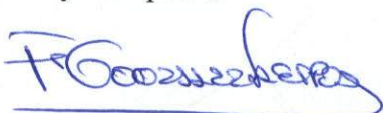


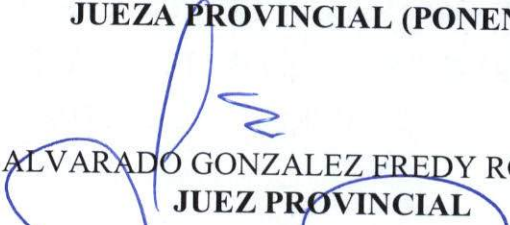
VOTO SALVADO DEL JUEZ, SALA CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOJA, ALVARADO GONZALEZ FREDY ROLANDO.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. - SALA CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOJA. Loja, lunes 17 de junio del 2019, las 15h25. ANTECEDENTES.- La Dra. BLANCA LUZ LUZURIAGA LUZURIAGA, comparece con su demanda en contra de los señores WILLIAM ZURY OCAMPO y VIRMANIA ROJAS. En lo principal señala que los demandados en los últimos meses del año 2016 han continuado con la construcción de la segunda y tercera planta del inmueble y que actualmente están construyendo la cuarta planta, levantado a lo largo de todo la pared de la actora, denuncia que desde la segunda planta han construido losas voladizas en todas las tres plantas y sobre ellas se han levantado paredes, atravesando el plan vertical de la línea divisoria de los dos predios, aumentando el volado en todas las plantas. Por la obra voladiza denuncia, la actora pretende se ordene la inmediata suspensión de la obra, la construcción del cuarto piso; el retiro inmediato de los escombros represados en la cubierta de la propiedad de la actora; el retiro de las losas y paredes voladizas construidas por los demandados en la pared divisoria con la propiedad de la actora; reparación total de los daños causados y, las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados. Por sorteo legal, la competencia se radicó ante el Juez de la Unidad Judicial Civil de Loja, Dr. Vinicio José Bravo Merchán, quien se inhibe del conocimiento de la causa ante el Dr. Luis Alfredo Figueroa, quien conoció de la diligencia preparatoria, aceptada la inhibición, el Dr. Figueroa acepta a trámite la demanda y citada la parte accionada, la Audiencia Única se ha realizado el 23 de enero del 2019, a las 11h30, diligencia que instalada no se la realizó por la no comparecencia de la parte actora, circunstancia que motivó para que el juzgador de manera oral declare el abandono de la causa y el auto interlocutorio motivado y por escrito se lo dicta el 30 de enero del 2019, las 15h47; **PRIMERO.-** El Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, está constituido por los señores jueces provinciales Dr. Carlos Lenin Tandazo Roman, Dr. Marlyn Fabiola Gonzalez Crespo y Ab. Fredy Alvarado González; **SEGUNDO.-** Analizada la constancia procesal observamos lo siguiente: a) Es de notar que la recurrente al fundamentar el auto interlocutorio de fecha 30 de enero de 2019, señala que el 23 de enero del 2019, a las 11h00 se disponía desde su domicilio para asistir a la audiencia señalada, sucede que sufrió un accidente lesionándose el pie derecho causándole dolor intenso e irresistible, por lo que llamó a una Doctora, quien le hizo prácticas médicas, le colocó un vendaje, le inyectó, sintiendo mejoría y dominando el dolor pudo llegar a la sala donde se estaba practicando la audiencia a las 11h35, después de cinco minutos después de la hora señalada, encontrándose con la sorpresa de que la audiencia había declarado fallida, luego expresa que presentó certificado médico justificando el motivo de su ausencia que fue por caso fortuito por haber sufrido un hecho calamitoso, irresistible e imprevisible. La parte accionada al contestar la fundamentación del recurso de apelación, por intermedio de su Defensor, expresaron su objeción a la intervención de la actora en virtud de que no ha fundamentado el recurso, como tampoco ha indicado las disposiciones que le amparan para poder solicitar la revocatoria de la resolución que declara el abandono de la causa y de la que deniega esa revocatoria. De otra parte manifestó que solo se puede recurrir en la misma audiencia en que se emite y, en los caso de providencia o de trámite solamente en los casos que la Ley concede el recurso, en este caso no está dispuesto que se pueda presentar recurso de apelación del auto de abandono, como tampoco del auto que niega la revocatoria de la declaración de abandono. El 23 de enero del 2019 a las 11h30 se dio inicio de la audiencia, constatada la presencia de las partes el señor Secretario y sin la presencia de la actora, el Juez aplicando el Art. 87 del COGEP declaró el abandono de la acción y se retiró; que mientras esperaban que los peritos firmen el acta de comparecencia, llegó la Dra. Blanca Luzuriaga, sin evidencia alguna de haber sufrido un

