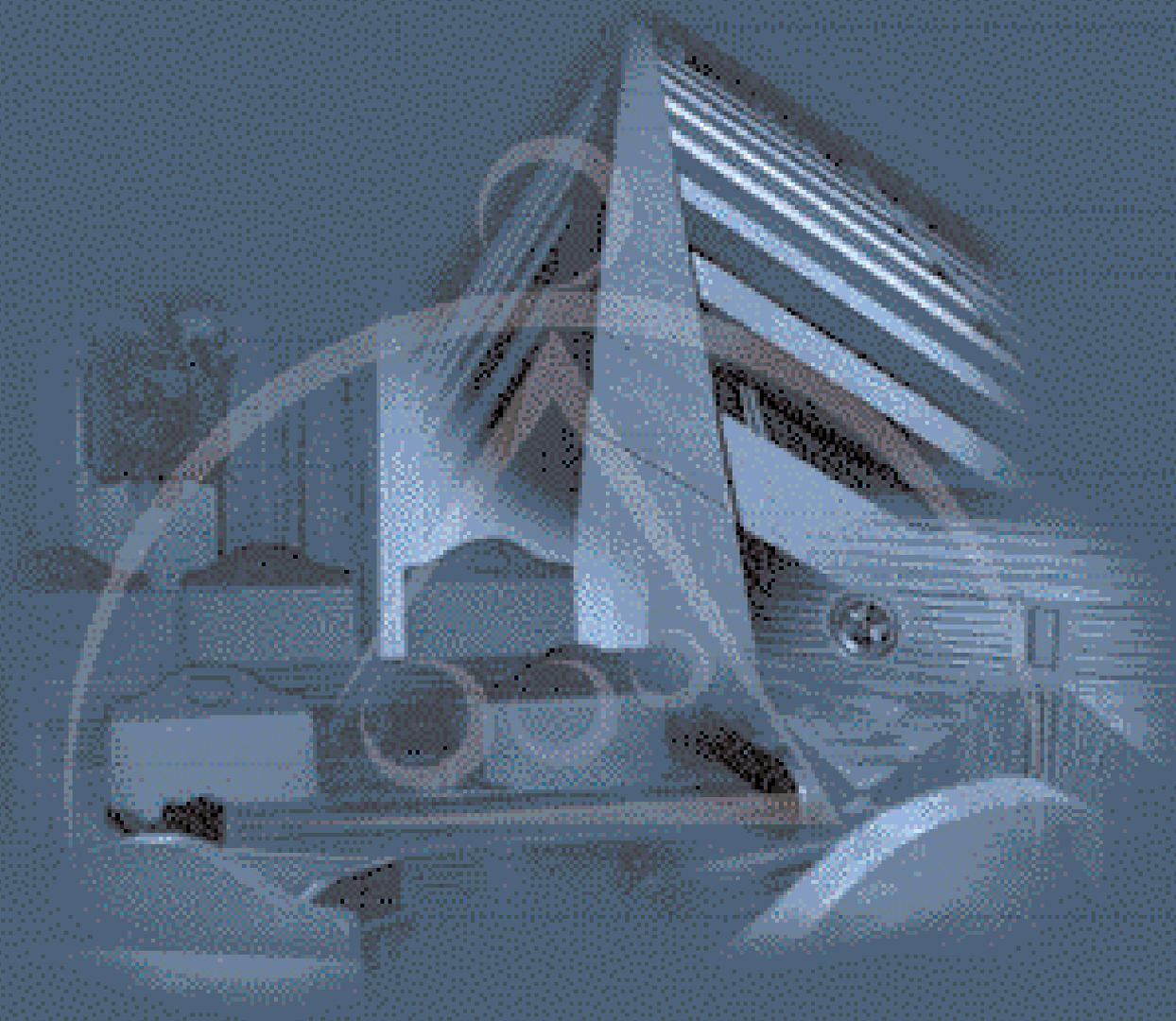


REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



Suplemento del Registro Oficial

Año I- Quito, Lunes 21 de Diciembre del 2009 - N° 92



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

Año I -- Quito, Lunes 21 de Diciembre del 2009 -- N° 92

LIC. LUIS FERNANDO BADILLO GUERRERO
DIRECTOR ENCARGADO

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto
Sucursal Guayaquil: Malecón N° 1606 y Av. 10 de Agosto - Telf. 2527 - 107
Suscripción anual: US\$ 300 -- Impreso en Editora Nacional
1.350 ejemplares -- 48 páginas -- Valor US\$ 1.25

SUPLEMENTO

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
FUNCION JUDICIAL		88-08 Marco Melecio Jiménez Villalta y otra contra el I. Municipio de Zamora.....	16
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL:		98-08 Luis Mario Bermúdez Molina y otro contra María Rosa Yuquipa Aguayza y otros.....	19
Recursos de casación en los juicios seguidos por las siguientes personas e instituciones:		99-08 Blanca Luz Bermeo Saca contra Grecia Selmira Amón Hurtado de Echeverría..	22
78-08 La M. I. Municipalidad de Guayaquil contra el Ing. Nicanor Núñez Villacís.....	2	101-08 Jairo José Román contra Celia Modesta Delgado y otro.....	27
80-08 Freddy Martín Romero Romoleroux contra Banco Centro Mundo S. A.	4	103-08 Jorge Venegas Yáñez y otra contra Romel Edison Guerra Samaniego y otra.....	28
87-08 Compañía Agrícola Arrocería Granos Seleccionados S. A., Agraselecsa contra Filanbanco S. A.	13	104-08 José Wilson Quiñónez Becerra contra el Banco Nacional de Fomento	33
		106-08 Luis Alfonso Díaz Moya y otra contra Héctor Gavidía Velasteguí y otra.....	40

	Págs.
6-2008 Jenny Muñoz Amoroso y otro contra el Banco del Pacífico.....	42

N° 78-08

En el juicio especial No. 164-2006, que por contratación pública, sigue El Ab. Jaime Nebot Saadi y el Dr. Miguel Hernández Terán, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico, respectivamente, de la M. I. Municipalidad de Guayaquil, contra el Ing. Nicanor Núñez Villacís, se ha dictado lo siguiente:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, a 8 de abril del 2008; las 11h55.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- En lo principal, El Ab. Jaime Nebot Saadi y el Dr. Miguel Hernández Terán, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico, respectivamente, de la M. I. Municipalidad de Guayaquil, deducen recurso de casación contra la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en el juicio especial que, por indemnización de daños y perjuicios, siguió dicha entidad contra el Ing. Nicanor Núñez Villacís. Dicho recurso es concedido, por lo que el proceso sube a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia; habiéndose radicado la competencia por el sorteo de ley en esta Sala que aceptó a trámite el recurso-, y una vez que ha concluido la etapa de sustanciación correspondiente, para resolver se considera: **PRIMERO:** Los recurrentes estiman que se han infringido las siguientes normas de derecho: artículo 192 de la Constitución Política de la República; artículo 110 de la Ley de Contratación Pública y artículo 278 [274 en la codificación actual] del Código de Procedimiento Civil. Fundamentan su impugnación en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. Para sustentar este cargo, alegan que el Tribunal de última instancia debió considerar que la Ley de Contratación Pública ha establecido un trámite especial para el reclamo de daños y perjuicios por el incumplimiento del deudor de sus obligaciones contractuales; que la obligación de indemnizar surge de un

