. 167, 168 y 169; 178, 179, 180, 182, 184, 282, 283 y 286, 295, 297, 346 numeral 3; 492 y 498. 502 503 y 504 del Código de Procedimiento Civil.

92. Refiriendo en la fundamentación del cargo, errónea interpretación, sin establecer si es de las normas descritas citadas o de cuáles, mucho menos se explica el nexo entre el medio de

prueba descrito y algún precepto de valoración en específico.

93. Es decir, que no se ha estructurado en forma correcta, el vicio por la causal tercera; tanto más que no ninguna de las normas procesales que se enuncia como motivo de infracción se enlazan con alguna norma de derecho sustantivo, de manera que se demuestre la violación indirecta del derecho material, a causa violación previa procesal.

94. En consecuencia, al no evidenciarse violación de precepto de valoración probatoria alguno, no cabe análisis respecto a si la valoración del informe de la Compañía DPS International Loss Adjusters & Surveyors, resulta arbitraria o no. Cuyo pronunciamiento al respecto derivaría en valoración de los hechos, actividad reservada únicamente para los juzgadores de instancia.

7.2. Resolución de los cargos por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

95. La causal primera invocada atiende a vicios in iudicando, es decir, vulneración de normas sustantivas o precedentes jurisprudenciales obligatorios con prescindencia de los hechos probados. Para la fundamentación de esta causal ha de explicarse razonadamente, cuál es el yerro en el que ha incurrido la norma que se acusa como vulnerada, a saber: aplicación indebida, cuando el juzgador ha seleccionado una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la norma pertinente; falta de aplicación, cuando el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar la controversia; y, errónea interpretación, que se produce cuando el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, pero se aleja de su espíritu dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra prevista en la norma.

96. Su naturaleza 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.

97. En fin, esta causal supone que no hay disputa 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.

98. Entorno a esta casual, alude la parte casacionista, la falta de aplicación del artículo 1627 del Código Civil relativo a los requisitos de validez de la subrogación.

99. En esa línea, señala la demandada casacionista que la demanda se basa en el cumplimiento de una obligación, con fundamento en el artículo 1453 del Código Civil, sin embargo en la sentencia impugnada se habría tomado como fundamento de la decisión el artículo 1572 *ibídem*, que hace referencia a los daños y perjuicios en lo que atañe al cumplimiento del contrato, es decir, obligaciones con concurso real de voluntades.

100. Afirma la parte recurrente, que lo que se persigue en el caso es la declaración de haberse cometido un delito o cuasidelito, declaración que considera procedía en el juicio ejecutivo, bajo declaración de temeridad, malicia o mala fe de dicha acción.

101. No obstante de lo anterior, añade que según consta el escrito de completación de la demanda, de fojas 700 del cuaderno de primera instancia, la parte demandante aclara que la razón de la demanda, es el ejercicio de la acción subrogatoria por el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la compañía CARTORAMA S.A. a la empresa RASTODER D.O.O. Por lo que necesariamente debía demostrarse el cumplimiento del requisito del artículo 1627 del Código Civil, para la validez de la subrogación:

Se efectúa la subrogación en virtud de convención con el acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor. La subrogación, en este caso, está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago.

102. Bajo las anteriores alegaciones, denuncia la falta de aplicación del artículo 1627 del Código Civil y la infracción de los artículos 1572, 1624 1627, 2184, 2214 y 2229 todas del Código Civil.

103. En esa línea, corresponde revisar los hechos que motivan la decisión de la sentencia emitida por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que aparecen esgrimidos a lo largo del considerando ^aSEXTO^o de la resolución:

(1/4) El artículo 2184 del Código Civil establece en su parte pertinente: "Art. 2184.- Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido con intención de dañar, constituye un cuasidelito". 6) La Doctrina ha establecido que para el acto ilícito sea fuente de obligaciones y dé lugar a la indemnización, es preciso los siguientes requisitos: i) Que cause daño; ii) Que sea imputable; iii) Que sea culpable o doloso; iv) Que entre el hecho u omisión dolosa o culpable y el daño existe relación de causalidad. 7) El artículo 1572 del Código Civil establece: "Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.". 8) El daño emergente es el daño que emerge producto del no cumplimiento de una obligación o de haberse cometido ésta (obligación), el lucro cesante, es lo que la persona que sufre el daño, ha dejado de percibir producto del daño causado. 9) El tratadista René Abeliuk Manasevich, en su obra ^aLas Obligaciones^o, Editorial Temis S.A., Editorial Jurídica de Chile, en su página 200, en la parte pertinente señala: ^a248. Requisito del daño para ser indemnizable. Enunciación. Para que el daño dé lugar a reparación, debe reunir las siguientes características, que examinaremos en los números que continúan a éste: 1° Ser cierto; 2° No haber sido ya indemnizado, y 3° Lesionar un derecho o interés legítimos.^o .. En nuestra legislación la condena a la indemnización de todo perjuicio debe hacerse conforme lo define el Art. 1572 de la actual codificación del Código Civil que dice: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (...)". 11) EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE ACCIONADA: 11.1.- La parte accionada presentó las siguientes excepciones: i.- Insuficiencia del Poder Especial y Procurador Judicial o documentación de Apoderado, con el que el accionante comparece a deducir la acción comentada; ii.- Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador en razón de la materia, puesto que la vía a seguirse es la verbal sumaria y no ordinaria; iii.- Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador para conocer de la acción planteada en contra de su

representada, en razón del territorio; iv.- Improcedencia en derecho de la acción propuesta en contra de su representada; v.- Falta de causa legal para demandar; vi.- Falta de derecho del actor para demandar; vii.- Falta de legítimo contradictor pasivo; viii.- Ilegitimidad de personería; y, ix.- Falta de derecho de las Compañías que han concedido Poder al actor, para demandar. 11.2.- a) El presente Tribunal procede a valorar las excepciones deducidas por la parte accionada: La excepción de insuficiencia del poder especial y procurador judicial, con el que la parte accionante comparece al proceso, al respecto este Tribunal observa que la parte accionante adjunto a su demanda ha adjuntado poderes otorgados por sus mandantes, apostillados y traducidos, que se encuentran: Allianz Global Corporate Specialty AG, fojas 1-10; AXA Versicherung AG, fojas 11-19; Basler Securitas Versicherungs-Aktiengesellschaft, fojas 20-28; Gothart Allgemeine Versicherung AG, fojas 29-38; Condor Allgemeine Versicherungs AG, fojas 39-58; KRAVAG-LOGISTIC Versicherungs AG, fojas 59-78; Schwarzmeer und Ostee Versicherung AG (SOVAG), fojas 79-88; ERGO Versicherung AG, fojas 89-97; AIG Europe Limited, fojas 98-106, con las cuales la parte accionante prueba el poder especial para comparecer al proceso, por lo que ha quedado probada su comparecencia al proceso. b) En cuanto a la excepción de incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador en razón de la materia, puesto que la vía a seguirse es la verbal sumaria y no ordinaria, la misma queda desvirtuada, en virtud que la pretensión de la parte accionante es que se fije o cuantifique los daños y perjuicios, misma que es procedente en vía ordinaria, más no la liquidación de daños y perjuicios, que es de conformidad con el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil, que es procedente en vía verbal sumaria, por lo que la excepción propuesta por la parte accionada queda descartada. c) En relación a la excepción de incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador para conocer de la acción planteada en contra de su representada, en razón del territorio, la misma queda desvirtuada en virtud de lo dispuesto en los artículos ^a ¼ Art. 24.- Toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante su juez competente determinado por la ley ^¼ °, y, ^a Art. 29.- Además del juez del domicilio, son también competentes: ^¼ 5. El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos ^¼ °, siendo la ciudad de Guayaquil el domicilio de la compañía accionada, la parte accionante ha demandado correctamente, en esta ciudad, por lo que queda desvirtuada dicha excepción. d) La excepción de falta de derecho del actor para demandar, ha quedado desvirtuada en virtud de los documentos adjuntos al proceso donde constan los acuerdos de transferencia de derechos y subrogación por parte de la