accidente, indicando que no llegaba el ascensor y de que no había podido llegar, es lo que manifestó al señor Secretario. Posteriormente la Doctora ha presentado documentos en los que justifica haber sufrido un accidente, sin embargo este accidente que dice ha sufrido no le impidió llegar a la sala de audiencias, llegó pero retrasada, no existe justificativo y concluye solicitando se rechace el recurso por improcedente. Las partes hicieron uso de su derecho a la réplica. La parte actora y recurrente manifestó que con posterioridad presentó certificado médico con el que justificó el caso fortuito ocurrido a las 11h00, que la médica Dr. Melba Mercedes Luzuriaga –sobrina de la actora- le atendió, ante la aclaración solicitada por el Tribunal, expone que su sobrina que trabajaba en Solca-Loja acudió a su domicilio y es ella quien la atendió. La actuación realizada el 23 de enero a las 11H30 consta en la grabación que ante la no comparecencia de la actora se declaró el abandono y, solicita se niega el recurso de apelación. Se actuó prueba nueva con fundamento en el Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos, esto es reconocimiento de firma y una certificación de SOLCA en la que establece que el día de los hechos no existía algún permiso de salida de la médica que atendió a la recurrente puesto que esta era funcionaria pública, más por video conferencia la Dra. Melba Mercedes Luzuriaga Freire señaló que se había caído y por la emergencia de la situación y al no encontrarse con pacientes tomó la decisión de salir sin el permiso ni legalizar el documento del retiro; b) La Resolución 15-2017, emitida por la Corte Nacional de Justicia en su parte pertinente señala....Artículo 2.- *Por excepción se podrá interponer recurso de apelación de la sentencia escrita o auto escrito, en forma fundamentada, dentro del término de diez días contados a partir de la notificación, en los siguientes casos: a) Cuando una de las partes no hubiere comparecido a la audiencia respectiva, por caso fortuito o fuerza mayor calificado por el Tribunal de Apelación"....*; Bajo este contexto legal y procesal podemos advertir que el no haber concurrido a la audiencia perdió su oportunidad tanto para hacer valer sus derechos como también para impugnar pues es de recordar que en los términos señalados en el Art. 256 del COGEP.- Procedencia. *El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley concede expresamente este recurso. Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia"...* El recurso de apelación únicamente se puede interponer en audiencia oral. Ahora bien según la resolución 17-2015 Art. 2 literal a) emitida por la Corte Nacional de Justicia, que es precisamente una excepción que en atribuciones legales de la Corte Nacional, ha generado la posibilidad de impugnar a quienes no hayan asistido por eventos de caso fortuito y fuerza mayor. De todos estos puntos al caso *subjudice* podemos observar que no existe justificado un asunto de caso fortuito y fuerza mayor para considerar que podía haberse apelado del auto interlocutorio de abandono notificado por escrito, como se lo ha hecho en el presente caso, si bien es cierto aduce la recurrente que a su momento presentó un certificado médico en el que se justificaba que sufrió un accidente lesionándose el pie derecho causándole un dolor intenso e irresistible, por lo que según la recurrente llegó atrasado esto es dudoso puesto que señala que el evento sucedió a las 11h00 mientras se dirigía a la audiencia que estaba prevista para las 11h30, pues según la recurrente al sucederle el hecho regresa a su casa, llama a su sobrina y luego de atenderla, se dirige nuevamente a la audiencia, pero llega 5 minutos tarde, según la parte accionada la actora no dejaba ver señal alguna de estar lesionada, más bien había señalado que no llegaba el ascensor, estos hechos los había anunciado ante al señor secretario. Valorado estos hechos esta Sala (voto de minoría) considera que no es suficiente el certificado médico para justificar el caso fortuito o fuerza mayor aducida por la recurrente, por el simple hecho de que la Dr. que lo emitió era sobrina de la actora y además era empleada pública que laboraba en Solca y que a su vez dicha institución señala que no existe permiso de salida que coincida con el evento que aduce la Dra. Luzuriaga y si bien es cierto aduce que por la emergencia y