contrato inejecutado; que este nexo o causalidad, determina a su vez la vía o procedimiento judicial que debe observarse para el reclamo de daños y perjuicios. “*En el presente caso el reclamo de daños y perjuicios se tramita en un juicio especial establecido en la Ley de Contratación Pública. Si bien es cierto, el Art. 843 [828] del Código de Procedimiento Civil señala que están sujetas al trámite verbal sumario las liquidaciones de daños y perjuicios, no es menos cierto que esta disposición no es aplicable al presente caso, por cuanto el trámite que se debe dar a esta reclamación, tiene un procedimiento especial previsto en la Ley de Contratación Pública vigente a la época de la demanda.*”. En suma, era en este juicio que debía resolverse la pretensión de indemnización de esos daños y perjuicios, perfectamente cuantificables en el mismo proceso, por lo que incurre en el vicio de *infra petita*, haciendo caso omiso al mandato del artículo 192 de la Constitución Política de la República, al pretender el Tribunal que la parte actora deba seguir otro juicio para liquidar los daños y perjuicios, cuando es ésta, precisamente, la pretensión que ha sido deducida en la especie. **SEGUNDO:** El artículo 279 del Código de Procedimiento Civil dice: “Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla.”. En la especie, este proceso tiene un trámite especial, con fundamento en las normas de los artículos 110, 114 y 115 de la Ley de Contratación Pública vigente a la época en la que se dedujo la demanda, normas que se refieren a la facultad otorgada a las entidades del sector público que hayan celebrado un contrato con un particular al amparo de esta ley para declarar, en los casos previstos en ese cuerpo legal, la terminación unilateral del contrato, evento del cual se deriva para la entidad contratante, entre otros derechos, el de demandar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del co-contratante. Por lo tanto, si en el proceso se determina que hubo incumplimiento, y que por ello ha lugar el pago de los daños y perjuicios ocasionados, es procedente que en la misma sentencia se fije la cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla. **TERCERO:** El Tribunal de última instancia incurre en un error que, si bien es generalizado, no por ello deja de ser tal, y es el de creer que los daños y perjuicios declarados en sentencia ejecutoriada, cuando tal resolución ha sido dictada en un proceso de conocimiento destinado precisamente a establecer cuáles fueron los daños y perjuicios reclamados por el demandante, necesariamente han de ser liquidados en otro proceso. Y el error es más evidente porque la sentencia establece que el demandado efectivamente recibió el dinero materia de la contratación sin efectuar los trabajos encomendados; desde cuándo se generó la obligación de indemnizar, y cómo deben aplicarse las disposiciones relativas a la compensación de la mora contractual, mas inexplicablemente concluye que todos estos rubros se deben liquidar por cuenta separa y en juicio verbal sumario (sentencia a fojas 112-113 vta.) Este razonamiento conduciría al absurdo de sostener que en este proceso -que aunque identificado como “especial” es un proceso de conocimiento- es únicamente declarativo de derechos, cuando comprende naturalmente una fase de ejecución, en la que deben cuantificarse los valores reclamados por el demandante y mandados a pagar en la sentencia. Este razonamiento lo sostuvo la Sala en su fallo No. 10 de 17 de enero del 2008, dictado en el proceso No. 153-2006. No puede afirmarse, además, que existan

procesos declarativos *puros*, sobre el tema, esta Sala en sentencia No. 250 de 28 de octubre del 2004, publicada en el Registro Oficial 41 de 17 de junio del 2005, dijo: “[...] Como bien señala Couture al referirse a las sentencias *declarativas* o de *mera declaración*, <<[...] debe anticiparse que todas las sentencias contienen una declaración del derecho como antecedente lógico de la declaración principal. Sentencia de declaración es la sentencia absolutoria que desestima la demanda, ya que en definitiva ella declara la inexistencia del derecho que el actor pretende como suyo. Sentencias de declaración son, asimismo, las sentencias de condena y las constitutivas, por cuanto se llega a ese extremo luego de considerar y declarar la existencia de las circunstancias que determinan la condena o la constitución del estado jurídico nuevo.›› (Fundamentos del derecho procesal civil, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B. de F., 4ª edición (pp. 258-259). Así, pues, no puede decirse que existan procesos declarativos, constitutivos o de condena «puros»: la mayoría participan en su naturaleza de uno o más de dichos caracteres. Aún en los de condena pura, si no se prueba «todo» el derecho, lo procedente no es rechazar la acción sino conceder aquello que se prueba. Los de condena puros proceden cuando hay una declaración previa acerca del derecho invocado. Si no hay esa declaración previa del derecho como en este caso, procede iniciar un proceso para que se declare la existencia del derecho y se condene al pago; si no hay la posibilidad de liquidar el quantum por el juez, se ordena que se proceda a ello en la etapa de ejecución... Si existe duda sobre el monto a pagar, esta cuantificación se la realizará en la etapa de ejecución de la sentencia, con el auxilio de un perito...”. Ya desde antiguo (véase la sentencia de la Tercera Sala, juicio Dávalos-Tinajero, Gaceta Judicial Serie VIII, No. 3, p. 289), la Corte Suprema de Justicia se pronunció en el sentido de que “[...] Se someten al trámite verbal sumario únicamente las cuestiones determinadas por la ley o por convenio de las partes... ya concluida en tres instancias un juicio ordinario, no hay atribución alguna para que pudiera ordenarse nueva discusión judicial, verbal y sumariamente, ya que no se trata de liquidación cuyas bases y modo de verificarla tendrían que ser determinadas en este fallo...”. Es claro entonces que, como bien indica la Municipalidad, no se resolvió uno de los aspectos centrales de esta controversia, a pesar de haberse establecido procesalmente que el demandado incumplió con el contrato de obra No. 132-91-AJ para la ejecución de trabajos de relleno compactado en las calles “B”, “C” y “D” de la Cooperativa Juan Montalvo (fojas 101-105), celebrado entre la M. I. Municipalidad de Guayaquil y el Ing. Nicanor Núñez Villacís, por lo cual se ha dejado de resolver sobre el fundamento mismo de la pretensión, y se ha dejado de aplicar el artículo 274, antes 278, del Código de Procedimiento Civil; este error influye definitivamente en la decisión de la causa, por lo que debe ser casada y dictarse en su lugar la que corresponda, con el mérito de los hechos establecidos en ella, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación. **CUARTO:** Según dispone el artículo 1572 del Código Civil, por regla general el acreedor puede reclamar, a causa de la inejecución del contrato, no solamente los daños y perjuicios que provienen de la inejecución misma (daño emergente), sino también los que derivan del lucro cesante, entendiéndose por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la

obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento. Según el artículo 105 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, en caso de incumplimiento del contratista, y antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante le notificará con la anticipación prevista en el contrato sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Esta norma además establece que “Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico, económico y jurídico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista y le advertirá que de no remediarlo en el plazo señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato./ Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el plazo concedido, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, que se comunicará por escrito al contratista. La entidad contratante no podrá ejercer este derecho si se encontrare en la situación prevista en el artículo 1595 [1568] del Código Civil. La entidad contratante podrá dar por terminado un contrato, aunque exista pendiente de resolución un reclamo judicial o administrativo./ Quien hubiere pagado una de las garantías previstas en los literales b) y c) del artículo 73 de esta ley podrá repetir en contra del garantizado, en trámite ejecutivo, para cuyo efecto la entidad contratante devolverá el documento de la garantía bancaria o póliza de seguros con la certificación de la máxima autoridad de la entidad contratante sobre el hecho de haberse pagado su valor o el monto pagado del mismo. La devolución y la certificación se harán constar en el mismo documento, el cual constituirá título ejecutivo.” En la especie, con las copias certificadas que constan de fojas 66-94, la entidad edilicia ha probado que ha seguido el trámite previo al que hace referencia la norma trascrita, sin que el demandado haya otorgado respuesta a su requerimiento de cumplimiento; de la misma manera, no consta que el Ing. Nicanor Núñez Villacís haya invocado a su favor como excepciones alguna de las situaciones previstas en la norma antes trascrita, por lo que es procedente declarar con lugar la demanda propuesta por la parte actora. Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, **casa** la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, y, declarando con lugar la demanda, dispone que los daños y perjuicios reclamados por la Municipalidad y que han sido establecidos procesalmente en las sentencias de instancia, sean liquidados pericialmente en la fase de ejecución de este proceso, para lo cual se tomará en cuenta las bases señaladas por la propia entidad edilicia en los documentos que ha adjuntado a su demanda, más los intereses legales correspondientes desde la citación con la demanda. Con costas a cargo del demandado, pero sin honorarios que regular en este proceso de casación.- En virtud de que la Secretaria Relatora de esta Sala, ha sido designada Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actué como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente.