Compañía Rastoder a cada una de las mandantes del actor, a prorrata de su participación, mismos que se encuentran apostillados y traducidos, los cuales obran en la siguiente forma: Schwarzmeer und Osee Versicherung AG (SOVAG), fojas 174-199; AIG Europe Limited, fojas 200-226; ERGO Versicherung AG, fojas 227-253; KRAVAGLOGISTIC Versicherungs AG, fojas 254-279; Gothart Allgemeine Versicherung AG, fojas 280-305; Basler Securitas Versicherungs-Aktiengesellschaft, fojas 306-332; Condor Allgemeine Versicherungs AG, fojas 333-359; AXA Versicherung AG, fojas 360-386; Allianz Global Corporate Specialty AG, fojas 387-413. Por lo que dentro de autos se ha probado la subrogación de las compañías accionantes, por lo que dicha excepción queda desvirtuada. e) En cuanto a la excepción de falta de legítimo contradictor, la misma queda desvirtuada, puesto que de la presente la parte accionante tiene como pretensión la acción de daños y perjuicios, por cuanto CARTORAMA S.A., impidió que la nave (barco) salga de Puerto Bolívar, lo que le ha ocasionado que la mercadería (cajas de banano), han llegado algunas descompuesta, dentro de autos se ha aportado dentro de autos a fojas 598 a 654, copias certificadas del proceso ejecutivo 403-D-2011, entre las partes CARTORAMA S.A. contra la Compañía SERTECBAN, ante el Juzgado Segundo de lo Civil de Guayaquil, en el que obra fallo de Segunda Instancia, pronunciado por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, donde la parte accionante (CARTORAMA S.A.), dentro del proceso ejecutivo, obtuvo que se prohibiera que zarpe el buque Almeda, juicio que al final del mismo se desechó la demanda propuesta, resolución que fue confirmada por la segunda instancia, así como, de fojas 1210 a 1213 de los autos consta que el recurso de casación interpuesto fue negado y por tanto la sentencia pronunciada en segunda instancia fue definitiva. Por lo que de las pruebas aportadas se puede determinar un nexo causal entre la prohibición de zarpe y el daño ocasionado por parte de la parte accionada de este proceso (CARTORAMA S.A.). f) En cuanto a las excepciones de Ilegitimidad de personería, y, falta de derecho de las Compañías que han concedido Poder al actor, para demandar, las mismas ya han quedado analizadas, al momento de haber sido estudiada la excepción de insuficiencia de poder y procuración judicial, por lo que las mismas quedan desvirtuadas. g) Las excepciones de improcedencia en derecho de la acción propuesta en contra de su representada; y, falta de causa legal para demandar, van hacer tratadas al momento de analizar las pruebas que permitan probar el daño y perjuicio.

12) PRUEBAS APORTADAS PARA PROBAR EL DAÑO Y PERJUICIO: 12.1.- Dentro de autos obra de fojas 144 a173, documentos en los que la Compañía RASTODER D.O.D,

acredita haber realizado el pago del banano materia del transporte, incluyendo facturas y conocimientos de embarque, todo lo cual se encuentra apostillado y traducido al español.

12.2.- De fojas 123 a 143 obra de autos que la Compañía RASTODER D.O.D, manifiesta haber recibido la cantidad de USD \$3.000.000,00 (Tres Millones de Dólares de los Estados Unidos de América con 00/100), por parte de las compañías aseguradoras (accionantes de la presente causa), como compensación por los daños ocasionados, todo lo cual se encuentra apostillado y traducido al español dentro de autos.

12.3.- La parte accionante dentro del término de prueba aportó de fojas 414 a 524 (apostillados y traducidos al español de fojas 525 a 586), Reporte de Inspección y Reporte de Adenda emitido por la Empresa DPS DO SURVEY GROUP N.V., en el que se indica lo referente al retraso de la llegada del envío de bananos frescos verdes Cavendish, en el que se determinan los valores que ascienden los daños y causas del mismo, en el que se indica como conclusión que el valor del mercado para los bananos ecuatorianos se mantuvo estable entre 14.5 y 16 USD por cartón entre las semanas 18 a 22/2011, en que debió llegar el banano, pero que debido a la demora estaba madura a su llegada a Tartous, por lo que la venta de 235.433 cajas que debieron producir ingresos netos de \$3,743,384.70, apenas produjeron \$216,860.00, que por las circunstancias son considerados justos y razonables. Así, se estableció que el valor de reclamo ascendía a \$3.026.524,70. El reporte de Inspección, indica que: "el retraso... (1/4) causado debido a un arresto de la nave por los señores CARTORAMA", mismo que fue de 11 días en Puerto Bolívar, debido al arresto, a lo que se sumaron 3 días antes de entrar en Tartous, debido a problemas de congestión y políticos en el país y que las operaciones de descarga en Tartous tomaron un total de 8 días, una vez más debido a la situación política local; es decir, un total de 22 días de retraso. El reporte Adenda, se indica que las partes (asegurador y asegurado) acordaron en fijar en \$3.000.000,00 el valor de la reclamación por los daños.

12.4.- Dentro de autos obra informe solicitado por la parte accionante, mismo que obra de fojas 1222 a 1248 el informe técnico pericial practicado por el Ing. Naval Oscar Noé, quien indica en su peritaje que se basa a lo indicado por la Empresa DPS DO SURVEY GROUP N.V., e indica de la misma como: "1/4 (1/4) una organización internacional de expertos que participan en la reclamaciones y servicios de riesgos"; y respecto de la Compañía South Pacific Surveys como: "1/4 (1/4) una compañía independiente de inspección especializada en creas agrícolas, marinas, industriales y de siniestros... (1/4) constituida por un equipo de inspectores y asesores altamente capacitados y con muchos años de experiencia". Adicional indica: "1/4 (1/4) en el

mundo del transporte marítimo es una costumbre internacional contar con terceras personas denominadas inspectores para efectos de verificar y certificar el estado de las embarcaciones como también de la carga", y que: "¼ (¼) cuando se presentan situaciones que puedan generar reclamo por daños, o cuando de hecho estos daños se presentan y se configura un siniestro, los inspectores verifica en existencia y legitimidad de los reclamos, la magnitud y causa del daño... (¼) Los informes de estos surveyors son presentados como evidencia en las Cortes... (¼) en virtud de que los inspectores o empresas de inspecciones son empresas independientes, y sus informes deben tener siempre la calidad de independientes". El informe pericial indica que: "¼ (¼) la Compañía RASTODER por el retraso en el transporte perdió la oportunidad de vender el banano restante al precio actual de mercado en la época... (¼)º, indicando que el daño emergente ascendió a US\$1.80.848,03, y el lucro cesante a US\$1.51.503,47, lo que da un total de \$32.351,50 por el daño total. 13) De la revisión de cada una de las pruebas, se ha aportado prueba suficiente, para probar la subrogación por parte de las Compañías aseguradoras, así como, el apoderado ha probado su capacidad para comparecer al proceso, de las pruebas antes detalladas, se evidencia que ha existido un daño, merma y menoscabo por parte de la actuación de la Compañía CARTORAMA S.A., en contra de la parte accionante, por cuanto, mediante acciones judiciales, impidió él envió de las cajas de banano a su lugar de destino. 14) Cumpliéndose y habiéndose probado los requisitos del daño y perjuicios, esto es, que el mismo sea cierto, que el mismo no haya sido indemnizado por quien ocasionó el daño y que lesione un derecho o un interés legítimo¼º [Sic]

104. De lo anterior, se obtiene que el análisis jurídico del tribunal ad quem, se constriñe a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, estimando que de las pruebas aportadas a la causa, determinan nexo causal entre la prohibición de zarpe y el daño ocasionado por parte de la accionada de este proceso CARTORAMA C.A.