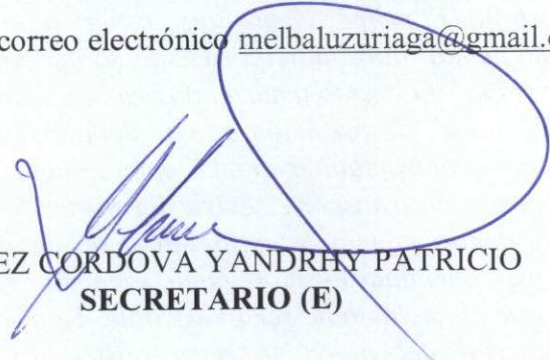
al no tener paciente se salió sin permiso, ese evento caso es contrario a la Ley, es una falta cometida por aquella que disminuye la veracidad de los argumentos de la apelante. También es de notar que disminuye la credibilidad, ya que todos estos hechos suceden en cerca de treinta y cinco minutos, por lo que no es tan lógico el argumento de la actora, lo que a mi criterio no es suficiente el certificado médico para justificar el evento de caso fortuito y fuerza mayor....(...) El artículo 30 del Código Civil, "el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." En la terminología del Derecho Romano, los vocablos "caso fortuito", deben reservarse a los hechos de la naturaleza, en tanto que los vocablos "fuerza mayor" designan los hechos realizados por el hombre. Hay tratadistas que sostienen que la expresión "fuerza mayor" indica una fuerza irresistible, mientras que el "caso fortuito" señala un acontecimiento imprevisible. Pero todos reconocen que los efectos jurídicos de fuerza mayor y caso fortuito son los mismos, porque ambos provocan la liberación de la responsabilidad civil del deudor; de ahí de que nuestros códigos utilizan estas expresiones como sinónimos. De la definición del artículo 30 del Código Civil se extraen los dos elementos constitutivos del hecho que configura la fuerza mayor o caso fortuito. El primer elemento se refiere a un hecho imprevisible, esto es, alude a la idoneidad del deudor para anticipar el suceso dañoso que impide el cumplimiento de la obligación contractual. El evento tendrá tal carácter cuando la posibilidad de su accionante supera la aptitud moral, de previsión que se debe exigir al deudor, que en el caso de la responsabilidad civil contractual es la del hombre común. Empero, el Código de Comercio, al tratar del contrato de transporte, exige del porteador una aptitud de previsión mucho mayor que la del hombre común, la aptitud debe ser de un hombre "inteligente y previsor". (diestro, hábil, experimentado).- El segundo elemento constitutivo de la fuerza mayor, o caso fortuito es que el hecho debe ser irresistible. Se trata de un hecho inevitable, o sea la insuficiencia material del individuo para obstaculizar o impedir la producción del acontecimiento dañoso. En este elemento juega también un sentido preponderante las condiciones de idoneidad del deudor, para juzgar sus cualidades y posibilidades reales de impedir los hechos lesivos. El inciso segundo del artículo 221 del Código de Comercio define la fuerza mayor como los accidentes adversos, que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3395. (Quito, 12 de noviembre de 2002)..."... Por estas consideraciones, la Sala Civil y Mercantil de Loja, (voto de minoría) RESUELVE.- Rechazar el recurso de apelación por no haberse justificado el caso fortuito o fuerza.... Sin costas.- Notifíquese y Cúmplase.-


GONZALEZ CRESPO MARILYN FABIOLA
JUEZA PROVINCIAL (PONENTE)


ALVARADO GONZALEZ FREDY ROLANDO
JUEZ PROVINCIAL

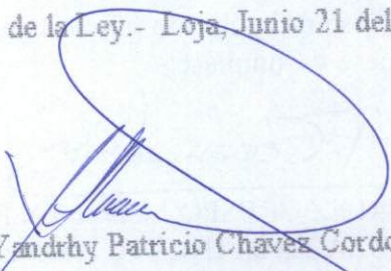

TANDAZO ROMAN CARLOS LENIN
JUEZ PROVINCIAL

En Loja, lunes diecisiete de junio del dos mil diecinueve, a partir de las quince horas y cuarenta y nueve minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA y VOTO SALVADO que antecede a: LUZURIAGA LUZURIAGA BLANCA LUZ en la casilla No. 144 y correo electrónico blancaluzuriaga25@hotmail.com, en el casillero electrónico No. 1100235942 del Dr./Ab. BLANCA LUZ LUZURIAGA LUZURIAGA. ROJAS ROJAS VIRMANIA EDITH en la casilla No. 58 y correo electrónico hmonterospaladines@hotmail.com, en el casillero electrónico No. 1102596721 del Dr./Ab. HUGO MONTEROS PALADINES; ZURY OCAMPO WILLIAM ENRIQUE en la casilla No. 58 y correo electrónico hmonterospaladines@hotmail.com, en el casillero electrónico No. 1102596721 del Dr./Ab. HUGO MONTEROS PALADINES. MELBA MERCEDES LUZURIAGA FREIRE en el correo electrónico melbaluzuriaga@gmail.com. Certifico:


CHAVEZ CORDOVA YANDRHY PATRICIO
SECRETARIO (E)

YANDRHY.CHAVEZ

RAZON: Siento por tal que el FALLO de fecha 17 de Junio del 2019, se encuentra ejecutoriado por el Ministerio de la Ley.- Loja, Junio 21 del 2019.


Dr. Yandrhay Patricio Chavez Cordova
SECRETARIO RELATOR (E) DE LA SALA
DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LOJA