RAZON: Es fiel copia de su original.- Certifico.- Quito, 8 de abril del 2008.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada de la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

N° 80-08

En el juicio ordinario No.- 194-2007, que por daño moral sigue, Freddy Martín Romero Romoleroux, contra Alvaro Valenzuela Del Valle, en su calidad de Gerente General y representante legal del Banco Centro Mundo S. A., se ha dictado lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 8 de abril del 2008; las 14h55.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- Freddy Martín Romero Romoleroux, mediante escrito de 25 de marzo del 2008 (fs. 151), solicita que, “en vista de que ha transcurrido en exceso el término concedido a Ustedes en el Artículo 17 de la Ley de Casación para que despache el presente recurso, les solicito que se sirva ordenar que el mismo sea remitido a la correspondiente sala de Conjuces para que lo despachen dentro del término previsto en la ley”. Al respecto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha dictado la resolución publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 221 de 28 de noviembre del 2007, que dispone: “...Art. 1.- Declarar que el artículo 17 de la Ley de Casación prevalece ante el artículo 203 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en las causas que se tramitan en casación, reconociendo que es potestativo remitir el proceso a la Sala de conjuces...”. En consecuencia, en estricta aplicación de la Ley de Casación y

la resolución invocada, esta Sala, rechaza la petición presentada por la parte actora.- En lo principal, Alvaro Valenzuela Del Valle, en su calidad de Gerente General y representante legal del Banco Centro Mundo S. A., deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Machala, dentro del juicio ordinario que, por indemnización por daño moral, sigue Freddy Martín Romero Romoleroux contra dicha entidad. Como el recurso le fuera negado, deduce el de hecho, que por concedido, permite que el proceso pase a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia para conocer las razones de la negativa a la concesión del de casación. Por el sorteo de ley, se ha radicado la competencia en esta Sala, la que aceptó a trámite el recurso de casación; finalizada la etapa de sustanciación correspondiente, para resolver considera.

PRIMERO: El recurrente acusa infracción de las normas contenidas en los artículos 68 y 115 del Código de Procedimiento Civil; 2231 y 2235 del Código Civil y 42 del Código Penal, y sustenta su impugnación en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por cuanto el Tribunal de último nivel no ha tomado en cuenta estas disposiciones, es decir, se las habría inaplicado. Estos son los límites, dados por el propio recurrente, en los cuales se desenvolverá la actividad jurisdiccional de la Sala como Tribunal de casación, al regir en esta materia el principio dispositivo. **SEGUNDO:** El casacionista alega que no se tomó en cuenta el artículo 68 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil, que dispone que los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda deben ser expuestos con claridad y precisión; que en la demanda presentada contra su representado, nunca se dio cumplimiento a esta disposición, porque los fundamentos de hecho “...corresponden a los contratos y cuasicontratos, no pueden considerarse fundamento en un juicio de daño moral...”, y se ha citado como fundamento de la pretensión “el Art. 258-A, del Código Civil...”. En consecuencia -sostiene-, se debía declarar la nulidad de todo lo actuado hasta la calificación de la demanda y “enviar la misma a que se aclare, toda vez que el fundamento legal para proponer la demanda no existe y el juzgador no puede basar su resolución en bases legales inexistentes.” Si el recurrente considera que en la tramitación de la causa se ocasionó una nulidad procesal, debió fundamentar tal cargo sobre la base de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación y no por la primera ibidem. Ahora bien, aun cuando así se lo hubiese hecho, debe anotarse que, en ningún caso, la oscuridad o indeterminación de lo pedido en la demanda o de los fundamentos de hecho no es motivo para declarar una nulidad procesal; El Juez, simplemente, se verá imposibilitado para dictar una sentencia de mérito porque carecerá de los elementos de juicio necesarios, sin que pueda suplir esa falta; en cuanto a la indebida concreción de los fundamentos de derecho, no es motivo para rechazar una demanda: El juez, en aplicación de los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, está autorizado -y es su deber hacerlo- para suplir las omisiones de derecho en que hayan incurrido las partes (por lo demás, hay que decirlo, es claro que la disposición citada se refiere al delito de peculado bancario, artículo 258-A, por lo cual se trató de un evidente *lapsus calami* en la transcripción del cuerpo legal al que pertenece esa disposición, el Código Penal), conforme señala el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil. Se rechaza, por lo tanto, la acusación de que se dejó de aplicar el artículo 68 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil. **TERCERO:** El recurrente cita como infringidos los

artículos 115 del Código de Procedimiento Civil y 42 del Código de Procedimiento Penal; el primero, relativo a la sana crítica que ha de emplear el juzgador al valorar la prueba; el segundo, respecto a la facultad que se concede a una persona para presentar una denuncia penal ante el fiscal competente o ante la policía judicial; sostiene que, por el hecho de haber presentado una denuncia en contra del actor, mal podía la sala de instancia considerar que hubo daño moral, mucho menos cuando no se ha demostrado conforme a derecho la existencia de malicia o temeridad en la denuncia penal que propusiera, a su tiempo, el Banco Centro Mundo S. A. contra el hoy actor. Sin embargo, no especifica de qué manera estas disposiciones fueron infringidas; por lo demás, hay que recordar que, si se fundamenta la casación en la causal primera del artículo 3 de la ley de la materia, el recurrente da por correctas las conclusiones que, sobre la valoración de la prueba, ha llegado el Tribunal de última instancia; si consideró que dicho Tribunal no podía declarar con lugar la pretensión de daño moral porque no se probó que hubo ejercicio abusivo del derecho a presentar una acción penal, debió sustentar su impugnación al amparo de la causal tercera del artículo 3 citado, que prevé los vicios en que puede incurrir el Tribunal de instancia al valorar las pruebas, en forma que aquellos errores hayan conducido, a su vez, a la vulneración de una norma sustantiva de derecho. Por lo tanto, se desecha por indebidamente sustentado el cargo de que se han infringido los artículos 115 del Código de Procedimiento Civil y 42 del Código de Procedimiento Penal. **CUARTO:** El casacionista sostiene que no se ha tomado en cuenta el artículo 2258 del Código Civil, en relación con el artículo 2231 del mismo Código, porque el Tribunal de última instancia ha considerado, indebidamente, que la excepción de prescripción de la acción de daño moral no ha lugar, pues desde la fecha en que se perpetró el acto ilícito contra el hoy actor, no habían transcurrido más de cuatro años hasta la citación con la demanda; que ello condujo a que se declare con lugar una demanda de daño moral, la cual no tiene ningún fundamento, porque el Banco Centro Mundo S. A. se ha limitado a ejercer su legítimo derecho a presentar una acusación penal contra el hoy actor, denuncia que, aunque no fue acogida, sin embargo no fue expresamente calificada como maliciosa o temeraria, por lo que en ningún momento se cometió abuso del derecho, fuente de la obligación de indemnizar que ha sido reclamada y mal concedida por el Tribunal ad quem. Se estudiará a continuación esta acusación, que, de manera central, sustenta el recurso de casación presentado. **QUINTO:** El Tribunal de última instancia señala en su sentencia (fojas 38-41 vta. del cuaderno de segundo nivel): “**QUINTO:** Corresponde analizar si la acción de daño moral seguida por el actor se encuentra prescrita o no. Al respecto, el Art. 2235 del Código Civil señala: ‘Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto’. Para poder analizar si ha transcurrido el tiempo previsto en la norma indicada, hay que determinar cuál es la fecha de perpetración del acto. En la sentencia materia del recurso de apelación, se han tomado como punto de partida [SIC] para declarar que se encuentra prescrita la acción de daño moral, las fechas de presentación de la denuncia (31 de Mayo del 2000) y de la acusación particular (22 de Junio del 2000), por parte del demandado en contra del actor. Sin embargo, dicha apreciación carece de toda lógica jurídica para el presente caso, puesto que si el fundamento para que el actor haya propuesto la acción por daño moral ha sido el hecho de que en el proceso penal