105. No obstante, al analizar la excepción de falta de derecho del actor para demandar, el tribunal ad quem la desecha, indicando que los documentos adjuntos al proceso, constan los acuerdos de transferencia de derechos y subrogación por parte de RASTODER a cada una de las mandantes del actor, apostillados y traducidos. Obviando la necesidad de determinar la legalidad de la subrogación, por la que concurren a demandar las compañías actoras, bajo el

principio normativo del artículo 1627 del Código Civil, que exige efectuar la subrogación en virtud de la convención con el acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponde como tal al acreedor, debiendo hacerse en la carta de pago. Análisis al respecto que no aparece en el fallo impugnado, evidenciándose la falta de aplicación de la norma in comento.

106. Además, en el caso se cita el contenido del artículo 1572 del Código Civil, norma que resulta impertinente al análisis de la controversia, pues aquella exige la existencia de una convención o contrato previo entre el deudor y el acreedor, por lo que no puede prescindirse de la evidencia de un contrato que ligue a las partes, puesto que la proposición jurídica completa que encierra el precepto condiciona el pago de una indemnización a las contingencias que se habrían producido, respecto de aquel (contrato). Los conceptos de daño emergente y lucro cesante cobran vigencia, únicamente después de haberse verificado las falencias contractuales.

107. Mientras que el interés que se tutela en el caso, es de carácter extracontractual patrimonial por daños y perjuicios materiales, por la presunta actuación ilícita de la parte demandada, causada por una acción judicial precedente.

108. Ocurre que, en realidad, lo que motiva la pretensión de daños y perjuicios no contempla discusión jurídica que verse sobre un pacto susceptible de disputa bilateral. El único convenio visible en el caso es entre RASTODER y las empresas de ALIANZ GLOBAL AG, AXA VERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT, BASLER SECURITAS VERSICHERUNG-AKIENGESELLSCHAFT, GOTHAER ALLGEMEINE VERSICHERUNG AG HAMBURG, CONDOR ALLGEMEINE VERSICHERUNGS AG KRAVAG LOGISTIC VERSICHERUNG AG, SCHWARZMEER UND OSTSEE VERSICHERUNG, AKTIENGESELLSCHAFT SOVAG ERGO VERSICHERUNG AG, AIG EUROPE LTD, en condición de subrogantes de los derechos y acciones de la compañía RASTODER D.O.O, representadas en este juicio por el Abogado Hugo Cisneros Navarro, en calidad de apoderado.

109. El vínculo jurídico, del que se aspira una indemnización, es justamente el motivo de

este procedimiento, en que el trabajo de la Sala Ad quem, fue precisamente establecerlo. Por tanto partir de un principio legal que supone un vínculo u obligación preestablecido, deviene en un error de sustancia del tribunal de apelación, toda vez que el tipo de obligación que se exige en el caso, ha de ser constituida o determinada en el curso procesal, en concordancia con los supuestos de la demanda, dado que no existe un vínculo legal anterior que vincule y que por tanto obligue a las partes de esta contienda.

110. De lo referido, se concluye que en la sentencia impugnada se infringe de manera evidente, protuberante y directa el artículo 1572 del Código Civil, norma que resulta inaplicable a la controversia que nos ocupa, su contenido normativo no concuerda con los hechos juzgados, a pesar de lo cual la decisión obra bajo su influjo, propiciando el agravio al considerar la existencia de una obligación que no ha sido previamente constituida; y de la que se pudiere inferir la presencia de delito, cuasidelito, incumplimiento o cumplimiento imperfecto.

111. Por estas consideraciones, este Tribunal de Casación de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, califica la violación directa de los artículos 1627 y 1572 del Código Civil; y CASA la sentencia impugnada, dictada el 26 de agosto de 2019, las 11h28 por la Sala de lo Civil Especializada de lo Civil de la Corte Provincial del Guayas. Conforme lo dispuesto en el artículo 16 de la ley de casación, se emite decisión de mérito, en función de los hechos determinados como ciertos en instancia, que se tienen como ciertos e irrefutables.

VIII. PRONUNCIAMIENTO QUE CORRESPONDE

112. Conforme los fundamentos de la demanda, su contestación y reconvencción, esgrimidos en los antecedentes de esta resolución, la acción y contrademanda versan sobre el derecho a recibir indemnización de daños y perjuicios de las partes.

113. En el caso de la parte actora, representada por el abogado Hugo Cisneros Navarro, comparece en calidad de Apoderado de las compañía: Allianz Global Corporate & Specialty AG, AXA Versicherung - Aktiengesellschaft, Basler Securitas Versicherung - Aktiengesellschaft, Gothaer Allgemeine Versicherung AG Hamburg, Condor Allgemeine Versicherungs AG, Kravag Logistic Versicherung - AG, Schwarzmeer und Ostsee

Versicherungs - Aktiengesellschaft SOVAG, ERGO Versicherung AG, AIG EUROPE Ltd., como subrogantes de los derechos y acciones de la compañía RASTODER D.O.O; alegando que son acciones y omisiones ilícitas de CARTORAMA C.A., las que siguen: 1) la acción ilegal e ilegítima de secuestro preventivo solicitada, gestionada y obtenida por CARTORAMA C.A; 2) la solicitud ilegal e ilegítima gestionada y obtenida por CARTORAMA C.A. de que se impida el zarpe a la nave MV ALMEDA STAR; 3) la insistencia de CARTORAMA, de que se mantenga el secuestro y el impedimento de zarpe, cuando el Juez de la causa le corrió traslado, de los escritos que advertían que la carga era de propiedad de terceros; y, por 4) Haber obtenido el secuestro e impedimento de zarpe bajo el hecho claro que CARTORAMA conocía que Rastoder era la propietaria de la carga una vez que estaba embarcada y por el hecho de llevar las marcas de propiedad de Rastoder y las marca autorizada de Rastoder. Ocasionando que la nave y el cargamento de fruta estén retenidos por un lapso de 13 días en Puerto Bolívar, Ecuador, propiciando que la fruta avance en su proceso de maduración, perdiendo tiempo para que la fruta llegue en excelentes condiciones al mercado internacional, perdiendo su valor de mercado y en consecuencia generando pérdidas cuantiosas a RASTODER.

114. Por lo que fundamentándose en los artículos 2229, 2214, 2217 del Código Civil, demanda a la Compañía CARTORAMA C.A., responsable por los daños ocasionados a RASTODER, y habiéndose sus representadas subrogado en los correspondientes derechos de reclamo, en consecuencia de ello, a nombre y en representación de las compañías indicadas, demanda en vía ordinaria a CARTORAMA S.A: i.- El pago a su representadas de un total de USD \$3000.000.00 (Tres Millones de Dólares de los Estados Unidos de América con 00/100), total que se dividirá entre su representadas conforme su participación ya mencionada en la acción subrogatoria; ii.- El pago de los intereses a la más alta tasa legal, desde la fecha que sus representadas hicieron el pago del seguro y se subrogaron en los derechos mencionados. Los intereses deben ser calculados hasta la fecha del pago total del principal demandado; iii.- Las costas procesales y los honorarios profesionales.

115. Por su parte, la demandada comparece a juicio por medio del señor Germán González Londoño, por los derechos que representa en calidad de Gerente General y su Presidente Sr. Pedro Esteban Díaz Heredia de la Compañía CARTORAMA S.A., quienes al contestar la

demanda oponen como excepciones las siguientes: i.- Insuficiencia del Poder Especial y Procurador Judicial o documentación de Apoderado, con el que el accionante comparece a deducir la acción comentada; ii.- Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador en razón de la materia, puesto que la vía a seguirse es la verbal sumaria y no ordinaria; iii.- Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador para conocer de la acción planteada en contra de su representada, en razón del territorio; iv.- Improcedencia en derecho de la acción propuesta en contra de su representada; v.- Falta de causa legal para demandar; vi.- Falta de derecho del actor para demandar.-

116. Adicionalmente, reconviene a la parte actora por concepto de daños y perjuicios por seis millones de dólares; a ella se opone el actor con las siguientes excepciones: 1) falta de legitimación en la causa y falta de derecho del actor; 2) error en la forma de proponer la demanda e improcedencia; 3) inexistencia del contrato; y, 4) fuerza mayor.

117. En la junta de conciliación, las partes en lo principal se afirman y ratifican en sus respectivos fundamentos de hecho y de derecho, con lo que queda trabada la litis

118. Ahora bien, previo al juzgamiento de la controversia de indemnización de daños y perjuicios motivo de la demanda, es necesario señalar que la parte actora comparece como subrogante de los derechos y acciones de RASTODER D.O.O; y, si bien su condición de subrogante, no es el tema sustancial de la controversia, el derecho por el que se demanda deviene directamente de dicha subrogación por lo que se hace necesario precisar que de conformidad con el Art. 1 de la Constitución de la República, el Ecuador es un Estado Soberano, independiente y unitario, cuya autoridad se ejerce a través de sus órganos de poder. Bajo este principio, no se necesita mayor esfuerzo para saber que las acciones que se ventilan en el Ecuador, solo pueden ser tramitadas bajo el influjo de sus leyes, reglamentos y tratados internacionales suscritos por el País.

119. Y tomando en cuenta que, la subrogación por convención con el acreedor, en nuestra legislación, se encuentra regulada por el artículo 1627 del Código Civil, la subrogación dada por RASTODER D.O.O a las ahora compañías actoras, debía efectuarse en la carta de pago de la obligación. La sola existencia de acuerdos de transferencia de derechos a las

demandantes a prorrata de su participación, no supe la carta pago.

120. En definitiva, según la norma *ibídem*, la subrogación en virtud de convención con el acreedor, se produce cuando el acreedor recibe de un tercero el pago de una deuda y le subroga voluntariamente en los derechos y acciones que le corresponderían al acreedor. Entonces, para que obre el derecho de subrogación se necesita a más de la convención subrogatoria, ^a una deuda^o, clara, determinada y establecida en un título de crédito, en contra del ^a deudor^o, porque tercero implica la concurrencia de tres, voluntades. Precisiones fundamentales que en el caso no existen.

121. En suma, la empresa RASTODER, que afirma es de nacionalidad eslovena, no es parte del juicio ejecutivo N° 09302-2011-0403, sustanciado ante el Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil, que por cobro de facturas seguido por CARTORAMA C.A., en contra de SETERCBAN; su intervención no ha sido admitida en ese juicio, ni dentro de la medida cautelar de secuestro preventivo; ni en la resolución final del mismo, ha sido sujeto de reconocimiento de derecho alguno, a ser ejercicio en acción posterior, contra CARTORAMA C.A. No siendo así, RASTODER, ha subrogado un evento incierto, más aún si, (como afirman los demandantes), lo que se ha practicado en ese juicio ejecutivo, es un secuestro de papel, que, como instituto procesal, no existe.

122. No obstante, de las deficiencias en la subrogación voluntaria efectuada, corresponde el análisis de la responsabilidad civil demandada, que al ser de carácter extracontractual, es en esencia subjetiva, es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración.

123. 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 no y el otro.

124. 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.

125. 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.

126. 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.

127. 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.

128. 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.

129. 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° .

130. 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.

131. Volviendo al caso, para juzgar sobre la procedencia o improcedencia de esta demanda, es fundamental entonces, en primer lugar, buscar y establecer la existencia del hecho dañoso, bajo los principios sustantivos de los artículos 2214 y 2229 del Código Civil, presentados como fundamentos de derecho

132. Según la hipótesis normativa de las normas descritas, el análisis pasa por la necesidad de definir, si la medida cautelar de secuestro preventivo ordenada por el Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil, dentro del juicio ejecutivo, N° 09302-2011-0403, que por cobro de facturas, ha seguido CARTORAMA C.A., en contra de la compañía SERTECBAN, constituye un hecho, que comporte delito o cuasidelito. Sustanciado en el Juzgado Segundo de lo Civil de Guayaquil, la resolución niega la demanda, bajo el criterio que no existen títulos ejecutivos, mismo que se confirma en segunda instancia. El argumento de fondo, es que se ha ordenado el secuestro preventivo de cajas de banano, que según los accionantes de este juicio, ya no pertenecían a SERTECBAN, sino a RASTODER; argumento en el que radica la petición de pago de daños y perjuicios.

133. Ciertamente que en el proceso ejecutivo, con fecha 11 de mayo de 2011, se ordena el secuestro preventivo, con el siguiente texto: ^aEn mérito de la prueba testimonial actuada y acompañada, a petición del accionante y de conformidad con lo que dispone el Art. 422 del Código de Procedimiento Civil, se ordena el secuestro de los bienes de propiedad de la compañía demandada antes nombrada, los mismos que consisten en cajas de banano, las mismas que actualmente están embarcadas en los buques BARENTS BAY y ALAMEDA STAR, los mismos que se encuentran en Puerto Bolívar, Provincia de El Oro, secuestro que será hasta por la suma de US\$ 588,000.00. Para la práctica de dicha diligencia, se Depreca la misma al señor Juez de lo Civil del Cantón Machala, enviándole el correspondiente Despacho en forma, ofreciéndole reciprocidad en casos análogos. Se faculta a dicho Juez Deprecado para que designe al Depositario Judicial que deba intervenir en esa diligencia, así como oficiar al Comandante de la Policía Nacional acantonada en ese lugar para que designe a uno de sus miembros para que colabore en el secuestro ordenado^{1/4} °.

134. Pero no lo es menos que dicha orden contiene precisiones que son de capital

importancia para llegar a una conclusión acertada. Es que el Juez de la causa ejecutiva en forma expresa, ordena también: ^a¼ . Los funcionarios que se designen e intervengan en el secuestro deberán cerciorarse bajo su responsabilidad de que los bienes a secuestrarse, sean de propiedad de la demandada°.

135. Es decir, no se mandó a secuestrar otros bienes, que no fueran del demandado Sertecban S.A, propiedad cuya verificación quedó bajo exclusiva responsabilidad de los funcionarios encargados de practicar la diligencia. Por tanto, no se infiere que dicha orden judicial, perfectamente ubicada en la entonces vigente ley procesal y cubierta por la garantía constitucional del derecho de petición, sea generadora de perjuicios, pues constituye ejercicio simple de la normativa de derecho público; sin que sea relevante lo que dijeron, o dejaron de decir los testigos, antes o después, de la disposición, toda vez que aquí no se ventila la validez o invalidez del documento público contentivo de declaraciones, ni de sus fechas. Vale solo el hecho de la orden judicial, su forma de expedición y la responsabilidad de quienes la ejecutaron, que no es de CARTORAMA C.A, por lo que no se puede decir que la petición de secuestro constituya una acción ilícita de la demandada.