que le siguió el demandado, se lo declaro inocente y por ende fue sobreseído definitivamente, la fecha efectiva en la cual se plasmó la perpetración del acto, no ha sido otra que la fecha en la cual se ratificó por parte de la Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito [SIC] de la Corte Superior de Justicia de Machala, el auto de sobreseimiento definitivo a favor del señor Romero Romoleroux, la cual corresponde al 22 de junio del 2004. Por ende, si la fecha efectiva de perpetración del acto que dio origen a la demanda por daño moral ha sido el 22 de junio del 2004, los cuatro años que señala el Art. 2235 del Código Civil para la prescripción de la acción no se cumplieron, en vista de que el 20 de Octubre del 2004 quedó perfeccionada la citación por boleta con la demanda de daño moral al Banco Centro Mundo S. A...”. El punto de discrepancia es, pues, la interpretación de la frase del artículo 2235 del Código Civil que dice “contados desde la perpetración del acto”. Para el Tribunal, ha de considerarse la fecha en la cual el Tribunal correspondiente emitió la resolución de sobreseimiento a favor del hoy actor; para el casacionista, desde que se dio inicio al proceso penal que dio motivo a esta acción de daños y perjuicios. Para resolver los cargos formulados contra la sentencia de última instancia, es preciso señalar cuáles fueron los hechos que motivaron la presentación de la demanda de indemnización por daño moral -y que no han sido controvertidos por los litigantes por lo cual se convierten en hechos firmes-; en la demanda (fojas 2-4 vta. del cuaderno de primer nivel) se dice textualmente: “...Desde el año 1996 venía desempeñando las funciones de Gerente del Banco Centro Mundo en la sucursal de la ciudad de Machala, hasta el 12 de Mayo del 2000, en que perdí mi empleo en virtud de una improcedente denuncia y posterior libelo de acusación particular propuestas en contra del suscrito compareciente y de los señores Jesús Ortega Moreno y Faustino Secades García.... por el señor Jaime Emilio Giese Jiménez en su calidad de Gerente General Subrogante del Banco Centro Mundo S. A. ...que originó un injusto enjuiciamiento penal de mi persona en el Juzgado Segundo de lo Penal de El Oro por la presunta perpetración del delito de peculado bancario tipificado y reprimido por el artículo 257 del Código Penal, mediante auto cabeza de proceso dictado en contra de los supuestos sindicados, por el Juez Segundo de lo Penal de El Oro el veintitrés de Junio del dos mil; las 11h00, en que se dispuso como medida cautelar en mi contra la retención de los valores de los certificados de depósito que tenga el suscrito compareciente y la prohibición de enajenar mis bienes inmuebles en las ciudades de Machala y Guayaquil; como consecuencia de la denuncia y posterior acusación particular según la cual en mi calidad de Gerente de la Sucursal de Machala del Banco Centro Mundo, he ocasionado perjuicio económico en primer momento a personas que confiaron en mi palabra y luego al Banco Centro Mundo ya que es quien finalmente afrontó con el pago de los certificados entregados al compareciente y los otros denunciados, que yo no tenía autorización del Banco Centro Mundo para realizar estas negociaciones y mucho menos para reunirme con inversionistas extranjeros; que, al realizar estas negociaciones en el Banco es lógico que los inversionistas nacionales confiarían en que esta negociación era real y legal, y permitía con este hecho que se perjudique a nacionales, que por lo expuesto y por tratarse de un delito punible y pesquisable de oficio y de acción pública solicita se ordene la captura e investigación de los denunciados Freddy Romero R., Jesús Ortega y Fausto Secades por cuarenta y ocho horas para fines de investigación, iniciándose de esta manera un temerario

sumario en lo que a mí respecta y en cuya dilatada sustanciación a más de arruinar mi carrera como funcionario bancario de alto nivel y prestigio como Tecnólogo Financiero, al manchar mi reputación y poner fin a mis lógicas aspiraciones de merecidos ascensos en la actividad bancaria del país y del extranjero en virtud de una meritoria y brillante carrera profesional... acarreado con ello graves e impredecibles consecuencias de carácter material y sobre todo moral, haciéndome víctima de sufrimientos físicos y psíquicos, como angustia, ansiedad y humillaciones por tan injusta e ilegítima acción penal propuesta en mi contra a más de eso me ocasionó grave perjuicio al ser removido y separado de mi cargo...". Añade que el 22 de junio del 2004, se dictó a su favor sobreseimiento definitivo, "...cesando desde esa fecha la perpetración de los irreparables daños morales psíquicos y económicos causados con un procesamiento penal injustificado...". **SEXTO:** Según expuso el propio actor en su demanda, los sufrimientos físicos y psíquicos como angustia, ansiedad y humillaciones por la injusta e ilegítima acción penal propuesta en su contra, tuvieron como origen la denuncia penal presentada en su contra por la entidad hoy demandada, Banco Centro Mundo S. A. Pues bien, es lógico que a partir del inicio del proceso penal, y de las medidas que ocasionaron que el hoy actor haya experimentado, según su demanda, tales afectaciones en su patrimonio moral, se haya ocasionado el supuesto hecho ilícito que originaría para el banco la obligación de indemnizarle; de ninguna manera puede considerarse esta fecha como aquella en la que se dictó el auto de sobreseimiento definitivo, pues con esta resolución judicial se dio fin al proceso penal. Respecto a este tema, el profesor ecuatoriano Juan Larrea Holguín (*Derecho Civil del Ecuador*, Tomo XV, *Obligaciones extra contractuales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 247), señala: "Este tiempo [para la prescripción de la acción] se ha de contar **'desde la perpetración del acto'**. Debe entenderse que el acto ilícito debe estar plenamente cumplido y **ha producido ya su efecto negativo**, puesto que, los actos preparatorios del delito perpetrado o cuasidelito, si no han perjudicado a nadie, no dan lugar a indemnización, aunque sean susceptibles de condenación penal" (el resaltado es de la Sala). El profesor Cabanellas define por su parte el término "Perpetración" como "Comisión de un hecho. Hecho consumado." (*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VI, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 21ª edición, 1989, p. 218). Si a partir de la presentación de la denuncia se inician para el actor los sufrimientos, angustias y humillaciones, esa es la época en la que se perpetra, se consume, el supuesto acto ilícito y no otra; la fecha en la que se dicta el auto de sobreseimiento, como él mismo lo señala en su demanda, es en la que "**cesa**" el daño, sin que pueda verse en esta figura una especie de delito continuado, inaplicable por lo demás como concepto al delito civil. Y por acto ha de entenderse la acción ilícita y dolosa que ha tenido la intención de dañar, uno de los elementos que configuran precisamente la obligación de indemnizar, junto con la existencia del daño y la existencia de un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño producido. Junto a la fecha en que se presentó la denuncia (31 de mayo del 2000, copias certificadas a foja 68 vta. del cuaderno de primer nivel), hay que tomar en cuenta la del inicio del proceso penal y fecha en la que se dictaron las medidas de carácter real y personal contra el hoy actor, en relación con los hechos relatados por él en su demanda (23 de junio del

2000, fojas 118-119 vta.), por lo que a la fecha en que se perfeccionó la citación con la demanda (20 de octubre del 2004, razón actuarial a foja 9), habían transcurrido más de los cuatro años señalados en el artículo 2235 del Código Civil para la prescripción de la acción. Es claro entonces que el Tribunal de última instancia dejó de aplicar el artículo 2235 del Código Civil, lo que ha incidido en la resolución de la causa, por lo que la sentencia se halla incurso en uno de los vicios previstos en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación y debe ser casada, con el mérito de los hechos establecidos en ella, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación. **SEPTIMO:** Al contestar a la demanda (fojas 11-25), el Banco Centro Mundo propone entre sus excepciones la de prescripción de la acción, que debe analizarse en primer lugar. Conforme se ha analizado en el considerando precedente, la época o fecha de perpetración del acto ha de contarse a partir de la presentación de la denuncia y del inicio del proceso penal, y de ninguna manera desde la fecha en la que se dicta el auto de sobreseimiento, conforme se ha explicado en el considerando precedente. Si ha lugar esta excepción, no es menester estudiar las demás. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Machala, y en su lugar, rechaza la demanda por los fundamentos expuestos en esta resolución. Devuélvase al recurrente la caución por él constituida. Sin costas.- En virtud de que la Secretaria Relatora de esta Sala, ha sido designada Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actué como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar (V.S.), Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuerz Permanente.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla Secretaria Relatora encargada de la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

VOTO SALVADO DEL DR. VITERBO ZEVALLOS ALCIVAR, MAGISTRADO DE LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, 8 de abril del 2008; las 14h55.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, mediante oficio

número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuer Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- Freddy Martín Romero Romoleroux. mediante escrito de 25 de marzo del 2008 (fs. 151), solicita que, "en vista de que ha transcurrido en exceso el término concedido a Ustedes en el Artículo 17 de la Ley de Casación para que despache el presente recurso, les solicito que se sirva ordenar que el mismo sea remitido a la correspondiente sala de Conjueres para que lo despachen dentro del termino previsto en la Ley". Al respecto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha dictado la resolución publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 221 de 28 de noviembre del 2007, que dispone: "...Art. 1.- Declarar que el artículo 17 de la Ley de Casación prevalece ante el artículo 203 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en las causas que se tramitan en casación, reconociendo que es potestativo remitir el proceso a la Sala de conjueres..." En consecuencia, en estricta aplicación de la Ley de Casación y la resolución invocada, esta Sala, rechaza la petición presentada por la parte actora.- En lo principal, Alvaro Valenzuela Del Valle, en su calidad de Gerente General y representante legal del Banco Centro Mundo S. A. interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Machala, dentro del juicio ordinario que por daño moral sigue Freddy Martín Romero Romoleroux contra dicha entidad, el mismo que al ser concedido permite que suba el proceso a la Corte Suprema de Justicia, habiéndose radicado la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil mediante el sorteo de ley; y, agotado el trámite de sustanciación, el estado es el de resolver el recurso interpuesto, y para ello, se considera: **PRIMERO:** En la especie, el recurrente acusa infracción de las normas contenidas en los artículos 68 y 115 del Código de Procedimiento Civil; 2231 y 2235 del Código Civil y 42 del Código Penal, y sustenta su impugnación en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por cuanto el Tribunal de último nivel no ha tomado en cuenta estas disposiciones, es decir, se las habría inaplicado. Estos son los límites, dados por el propio recurrente, en los cuales se desenvolverá la actividad jurisdiccional de la Sala como Tribunal de casación, al regir en ésta materia el principio dispositivo. **SEGUNDO:** Que "las pretensiones formuladas en la demanda y las excepciones invocadas en la contestación de la demanda establecen la esfera dentro de la cual se traba la litis en primera instancia y sobre ellos es que debe resolverse en la sentencia. Comúnmente los puntos sobre los que se traba la litis quedan fijados en la demanda, y en la contestación dada a la misma y cuando se interpone recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, la situación sobre los puntos sobre los que se trabó la litis no se modifican en segunda instancia. El Tribunal para ante quien se interpuso el recurso, con sujeción al Art. 338 (actual 334) del Código de Procedimiento Civil, confirma, revoca o reforma la resolución apelada, según el mérito del proceso y aún cuando el juez inferior hubiese omitido en su resolución decidir alguno o algunos de los puntos controvertidos. Pero en el juicio ordinario, como lo es el actual, tal

situación cambia sustancialmente, por que el que interpone el recurso de apelación debe formalizar, con arreglo al Art. 417 (408 norma actual) del Código de Procedimiento Civil, los puntos a los que se contrae el recurso. La formalización del recurso configura el ámbito de la litis de segunda instancia. En otras palabras, unos son los puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia y otros son los puntos sobre los que se trabó la litis en segunda instancia. Por cierto, en la formalización de la apelación no puede introducirse nuevos puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia; estos pueden reducirse, pero en ningún supuesto ampliarse con otros. En ésta virtud, a los puntos que se trabó la litis en segunda instancia tiene que circunscribirse la sentencia del Tribunal de alzada. Por estas razones, en el juicio ordinario, las tres formas de incongruencia en la sentencia pueden darse no ya sobre los puntos que se trabó la litis en primera instancia, sino sobre los puntos en los que quedó trabada la litis en segunda instancia, tomando como punto de referencia la formalización del recurrente y la adhesión del recurso que pudiese haber hecho la contraparte", según la resolución N° 178-2004 tomada por esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil dentro del juicio reivindicatorio No. 217-2003 propuesto por Natalie Ivett de Pérez contra Gerardo Mena García y Cecilia Carrera de Mena, publicada en la G. J. No. 15, Serie XVII, pp. 4952. - En consecuencia procede examinar tanto la demanda como la contestación dada a la misma, y se lo hace de la siguiente manera: **a) La demanda.** Freddy Martín Romero Romoleroux, en la demanda expresa, entre otras cosas, que desde el año de 1996 hasta el 12 de mayo del 2000 desempeñó las funciones de Gerente del Banco Centro Mundo, en la sucursal de la ciudad de Machala; que perdió su empleo en virtud de una improcedente denuncia y posterior libelo de acusación particular propuesta en su contra, y otras personas que cita, por el señor Jaime Emilio Giese Jiménez en calidad de Gerente General subrogante del Banco Centro Mundo S. A., que originó un injusto enjuiciamiento penal en su contra en el Juzgado Segundo de lo Penal de El Oro por la presunta perpetración del delito de peculado; que el Juez de lo Penal indicado dispuso como medida cautelar en su contra la retención de los valores de los certificados de depósitos y la prohibición de enajenar sus bienes inmuebles en las ciudades de Machala y Guayaquil; que como consecuencia de la denuncia y acusación particular del Banco Centro Mundo S. A. se inició un temerario sumario que a más de arruinar su carrera como funcionario de alto nivel y prestigio como tecnólogo financiero al manchar su reputación y poner fin a sus lógicas aspiraciones de merecidos ascensos en la actividad bancaria de país y del extranjero; que se le hizo víctima de sufrimientos físicos y psíquicos como angustia, ansiedad, y humillaciones por tan injusta acción penal; que a más de eso se le ocasionó grave perjuicio al ser removido y separado de su cargo mientras se encontraba haciendo uso de sus vacaciones; que el 12 de mayo del 2000, en que se enteró de lo ocurrido por que había sido desafiliado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como funcionario de la citada entidad bancaria, siendo por demás evidentes los daños materiales y morales; que sufrió descrédito al publicarse por tres días consecutivos en el diario "Opinión de Machala" la citación con la acusación particular: que la odisea o calvario tuvo su fin con el auto de sobreseimiento provisional del proceso y definitivo a su favor dictado por el Juez Segundo de lo Penal de El Oro, el 27 de febrero del 2003 y confirmado por la Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Superior de

Justicia de Machala el 22 de junio del 2004; que fundamentado en lo dispuesto por el Art. 30 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, demanda al Banco Centro Mundo S. A., en la interpuesta persona de su Gerente General y representante legal, señor Jorge Gonzalo Gándara Cameron, para que en trámite de la vía ordinaria y con aplicación a lo dispuesto por el Art. 258-A incisos segundo y tercero del Código Civil, agregados en la Ley Reformatoria No. 171 publicada en el R. O. No. 779 del 4 de julio de 1984, se determine el monto de la indemnización que le debe pagar el banco por los daños morales causados, además del pago de las costas procesales y los honorarios de sus patrocinadores. b) El Juez de la causa, considerando que la demanda cumplía con los requisitos legales, la aceptó al trámite del juicio ordinario y ordenó que se corra traslado con la misma y el auto de calificación de la demanda, al Banco Centro Mundo S. A. en providencia de fs. 8 del cuaderno de primera instancia.