136. Es el juez con competencia, el que tiene la alternativa de admitir o negar una medida, dependiendo de su convencimiento acerca del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de procedencia.

137. Mucho menos, cabe la acusación de que CARTORAMA CA., por obtener que se prohibiera el zarpe de la nave MV ALMEDA STAR, en un proceso que fue desechada su demanda y confirmada en segunda instancia, por sí solo no puede ser calificado de ^anexo causal° habilitado para calificar la existencia de perjuicio a la demandada. Pues no se encuentra providencia específica que prohíba el zarpe del buque, existe únicamente la orden de que se proceda al secuestro de los bienes del demandado en esa causa; tanto más que la negativa de la acción ejecutiva, no implica falta de derecho del actor en sí; únicamente representa error de la vía procesal; y menos cuando no existe pronunciamiento de fondo, indicativo de falta de derecho, por lo que dicho fallo no llega a categorizar al actor como acreedor vencido. En consecuencia no existe materialidad acerca del presupuesto de mala fe o temeridad en la acción de la demandada.

138. Por otra parte, de la demanda y de autos se desprende el hecho de que el secuestro, cesó el 25 de mayo de 2011, en virtud del pago de QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CIENTO DIECISEIS DOLARES /CON 86 mil dólares, por parte de Sertecban S.A. Es decir que, dentro de dicho proceso hubo una respuesta ajustada a la ley para desactivar los efectos de la medida cautelar, prevista en el artículo 905 del Código de Procedimiento Civil.

139. Más aún el secuestro no se materializó, porque de la misma versión de la demanda, se deja constancia de que nunca se desembarcó una sola de las cajas de banano supuestamente objeto principal de la medida cautelar. Dicen también los demandantes, que la providencia judicial de secuestro ha sido una orden no cumplida; que es un secuestro de papel; que ha sido un secuestro "virtual"; formas procesales que no existen como institución en el entonces vigente Código de Procedimiento Civil; luego, en términos de legalidad no existen hechos consumados respecto de los cuales se puedan medir válidamente secuelas dañosas, restando ostensiblemente justificación de la persecución de perjuicios.

140. No se puede ignorar, además, que el secuestro, como providencia preventiva, es tan solo un elemento accesorio del juicio principal, que no está destinado a solventar el asunto de fondo, que es el que causa estado y efectos jurídicos, directos y vinculantes entre los litigantes, al tiempo de la resolución, el secuestro había cesado.

141. En conclusión, una orden de secuestro preventivo, dictada exclusivamente contra los bienes del demandado, por estar autorizado por la ley, no es constitutiva de delito o cuasidelito, ni en relación con ello, existe reserva judicial conducente a condena alguna.

142. Advertido que el ejercicio de las instituciones jurídicas consignadas en la ley, no son generadoras de daño, a menos que se hayan otorgado, sin justificación verificable de la existencia de una obligación susceptible de recaudación, que en el caso del juicio ejecutivo que precede a esta causa, la hubo bajo la modalidad de facturas no impugnadas por Sertecban S.A.; como así lo determinó la autoridad con competencia para valorar y decidir sobre dichos documentos, al ordenar un acto de jurisdicción perfectamente legítimo; y con identificación perfecta de las responsabilidades de los funcionarios y los bienes sobre los que

habría de proceder; juicio ejecutivo que no culminó con condena en contra de CARTORAMA C.A., con mérito de ser juzgado como delito o cuasidelito. Por estas consideraciones, se concluye que no se ha establecido el derecho de los demandantes para ejercer la presenta acción.

143. En cuanto a la reconvención, no se verifica que la parte actora haya litigado con malicia, temeridad o mala fe, habiendo concurrido a la administración de justicia, a hacer uso de su derecho acción, por considerarse facultada para demandar indemnización extracontractual de daños y perjuicios, pretensión que ha quedado desvirtuada según el análisis esgrimido en el presente fallo.

IX. DECISIÓN

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. Aceptar parcialmente el recurso de casación planteado por CARTORAMA C.A, por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.
2. En consecuencia, se declarar sin lugar la demanda y la reconvención.
3. Notifíquese y devuélvase.

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

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

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

223990635-DFE

Juicio No. 09332-2015-02020

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 9 de febrero del 2024, las 10h25. **VISTOS:** Una vez incorporado al proceso el escrito de ampliación presentado por el Dr. Jorge Mauricio Abad Calle, por los derechos que representa de CARTORAMA C.A, habiéndose corrido traslado con el petitorio a la contraparte conforme lo prevé el segundo inciso artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso y, siendo el estado el de resolver la solicitud planteada, este Tribunal realiza las siguientes precisiones:

1. El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, dispone que: *“La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.”*, doctrinariamente se concibe a la ampliación, como *“...el remedio procesal mediante el cual, (...) a petición de parte, el órgano judicial puede corregir errores, suplir omisiones...”*¹

2. La Corte Constitucional del Ecuador, ha precisado que la ampliación procede:

(¹/₄) La ampliación, por su parte, tendrá lugar si la sentencia no resolviera todos los asuntos sometidos a la decisión del órgano jurisdiccional (...) a través de la resolución de estos pedidos, no se puede modificar la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional.²

3. El peticionario, requiere se amplié el fallo dictado por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil, el 8 de enero de 2024, solicitando que se condene en costas a la parte actora.

1 Víctor de Santos, “Tratado de los Recursos”, Tomo I: Recursos Ordinarios, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.

2 Corte Constitucional del Ecuador. Auto de aclaración y ampliación No. 45-13-AN/19, 15 de agosto de 2019.

4. El artículo 283 del Código de Procedimiento Civil, determina: *“En las sentencias y autos se condenará al pago de las costas judiciales a la parte que hubiere litigado con temeridad o procedido de mala fe°*. Es decir que para dicha condena, ha de determinarse previamente la temeridad y mala fe de la parte vencida. Al respecto, este tribunal fue enfático en señalar en el párrafo 143 de la sentencia de casación, en virtud de la reconvención planteada por CARTORAMA C.A., que incluía el pago de las costas procesales, lo que sigue: *“ En cuanto a la reconvención, no se verifica que la parte actora haya litigado con malicia, temeridad o mala fe, habiendo concurrido a la administración de justicia, a hacer uso de su derecho acción, por considerarse facultada para demandar indemnización extracontractual de daños y perjuicios, pretensión que ha quedado desvirtuada según el análisis esgrimido en el presente fallo°*. Por tanto, no existe ningún pronunciamiento complementario que este tribunal deba esbozar al respecto, por lo que se niega la petición planteada.