Contestación de la demanda, excepciones y reconvencción. Citada que fuera la demanda a la entidad demandada ésta compareció mediante escrito de fs. 11 a 25 y en el que dedujo las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; 2) Antecedente ilícito. 3) Cosa juzgada. 4) Falta de derecho del actor. 5) Negativa de injurias al actor. 6) Negativa de daño moral. 7) Nulidad del proceso y de todo lo actuado. 8) Falta de jurisdicción y competencia. 9) El actor jamás fue privado de su libertad. 10) Prescripción de la acción. 11) Pluspetición. 12) Falta de derechos del actor para presentar esta demanda. NOVENO: RECONVENCION. Pide que se desעה la demanda con la debida condena en costas, daños y perjuicios, y honorarios profesionales de su defensor... . Tramitado el proceso el juez de la causa, en la sentencia, declaró sin lugar la demanda y la reconvencción, sentencia de la que interpuso recurso de apelación el actor. Subido el proceso a la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Machala el apelante, dentro del respectivo término, formalizó el recurso y determinó explícitamente los puntos a que se refiere la apelación, y que no son otros, que los hechos expuestos en la demanda y a la contestación de ésta con las consiguientes excepciones y reconvencción... La Sala en referencia dictó sentencia revocando la de primer grado y declarando con lugar la demanda, y de la cual el actor ha interpuesto el recurso de casación. TERCERO: A efecto de resolver sobre los hechos de la controversia se considera: 1° El Art. 273 del Código de Procedimiento Civil ordena que “la sentencia decida únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella”. Por mandato legal, el Juez o Tribunal debe sujetarse en los actos del proceso, a las normas reguladoras del mismo, puesto que estas, como medio para hacer efectivos los postulados de la justicia y entre estas normas la aquí referida, que obliga a que en la sentencia se decida únicamente sobre los asuntos de la litis, y que no son otros, los consignados en la demanda y en la contestación en los que definitivamente se fijan los términos del debate. “Esta disposición impone al Juez el deber de estudiar en su sentencia tanto las pretensiones deducidas en la demanda como las contraprestaciones expuestas en la contestación a ella, siguiendo un orden lógico. Devis Echandía (Compendio de Derecho Procesal - Teoría General del Proceso, t. I, pp. 464 y ss) dice al respecto: “En la sentencia debe estudiarse primero si las pretensiones incoadas en la demanda tienen o

no respaldo en los hechos probados y en la ley sustancial que los regula, y solamente cuando el resultado sea afirmativo se debe proceder al estudio de las excepciones propuestas contra aquellas por el demandado; pues si aquellas deben ser rechazadas aún sin considerar las excepciones, resultaría inoficioso examinar estas. Todas las pretensiones principales deben ser resueltas en la parte dispositiva de la sentencia, a menos que ésta deba ser inhibitoria, y, si no prosperan, deben resolverse sobre las subsidiarias. En cambio, cuando se han alegado o probado varias excepciones perentorias, no es necesario que el juez las estudie todas, ni que se pronuncie sobre ellas, pues le basta hacerlo respecto de aquella que debe prosperar, si desvirtúa todas las peticiones de la demanda. Si la sentencia es inhibitoria, por que se admite una excepción dilatoria, no puede el juzgador de instancia pronunciarse sobre las pretensiones del actor porque estaría anticipando criterio, y, si admite una excepción perentoria que desvirtúa todas las peticiones de la demanda tampoco es necesario que se pronuncie sobre las pretensiones ni sobre las restantes excepciones en aplicación del principio de la economía procesal” (Fallo de Casación. R. O. No. 45-13-X-98). 2° Que entre las excepciones propuestas por el demandado consta la perentoria de prescripción de la acción. El Art. 2392 del Código Civil define a la prescripción “un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción”. De igual manera, el Art. 2414 del mismo código indica que “la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones”. Como se puede apreciar de las definiciones legales citadas que la prescripción constituye un modo de adquirir derechos o de perder otros adquiridos, obrando en razón del tiempo o de librarse de una obligación, existentes. Es decir, que la prescripción tiene como nervio o razón de su existencia, un derecho que se ejerce para adquirir, y que se llama “prescripción adquisitiva” o de extinguir una acción preexistente, denominada “prescripción extintiva”. En la especie, el demandado alegó la excepción de prescripción de la acción que tiene el actor, pero no estableció procesalmente el lapso en que el demandante no la ejerció o no la intentó oportunamente. Por tanto, no procede la excepción. El Tratadista, Dr. Nicolás Coviello, en su Obra “Doctrina General del Derecho Civil”, pp. 506-507, nos enseña: “Por eso la prescripción se define “un medio por la cual a causa de la inercia del titular del derecho prolongada por cierto tiempo, se extingue el derecho mismo”. De lo cual se infiere que son requisitos: 1° la existencia de un derecho que podía ejercitarse; 2° la falta de ejercicio o la inercia del titular, y, 3° el transcurso del tiempo señalado por la ley, y que varía según los diversos casos. Varias razones suelen aducirse para justificar la prescripción extintiva: el interés social de que las relaciones jurídicas no queden por largo tiempo inciertas; la presunción de que el que descuida el ejercicio del propio derecho, no tiene voluntad de conservarlo; la utilidad de castigar la negligencia; la acción del tiempo que todo lo destruye. Todas estas razones pueden aceptarse, ya que no se excluyen recíprocamente, sino que convergen todas a justificar cumplidamente la prescripción. /La prescripción extingue el derecho mismo, y no tan sólo la acción: mantener con vida el derecho, una vez extinguida la acción, es una sutileza

que no está conforme con los principios de nuestra ley... Los derechos que puden extinguirse por prescripción son los patrimoniales: **los derechos personales, como son inalienables, son empero imprescriptibles** (la negrilla es de la Sala)...". Por su parte, el Tratadista Antonio Vodanavic H, en su obra "Curso de Derecho Civil", basado en las explicaciones de los Profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga nos enseña: "La regla general es que las cosas sean susceptibles de prescripción; solo por excepción hay cosas imprescriptibles" y señala entre los derechos imprescriptibles "los derechos de la personalidad, o sea, el conjunto de derechos inherentes al individuo, y que éste tiene por el solo hecho de ser tal". Y este principio de la imprescriptibilidad de la acción de daños morales ha sido recogido y aplicado por esta Primera Sala de Casación en diversos fallos, y entre ellos los publicados en los R. O. No. 108, 627 y 203 del 28 de junio del 2000; 26 de julio del 2002 y 14 de noviembre del 2003, en su respectivo orden, y en los que en la parte pertinente se expresa lo siguiente: **"CUARTO: De acuerdo con la doctrina, consagrada por nuestro derecho positivo, los daños que puede sufrir una persona por un hecho ilícito se clasifican en dos grandes categorías: daños patrimoniales y daños morales, que no es sino la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en patrimoniales y extramatrimoniales aquellos inherentes a la personalidad, como los de integridad física, integridad moral, afecciones, etc.; se adquieren o pierden con independencia a la voluntad, así como también son inalienables e imprescriptibles..."** (La negrilla es de la Sala). No procede, en consecuencia la excepción. **2º. Otra excepción perentoria alegada es la de "cosa juzgada"**. La institución jurídica de la cosa juzgada es, no dudarlo, el efecto más importante de la sentencia debido a su inmutabilidad puesto que el Juez ni las partes pueden modificarla de manera alguna. No hay que olvidar que el fin que las partes persiguen en el proceso no es otro que lograr del Juez una decisión definitiva de la cuestión litigiosa, de tal manera que no pueda ser discutida de nuevo en el mismo proceso ni en ningún otro. Se encuentra incorporada en nuestro sistema constitucional, como uno de los principios del debido proceso, cuando en el numeral 16 del artículo 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador se ordena que "nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa (non bis in idem), y aplicado en el Art. 297 del Código de Procedimiento Civil, que dice: "La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho...". En la especie, la parte demandada no ha probado la existencia de un proceso anterior con el actor, en el que se haya decidido, con sentencia ejecutoriada, indemnización por daño moral. denegado o resuelto; lo que ha presentado y obra de autos es la fotocopia de un auto de sobreseimiento definitivo "dictado en última instancia por la H. Corte Superior de Justicia de Machala, Sala de lo Penal, Colusorio y de Tránsito, dictada el día 22 de junio del 2004... el mismo que causó ejecutoria y contiene cosa juzgada que no puede ser alterada ni violada por ninguna causa posterior", y en el

que no se resuelve sobre los daños o agravios morales. Por consecuencia, no procede la excepción. **3ª. Otra excepción propuesta es la de falta de jurisdicción y competencia del Juez.** Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 1º establece como uno de sus principios fundamentales que el "Ecuador es un Estado Social de Derecho" y que como tal tiene como "el más alto deber" el "respetar y hacer respetar los derechos humanos" constantes no solo en la propia Constitución sino los que se establecen "en las declaraciones, pactos, convenios y mas instrumentos internacionales vigentes", según sus artículos 16 y 17. Y entre esos derechos humanos que el Estado considera como uno de sus más altos deberes de respetar y hacer respetar está el consignado en el Art. 23, numeral 27 de la Constitución, mediante el cual se garantiza el "derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones". Y, con el objeto de hacer realidad el debido proceso, la Constitución, en el Art. 24, establece las garantías básicas que, a mas de su carácter declarativo, forman parte e integran el ordenamiento jurídico interno con otras normas constantes en leyes orgánicas, leyes y decretos que desarrollan sus principios y establecen las reglas para su aplicación. Es decir, que todas ellas integran el principio de la legalidad del país conducentes, de modo inequívoco, total y absoluto, a la intangibilidad de los fallos y decisiones jurisdiccionales en una real aplicación de la justicia. Y entre estas garantías básicas del debido proceso, consta la consignada en el numeral 1º, parte final del artículo 24 de la Constitución que dice: "Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observación del trámite de cada procedimiento". Como se puede apreciar se trata de la incorporación, como norma constitucional, del principio universal de la legalidad convirtiendo a las normas de derecho procesal en normas constitucionales y consecuentemente en autónomas, de orden público, de obligado cumplimiento, conforme lo ratifica el artículo 192 de la Carta Magna cuando dice: "El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectiva las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades". Y este es el criterio aplicado por esta Primera Sala de Casación Civil en numerosos fallos y entre ellos el publicado en la G. J. No. 13 de la Serie XIII, pp. 2977-78, en el que expresa lo siguiente: "Es obvio, el precepto constitucional que encarna el Art. 92 de la Carta Fundamental del Estado (ahora 192) de que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia al que no se oponen las normas del Código de Procedimiento Civil que son precisamente los medios para alcanzar el postulado de la justicia, reglando la sustanciación de los asuntos controvertidos atenta su naturaleza, ora en los juicios declarativos de derecho, ora de ejecución, etc., que demandan trámites especiales. No es, por lo mismo, la violación de trámite una simple formalidad sino algo sustantivo a cada caso, cuestión que no está atribuida a la voluntad de las partes ni del Juez sino a regulaciones legales que, atañen al orden público. La ley, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan que las normas procesales son normas medios, por que sirven de medio para la aplicación de las normas objetivas materiales y, además son instrumentales, por que sirven de instrumentos para la realización del derecho objetivo en casos determinados, singulares y concretos. De ahí que, en

definitiva, el derecho procesal es un derecho público, autónomo, de obligado cumplimiento...” 2°. Entre las normas procesales destinadas a la sustanciación de los procesos consta la establecida en el inciso 1° del Art. 1° del Código de Procedimiento Civil, y que es catalogada como solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias cuya omisión puede ocasionar la nulidad procesal, y que dice: “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes”. Conforme al texto de la norma, la jurisdicción no es otra cosa que el poder de administrar justicia por las personas designadas de acuerdo con la ley, en forma independiente de las otras funciones del Estado y de los diversos órganos jurisdiccionales. El artículo 18 del Código de Procedimiento Civil así lo señala cuando dice: “La jurisdicción legal nace por elección o nombramiento hecho conforme a la Constitución o la ley...” y “principia su ejercicio desde que los titulares de los órganos jurisdiccionales toman posesión de su empleo o cargo y entran al desempeño efectivo del mismo”. El referido artículo 1° del Código de Procedimiento Civil, en el inciso 2° expresa: “Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados”. Como se puede apreciar existen diferencias sustanciales entre jurisdicción y competencia, puesto que la primera institución es de carácter general, abarca a todos los órganos jurisdiccionales nombrados y posesionados de conformidad con la ley para que ejerzan la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, mientras que la competencia es limitada de acuerdo a la distribución de la jurisdicción; de ahí que se diga que todo Juez tiene jurisdicción pero no todos tienen competencia. El Tratadista Hernando Devis Echandía, al analizar las instituciones de jurisdicción y competencia, en su obra *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*, nos enseña: “Jurisdicción y competencia. Si bien la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los jueces y Magistrado, es indispensable reglamentar su ejercicio para distribuirla, en cada rama jurisdiccional, entre los diversos jueces. Y esta es la función que desempeña la competencia. La competencia es, por lo tanto, la facultad de cada Juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene, para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio. La jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por ésta se le otorga al Juez el poder de conocer de determinada porción de asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama, en conjunto y comprende todos los asuntos adscritos a ésta (civiles, penales, laborales, contenciosos- administrativos, fiscales, militares, eclesiásticos, respectivamente). Entre ellos hay una diferencia cuantitativa y no cualitativa. Por eso podemos considerar la competencia desde su doble aspecto: el objetivo, como el conjunto de asuntos o causas en que con arreglo a la ley puede el juez ejercer su jurisdicción dentro de los límites en que se le es atribuida. Si bien esos límites tienen diversa importancia, en ellos se tratará siempre de distribución de jurisdicción entre los jueces de una misma rama jurisdiccional. En otras palabras, un Juez es competente para un asunto, cuando le corresponde su conocimiento con prescindencia de los demás que ejercen igual jurisdicción en el mismo territorio o en territorio distinto; Un Juez puede tener jurisdicción con relación a un

negocio, o mejor, a la clase de negocios de que se trata, por ejemplo, por corresponde a la jurisdicción y ser él de la misma rama, pero carecer de competencia para él. Y naturalmente, sino tiene jurisdicción para el caso, menos le corresponde la competencia. Por lo tanto, lo primero que debe hacer un Juez cuando se pide que conozca de un asunto, es ver si corresponde a su jurisdicción. Una vez que concluya, afirmativamente, procederá a estudiar si tiene competencia para él. La distribución de los negocios judiciales opera no solo entre los distintos despachos de la respectiva rama civil, penal, laboral, etc., sino entre los varios jueces o magistrados de un mismo despacho, cuando es plural (como los tribunales y la Corte) y cuando son varios del mismo grado como los varios jueces y territorio rama jurisdiccional”. En la especie, se observa que la persona que propuso la excepción fue Jorge Gonzalo Gándara Cameron, por sus derechos, al expresar que “alego falta de jurisdicción y competencia, no solo por la materia, sino también por el territorio, ya que mi persona JORGE GONZALO GANDARA CAMERON, tengo mi domicilio en la ciudad de Quito, cuando no es parte procesal por no haber sido demandado por sus derechos, sino por los que representa del Banco Centro Mundo C. A. No obstante lo dicho, y a efecto de asegurar la validez del proceso, se considera que la competencia, como límite de la jurisdicción, está sometida a reglas esenciales y fundamentales conducentes a garantizar la vigencia del orden jurídico; y entre estas reglas generales consta la del Art. 29, numeral 5° del Código de Procedimiento Civil que expresa: “Además del Juez del domicilio, son también competentes:... 5° El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de estos”. Así mismo, se observa que el banco demandado compareció a juicio, contestó la demanda, propuso excepciones, presentó pruebas, y que en definitiva ejerció ampliamente el derecho a la defensa sin estar en indefensión. Por lo tanto, no observándose la omisión de alguna solemnidad sustancial comunes a los juicios que pueda ocasionar la nulidad del proceso se lo declara válido. **4°. Otra excepción de es la “negativa de daño moral”**. Al respecto se indica que la característica esencial del daño moral es que no tienen un valor pecuniario, por que no se traducen en una pérdida o lesión pecuniaria al patrimonio, sino que lesionan la sensibilidad anímica, íntima de las personas; afecta a la personalidad. “El daño moral es una molestia o dolor no patrimonial en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria al patrimonio de la víctima que queda intacto, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestias que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencia o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine pretium doloris; el daño moral es aquél que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana, en último término, todo aquello que signifique menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño”, según la resolución del Tribunal Constitucional, publicada en el R. O. 110-S del 30 -VI- 2000”. La Enciclopedia JURIDICA OMEBA, en el Tomo 1° entre otras cosas, nos enseña: “El agravio moral ha sido definido de distinta manera, atendiendo al criterio con que se encara el problema y sin que las definiciones heterogéneas indiquen posición encontrada de los autores. Si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el agravio moral