5. Adicionalmente, este tribunal ha detectado que por un lapsus cáلامي, se ha incluido en la sentencia de casación, el párrafo 53, que no es relativo a los antecedentes procesales de esta causa, por lo que de oficio se deja sin efecto su contenido, debiendo leerse la sentencia sin dicho párrafo. En lo demás estese a lo resuelto.- **Notifíquese y devuélvase.** -

LUIS ADRIAN ROJAS CALLE

JUEZ NACIONAL



221176514-DFE

Juicio No. 18334-2015-03766

JUEZ PONENTE: LUIS ADRIAN ROJAS CALLE, JUEZ NACIONAL (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 8 de enero del 2024, las 12h26. **VISTOS.** ± Agotado el trámite previsto en la Ley de Casación y, por cuanto se encuentra fenecido el término previsto en el artículo 17 ibídem, el infrascrito Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, procede a resolver el recurso de casación interpuesto por Elsa Georgina Chipantiza Cunalata, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

1. Conforme consta a fojas 10, Y 13 del cuaderno de primer nivel, comparece Elsa Georgina Chipantiza Cunalata, demandando al señor Ángel Francisco Toalombo Caiza, en calidad de gerente general de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO INDIGENA SAC PELILEO LTDA, Y, CUNALATA JINES MOISES IVAN, CUNALATA JINEZ FAUSTO ANDULFO, demanda de tercería excluyente de dominio sobre el inmueble de sus propiedad.
2. Debidamente citados los demandados han comparecido al proceso y contestado a la demanda planteada, según se observa a fs. 42 a 43, del cuaderno de primera instancia.
3. Mediante sentencia de 9 de mayo del 2018, las 08h24, la Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Ambato de Tungurahua, desecha la demanda.
4. De esta sentencia, la demandante, por no estar de acuerdo con la decisión, interpone recurso de apelación, el que ha sido concedido mediante providencia de 14 de diciembre de 2017, las 15h19.
5. El 30 de enero del 2020, las 13h26, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

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

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

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

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

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

Justicia de Tungurahua, resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por el accionante y confirmar la sentencia emitida en primera instancia.

6. De esta sentencia, la señora Elsa Georgina Chipantiza Cunalata, actora, interpone recurso de casación el que es negado por el tribunal de apelación en auto de 10 de marzo de 2020, ante lo cual presenta recurso de hecho; en cuya virtud, el proceso se eleva a la Corte Nacional de Justicia, por lo cual el recurso de casación ha sido admitido a trámite por el señor Conjuez Nacional Competente, Pablo Loayza Ortega, mediante auto dictado el martes 22 de septiembre del 2020, las 09h37.

7. Al tenor de inciso tercero del artículo 8 de la Ley de Casación, en concordancia con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante sorteo de fecha 17 de marzo del 2021, 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 Wilman Gabriel Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.

8. Por cuanto el doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo, ha sido designado Presidente del Consejo de la Judicatura, actúa en su reemplazo el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal N.º 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del 2023.

II. COMPETENCIA

9. 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.

10. 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.

11. 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.

12. 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 artículo 1 de la Ley de Casación y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

13. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del Código de Procedimiento Civil y las previstas en la Ley de Casación. 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

14. 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.

15. 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.

16. 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.

17. 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.

18. 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.

19. 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.

20. 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.

21. 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.

22. 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*).

23. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 2, 6 y 7 de la Ley de Casación, determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

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

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

Art. 6.- REQUISITOS FORMALES.- En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;
3. La determinación de las causales en que se funda; y,
4. Los fundamentos en que se apoya el recurso.

Art. 7.- CALIFICACION.- Interpuesto el recurso, el órgano judicial respectivo, dentro del término de tres días, examinará si concurren las siguientes circunstancias:

1ra.- Si la sentencia o auto objeto del recurso es de aquellos contra los cuales procede de acuerdo con el artículo 2;

2da.- Si se ha interpuesto en tiempo; y,

3ra.- Si el escrito mediante el cual se lo deduce reúne los requisitos señalados en el artículo anterior.

El órgano judicial respectivo, con exposición detallada de los fundamentos o motivos de la decisión, admitirá o denegará el recurso.

24. 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.

25. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión; 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:

(1/4) 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.

26. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos, 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

27. Del libelo del recurso interpuesto, se desprende que la casacionista ha fundamentado los yerros de la sentencia en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, señalando en lo principal:

27.1. Acusa la falta de aplicación del artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador, que regula la unión de hecho, la cual genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, infracción se dice vulnera además el artículo 66 ibídem en concordancia con los artículos 11, 321, 324 de la Carga Magna. Así como la falta de aplicación de los artículos 222 y 223 del Código Civil.

27.2. Indica la casacionista, Elsa Georgina Chipantiza Cunalata, que habiendo mantenido unión de hecho con el señor Moisés Ivan Cunalata Jinez, he tenido derechos y obligaciones como madre, esposa, mujer v conviviente para progresar en la vida v formar un patrimonio con su pareja.

27.3. Que la falta de aplicación de las normas indicadas, se le ha privado del derecho al cincuenta por ciento de la propiedad materia de la presente tercería, que por ley le corresponde.

27.4. Concluye refiriendo, que la administración de justicia debía aplicar obligatoriamente

el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

28. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 27 *ut supra*, este Tribunal se plantea el siguiente problema jurídico objeto de resolución:

28.1. ¿La sentencia impugnada incurre en falta de aplicación de las normas que regulan la unión de hecho?

VII. RESOLUCIÓN DEL CARGO

7.1. Análisis del cargo por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

29. Esta causal, 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.

30. Su naturaleza 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.

31. 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.

32. En fin, esta causal 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.

33. Respecto al recurso planteado, se hace necesario señalar, que para la procedencia de la tercería excluyente de acuerdo como lo determina el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil vigente a la época determina que *"¼La tercería excluyente deberá proponerse presentado título que justifique el dominio en que se funde, o protestando con juramento presentarlo en el término probatorio. Si no se cumpliere con alguno de estos requisitos, o si la tercería fuere maliciosa, el juez la desechará de oficio, sin recurso alguno. Exceptuase la tercería sobre cosas muebles, que podrá deducirse con protesta de probar el dominio en el término respectivo. El tercerista excluyente será oído, aun cuando no presente título escrito de dominio que alega, siempre que asegure con juramento haberse perdido el original o la matriz, o que adquirió la cosa por prescripción extraordinaria o por sucesión intestada¼."*

34. En este sentido es importante señalar que la tercería excluyente de dominio tiene como objetivo el precautar el dominio de una persona sobre un bien, impidiendo una posible lesión al

interés de un tercero, por lo cual de acuerdo a lo establecido en el párrafo precedente, es quien busca precautelar el derecho quien tiene que probar ser el titular verdadero de este objeto de la tercería, y que el bien de su pertenencia está afectado y por ende en sus derechos para pedir la exclusión de la vía de apremio que se haya dictado respecto de aquel, cumpliendo con los requisitos señalados en la norma precedente y los requisitos contenidos en el artículo 498 del Código de Procedimiento Civil.

35. Ahora bien tenemos que los artículos supuestamente soslayados 222 y 223 del Código Civil sostienen:

"Art. 222.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes.

La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo".

"Art. 223.-En caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta.

El juez para establecer la existencia de esta unión considerará las circunstancias o condiciones en que esta se ha desarrollado. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente y verificará que no se trate de ninguna de las personas enumeradas en el artículo 95".

36. El Estado constitucional de derechos y justicia vigente en el Ecuador, describe una gama de derechos de las personas, entre ellos, los de libertad; como parte de aquellos, se reconoce la familia en sus diversos tipos, y se establece que el Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y

garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (artículo 67 de la Constitución de la República); así mismo, en nuestra estructura constitucional, como parte de los derechos de libertad, se reconoce las uniones de hecho.

37. Para tutelar estos derechos, se han establecido garantías normativas en la legislación civil, en efecto, la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes, la unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo (artículo 222 del Código Civil), así también, en caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta. El juez para establecer la existencia de esta unión considerará las circunstancias o condiciones en que esta se ha desarrollado. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente y verificará que no se trate de ninguna de las personas enumeradas en el artículo 95 (artículo 222 del Código Civil).

38. Ahora bien en ese orden de ideas la parte recurrente procura sostener que de acuerdo a lo contenido en la normativa anterior supuestamente soslayada, en relación a lo establecido en el artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, *"El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte."*, demostraría que se le ha privado del derecho al cincuenta por ciento de la propiedad, de la cual procura la tercería excluyente del bien materia de la litis inmueble se halla embargado en el juicio ejecutivo 1833420100977X.

39. De la lectura de la sentencia impugnada, se evidencia que aquella contiene una argumentación fáctica y jurídica suficiente y explica el porqué del rechazo de la acción en relación al actor, Elsa Georgina Chipantiza Cunalata. En este sentido, la sentencia para rechazar la impugnación y ratificar la sentencia que desecha la demanda de tercería excluyente, determina en su considerando 6 en relación a la unión de hecho como prueba, lo siguiente:

6. PRUEBA DE LA UNIÓN DE HECHO: 6.1. El artículo 502 del Código de Procedimiento Civil decía que "La tercería excluyente deberá proponerse presentado título que justifique el dominio en que se funde, o protestando con juramento presentarlo en el término probatorio. Si no se cumpliera con alguno de estos requisitos, o si la tercería fuere maliciosa, el juez la desechará de oficio, sin recurso alguno^{1/4} ", y el artículo 503 del mismo Código decía que "Salvo lo dispuesto en el artículo que sigue, la tercería excluyente suspende el progreso de la vía de apremio en lo relativo a la cosa que es materia de ella; y será sustanciada ordinariamente, con intervención del ejecutante y del ejecutado, sin que el término probatorio exceda de diez días, con todos los cargos^{1/4} " La Corte Suprema de Justicia, cuando Tribunal de tercera instancia, en criterio que se estima aún vigente, sobre lo que es la tercería excluyente de dominio, dijo que "^{1/4} es una acción que tiende a salvaguardar el dominio de una persona sobre un bien, evitando que se lesionen intereses de terceros, y por lo mismo, para su procedencia, se requiere justificar que el proponente es verdaderamente dueño del bien y que como titular del mismo de ninguna manera tiene que responder directa o indirectamente con las obligaciones derivadas de la acción principal" (Primera Sala, 12 de diciembre de 1979, en Galo Espinoza, La más práctica enciclopedia jurídica, volumen IV, Imprenta Don Bosco, Quito, 1999, p. 851). Se trata, entonces, de una acción de dominio, deducida por el propietario de un bien, que busca que se excluya del embargo y posterior remate tal bien, por no ser deudor de quien impulsa la ejecución en el juicio principal. Suele decirse, por eso, que es una verdadera acción reivindicatoria, deducida como cuestión incidental. De los dos artículos y del criterio citados se desprende que los requisitos necesarios para que prospere la tercería excluyente de dominio son los siguientes:

a) Que haya un bien que se encuentre embargado en un juicio principal; b) Que ese bien sea total o parcialmente del tercerista; y c) Que el tercerista no sea deudor del ejecutante. Corresponde verificar si se han justificado estos elementos, pues sólo de esa manera prosperará la demanda.

6.2. No existe controversia sobre los siguientes hechos: a) Que MOISÉS IVÁN CUNALATA JINES adquirió los dos lotes de terreno a los que se refieren los certificados de gravámenes y la escritura pública mencionados en los apartados 5.2. y 5.8., que actualmente forman un solo cuerpo de la superficie de 81,60m², adquisición hecha el 27 de junio del 2006, inscrita el 11 de agosto del mismo año; b) Que este inmueble se halla embargado en el juicio ejecutivo 1833420100977X, iniciado en el entonces Juzgado Sexto de lo Civil de Ambato, por el Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Indígena SAC Pelileo en contra de Fausto Andulfo Cunalata Jinez y de Moisés Iván Cunalata Jines, conforme a las copias certificadas

mencionadas en el apartado 5.9.; y c) Que los deudores y ejecutados en dicho proceso ejecutivo son los señores Fausto Andulfo Cunalata Jinez, como aceptante del pagaré que en ese proceso se ejecuta, y de Moisés Iván Cunalata Jines, en calidad de aval, sin que conste demandada como deudora o aval la actora ELSA GEORGINA CHIPANTIZA CUNALATA.

Con esto, se hallan justificados el primero y el tercer requisito necesarios para que prospere la tercería excluyente de dominio, según lo mencionado en la parte final de apartado 6.1. Falta verificar si la actora ha justificado la propiedad sobre el bien embargado, que es, además, el punto central de la apelación, pues sostiene que sí lo ha justificado, pero que el juez a quo no ha valorado debidamente la prueba.

6.3. Conforme a los certificados de gravámenes y a la copia de la escritura pública mencionados en los apartados en los apartados 5.2. y 5.8., MOISÉS IVÁN CUNALATA JINES ha comparecido a comprar los lotes ahora embargados en el juicio ejecutivo 1833420100977X, en estado civil de soltero, lo cual descartaría la posibilidad de que la demandante sea copropietaria del bien. Sostiene, sin embargo, la recurrente, que a la época de la adquisición, ella mantenía unión de hecho con MOISÉS IVÁN CUNALATA JINES. De ser cierto esto, efectivamente tendría derechos y acciones en el bien, ya que la unión de hecho da origen a una sociedad de bienes, con reglas iguales a las de la sociedad conyugal, pues el primer inciso del artículo 222 del Código Civil dice que "La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y DA ORIGEN A UNA SOCIEDAD DE BIENES", y antes de la reforma introducida mediante la Ley publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial 526 del 19 de junio del 2015, el segundo inciso de este artículo (que se lo cita, porque la unión sería anterior a esta fecha) decía que "La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, DA ORIGEN A UNA SOCIEDAD DE BIENES".

Respecto a que las reglas de la sociedad de bienes son iguales que las de la sociedad conyugal, el artículo 229 del Código Civil dice que "El haber de esta sociedad y sus cargas, la administración extraordinaria de sus bienes, la disolución y la liquidación de la sociedad y la partición de gananciales, se rigen por lo que este Código y el Código Orgánico General de Procesos disponen para la sociedad conyugal". Este artículo, antes de la reforma publicada el 19 de junio del 2015, decía lo mismo, sólo que final constaba que "¼ se rigen por lo que éste Código y el Código de Procedimiento Civil disponen para la sociedad conyugal".

6.4. En torno a la prueba de la unión de hecho, el segundo inciso del artículo 223 del Código Civil dice que "El juez para establecer la existencia de esta unión considerará las circunstancias o condiciones en que esta se ha desarrollado. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente y verificará que no se trate de ninguna de las personas enumeradas en el artículo 95", y antes de la reforma publicada el 19 de junio del 2015 decía que "El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente". Es importante destacar que, si bien actualmente los artículos 56, 57 y 59 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, se refieren a la inscripción y registro de la unión de hecho, en una interpretación integral y en armonía con el primer inciso del artículo 67 de la Constitución, que establece que las familias "¼ se constituirán por vínculos jurídicos o DE HECHO¼ ", y con el segundo inciso del artículo 222 del Código Civil, que dice que "La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo", debe entenderse que la inscripción y registro es, más bien, con fines probatorios; no con fines constitutivos, tanto así que el primer artículo de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles dice que "La presente Ley tiene objeto garantizar el derecho a la identidad de las personas y normar y regular la gestión y el registro de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas y su identificación", de modo que los artículos 56, 57 y 59 mencionados deben entenderse con relación a este objeto, mas no como reglas que modifican la forma de constituirse un HOGAR DE HECHO, que como su nombre lo indica, se constituye de facto, sin necesidad de más requisitos que los que exige el artículo 222 del Código Civil, es decir, que haya unión estable y monogámica entre dos personas, en este caso entre un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, tanto más que la mencionada Ley orgánica, que actualmente se refiere a la inscripción y al registro de las uniones de hecho, fue publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.684 de 4 de febrero del 2016, mientras que la unión de hecho dataría, cuando menos, de antes del 27 de junio del 2006, en que se han adquirido los lotes ahora embargados. Precisamente el primer inciso del artículo 56 en cuestión empieza diciendo que "Se reconoce la Unión de Hecho bajo las condiciones y circunstancias que señala la Constitución de la República y la ley", es decir, se remite, en cuanto sus condiciones y circunstancias, a lo que diga la Constitución y el Código Civil, los cuales no exigen el requisito del registro o de la inscripción para que exista la unión de hecho, sino más bien que la prueba se la aprecie conforme a las reglas de la sana crítica, considerando las circunstancias o condiciones en que se ha desarrollado. La Corte Suprema de Justicia, si bien se trataba de una notificación con la voluntad de dar por terminada una unión de hecho, que no es el caso, dijo lo siguiente, que sí ilustra la forma en la que se constituye una unión de hecho: "¼ siendo

importante notar que no se manda aplicar a la unión de hecho lo atinente a la disolución de la sociedad conyugal, y tampoco podía hacerlo PORQUE NO SE TRATA DE LA UNIÓN DE DERECHO SINO QUE ES UNA SITUACIÓN QUE SE ESTABLECE Y

DESAPARECE DE FACTO, SIN CUMPLIR CON NINGUNA FORMALIDAD LEGAL,^{1/4} "

(Primera Sala Civil y Mercantil, expediente de Casación 513, Registro Oficial 83 de 08 de diciembre de 1998) (Mayúsculas nuestras).

6.5. Según la recurrente, habría probado la unión de hecho, básicamente con la información sumaria de testigos adjuntada a la demanda, mencionada en el apartado 5.3., y con la partida de nacimiento de fojas 3, mencionada en el apartado 5.1. Sin embargo, la información sumario de fojas 5 a 6, contiene la declaración de dos testigos, hecha ante notario y no ante el juez de la causa, y practicada fuera del proceso, sin derecho a contradicción. El artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso, decía que "Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio", y el artículo 219 del mismo Código decía que "La parte que necesite rendir prueba testimonial, presentará al juez la nómina de los testigos que deben declarar, y el interrogatorio según el cual deben ser examinados. // El juez ordenará que la solicitud sea comunicada a la otra parte, para que ésta pueda pedir que tales testigos declaren también sobre otros hechos, haciéndolos constar en un interrogatorio". En la especie, la prueba de testigos no se ha practicado en la forma que señalaba el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, por lo que según el artículo 117 del mismo cuerpo legal, no es prueba debidamente actuada y, por ende, no contribuye a justificar la unión de hecho alegada. En cuanto a la partida de nacimiento de fojas 3, de Tatiana Elizabeth Cunalata Chipantiza, quien consta como hija de Moisés Iván Cunalata Jines y Elsa Georgina Chipantiza Cunalata, nacida el veinte de julio de 1993, por sí sola, tampoco contribuye a justificar la unión de hecho discutida, pues si bien se trata de una hija común de los mencionados litigantes, no puede concluirse, de manera unívoca, que sea fruto de una relación en convivencia estable y monogámica, pues cabe la posibilidad de una concepción, sin necesidad de matrimonio o de unión de hecho. El certificado de unión de hecho de fojas 152, mencionado en el apartado 5.7., así como las copias del juicio 18201201500822, por declaración de la existencia de la unión de hecho, mencionadas en el apartado 5.10., han sido presentadas fuera del término de prueba, de modo que es prueba indebidamente actuada, según el ya citado artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, por lo que tampoco contribuyen a justificar la unión de hecho, a más que según el artículo del Código Civil, "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren", más aún si ese proceso de declaratoria de

unión de hecho se ha propuesto el 30 de octubre del 2015, mientras que el embargo se ha ordenado el 22 de abril del 2014 y se ha inscrito el 24 de septiembre del 2014, según fojas 65 y 69 de esta instancia. Las copias de fojas 123 a 136, mencionadas en el apartado 5.5., del mismo juicio del juicio 18201201500822, por declaración de la existencia de la unión de hecho, no se hallan certificadas, de modo que nada prueban, pues el tercer inciso del artículo 121 del Código de Procedimiento Civil decía que "Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema", certificación de conformidad con el original que en el caso no existe, a lo que se añade que tales copias no llegan hasta el contenido de la resolución. El contrato de arrendamiento mencionado en el apartado 5.6., nada aporta en relación a justificar la unión de hecho y es, más bien, ajeno a los puntos materia de la litis. La confesión judicial de la actora, mencionada en el apartado 5.11., no sirve como prueba a favor de la demandante, según el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil, pues sólo prueba en su contra; y finalmente, la confesión judicial de la actual representante de la Cooperativa SAC ± Pelileo, mencionada en el apartado 5.13., no contiene ningún dato que abone en pro de justificar la unión de hecho, desde hace 25 años, como se dice en la aclaración de la demanda de fojas 13, pues lo único que vendría al caso es que por el juicio la confesante sabe de la existencia de la hija común de la actora con Moisés Iván Cunalata Jines, pero de ahí no puede deducirse que existió la unión de hecho. Según la valoración probatoria constante en este apartado, entonces, no se ha justificado debidamente que al momento de la compra de los lotes embargados en el juicio ejecutivo 1833420100977X, ELSA GEORGINA CHIPANTIZA CUNALATA y MOISÉS IVÁN CUNALATA JINES mantenían unión de hecho y, por lo mismo, no ha justificado que sea propietaria del cincuenta por ciento de derechos y acciones en tales inmuebles, lo que significa que no ha habido la indebida valoración de la prueba en primera instancia, que se ha esgrimido como argumento básico para proponer el recurso de apelación, y ello obliga a rechazar el recurso de apelación." (Sic)

40. La sentencia entonces, es clara en sostener que, dentro del proceso ejecutivo signado con el número 18334-2010-0977X, la actora hoy recurrente no ha logrado demostrar ser propietaria del cincuenta por ciento de derechos y acciones en los inmuebles materia de la litis, por cuanto de la argumentación fáctica y jurídica no se logró demostrar la unión de hecho mantenida con el propietario de los terrenos embargados, y de esta forma no se determina la falta de aplicación de los artículos 222 y 223 del Código Civil en cuanto esta norma reconoce la intuición jurídica de la unión de hecho.

41. La causal primera invocada atiende a vicios *in iudicando*, es decir, vulneración de normas sustantivas o precedentes jurisprudenciales obligatorios con prescindencia de los hechos probados, para la fundamentación de esta causal ha de explicarse razonadamente, cuál es el yerro en el que ha incurrido la norma que se acusa como vulnerada; la recurrente en su suplica casacional pretende que este Tribunal valore prueba y analice hechos que el *ad quem* ya ha dado por ciertos, estando vedado para este Tribunal de Casación realizar tal análisis.

42. Con respecto a la aplicación indebida del artículo 66.29 literal d) de la Constitución de la República, es necesario precisar, que para que exista aplicación indebida de una norma es necesario que esta haya sido aplicada en la resolución. En este sentido, de la lectura íntegra de la sentencia impugnada, se observa que la norma constitucional en mención no ha sido aplicada por el Tribunal de apelación en la resolución de la causa y, por tanto, mal podría haber sido aplicada indebidamente. Razón por la cual, el cargo carece de asidero legal.

VIII. DECISIÓN

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 Elsa Georgina Chipantiza Cunalata
2. Notifíquese y devuélvase.

LUIS ADRIAN ROJAS CALLE
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL (E)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL (E)



Abg. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

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

www.registroficial.gob.ec

IM/AM/PC

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

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

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