consiste en el desmedro sufrido en los bienes en los bienes extramatrimoniales, que cuentan con protección jurídica. Si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales titulados por la ley. En el primer concepto, implica que el ataque a los bienes del patrimonio configura daño material o patrimonial. En cambio, el ataque a un derecho no patrimonial, ataque a la integridad corporal, al honor, la reputación incluida la de la familia, a la libertad, violación de un secreto concerniente a la parte lesionada, etc., produce agravio moral... Siendo normal que en situaciones como las que dan lugar a un problema de agravio moral, toda persona se sienta íntimamente afectada y sufra los efectos de ese dolor moral, bastará con acreditar la materialidad del ataque. No es el juez el que debe confrontar la realidad y medida del dolor sufrido para reconocerlo y fijar la indemnización. Ya lo ha tenido el legislador por existente, al reconocer la categoría de bienes extramatrimoniales y sancionar su ataque o su violación ...". Por su parte, esta Sala, en diversos fallos de casación como los publicados en los R. O. 108 y 140, del 28-VI-2000 y 14-VII-2000 ha expresado: "La distinción entre el valor económico y valor pecuniario viene a constituir la clave de la clasificación de los daños en patrimoniales y extramatrimoniales. Los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien con valor pecuniario, es decir, de un bien patrimonial; en cambio, los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales que no poseen traducción adecuada en dinero, y por lo tanto, carecen de valor pecuniario, es decir de un bien patrimonial, pero, en cambio, son susceptibles de tener valor económico porque suelen incidir sobre la capacidad productiva del sujeto ...". La acción por daños morales está vigente en el Ecuador desde el 4 de julio de 1984, en que fue publicada, en el Registro Oficial No. 779, la Ley No. 171, cuyas normas se encuentran incorporadas en los actuales artículos 2231, 2232, 2233 y 2234 del Código Civil. Al respecto, el Art. 2232 del código citado expresa: **"En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrán también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Dejando a salvo le pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro, o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados; y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. ..."**. Del texto de la ley, aparece con claridad meridiana que la acción por daños morales es independiente de los resultados de las acciones provenientes del incumplimiento de contratos, o de las acciones penales, ya sea de los sobreseimientos definitivos o de las sentencias absolutorias o condenatorias, y en este último caso, inclusive de las dictadas en querellas por injurias calumniosas o no calumniosa". Obsérvese que la ley con claridad expresa que "dejando a salvo le pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito" hay la obligación de reparación, lo que significa que es independiente total y absolutamente de los resultados de las decisiones sobre la calificación o no de temeridad o malicia

de las denuncia o acusación particular que originaron el proceso en que tales decisiones fueron tomadas. Así lo tiene resuelto ésta Sala en varios fallos de casación y entre ellos el publicado en el R. O. No 958 del 3 de junio de 1996, en cuyo considerando cuarto se expresa: **"Conforme ha declarado ésta Sala, la acción civil para obtener la indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal, pues en las normas especiales sobre el daño moral no se ha establecido esta prejudicialidad que, de haberla querido el legislador la habría requerido expresamente"**. La parte demandada ha admitido que presentó denuncia y acusación o particular contra el actor del presente juicio, entre otros, imputándole el delito de peculado ante el Juez Penal de El Oro, lo que ocasionó el inicio de un proceso penal que terminó con auto de sobreseimiento definitivo a favor del actor, pero que no fueron declarados de temerarias y maliciosas dichas denuncia y acusación particular. Si se considera que el auto de sobreseimiento definitivo dictado a favor del actor del presente juicio se colige que para ello el Tribunal consideró que no existió la absoluta comprobación conforme a derecho de la infracción o de la responsabilidad del imputado dando como resultado final de un procesamiento injustificado que es uno de los medios de ocasionar el daño moral consignado en el artículo 2232 del Código Civil citado anteriormente. **5°. Reconvencción.** En cuanto a la reconvencción alegada por el banco demandado se hacen las siguientes consideraciones: 1°. El Art. 105 del Código de Procedimiento Civil se concede al demandado el derecho de reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere. La norma dice: "En la contestación podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere; pero después de tal contestación sólo podrá hacerlos valer u otro juicio". Reconvenir es, según el Diccionario de la Real Academia, entre otras acepciones, "pedir uno contra el mismo que lo demandó en justicia". Concordante, la Enciclopedia Jurídica Omeba- T-XXIV, pp. 94-95 expresa: "La reconvencción es un acto procesal de petición mediante el cual el demandado deduce oportunamente contra el actor una acción propia, independiente o conexas con la acción que es materia de la demanda, a fin de que ambas sean substanciadas y decididas simultáneamente en el mismo proceso. La reconvencción es una demanda que dentro de un juicio ya iniciado dirige el demandado contra el actor del mismo. Por eso es que también se la denomina contra demanda o demanda reconvenccional. La reconvencción es un caso particular de acumulación objetiva de acciones...El demandado al reconvenir incorpora al debate y decisión del juicio en que lo hace, una pretensión principal, propia y autónoma. *Pretensión principal* es aquella sobre la cual debe recaer el contenido decisorio de la sentencia definitiva del juicio. En principio, la sentencia sólo puede versar sobre la admisión o rechazo de la demanda, en forma total o parcial; pero si se dedujo reconvencción, ésta también constituye materia fundamental de la decisión final que debe dictarse en el juicio, de tal modo que la sentencia definitiva es irrita sino considera ni decide la reconvencción deducida por el demandado. Y todo ello por que la reconvencción es una demanda que espera la respuesta que el juzgador debe dar en la sentencia definitiva en razón de su ineludible deber de administrar justicia ...". El sentido de la jurisprudencia nacional es igual conforme consta del fallo de casación publicado en el R. O. 1005-7-VII- 96 en el que, entre otras cosas, se expresa: "La Sala de la Corte Superior de Justicia

de Guayaquil incurre no solo en una gran confusión de concepto sino también en una inexcusable contradicción, al expresar en el considerando segundo de la sentencia recurrida que “la reconvencción es una contra demanda e implica una aleación o reclamación subsidiaria que se aspira proceda de no surtir oposición principal contenida en las excepciones”. La reconvencción, en los casos que procede, es una verdadera demanda, sujeta a los requisitos establecidos en la ley para el libelo inicial, dirigida por el demandado contra su demandante, ejerciendo alguna acción que contra éste le compete. Se la conoce también como *mutua acción* o contra demanda, por que ambas partes, actor y demandado, se demandan mutua o recíprocamente, en el mismo juicio, asumiendo y reuniendo en cada uno de ellos, el doble carácter o calidad de demandante y demandado... No es pues la reconvencción o contra demanda una simple alegación o reclamación subsidiaria condicionada a que sea considerada ante el infortunio o adversidad del resultado de la demanda inicial...”. 5° La demanda reconvenccional para que sea jurídica, como instrumento idóneo para ejercitar la acción y formular la petición de que se decida favorablemente su pretensión, en su formulación no está sujeta al arbitrio del proponente, sino que está debidamente reglamentada por la ley que señala, con precisión los requisitos para su admisión al trámite por el Juez, requisitos que se encuentran señalados en los 67 y 68 del Código de Procedimiento Civil y sin cuyo cumplimiento no puede ser aceptada por el Juez, que tiene la obligación de examinar el cumplimiento de esas formalidades. En la especie, se observa que “la reconvencción” presentada por la entidad demandada, no cumple con los requisitos exigidos en las normas precitadas (ex 71 y 72 del C.P.C.), por lo que el Juez de la causa debió, en respeto a la ley y en cumplimiento de su deber, ordenar que sea completada, atento el mandato del Art. 69 (ex 73) del código de la materia que dice: “Presentada la demanda, el Juez examinará si reúne los requisitos legales. Si la demanda no reúne los requisitos que se determinan en los artículos precedentes, ordenará que el actor la complete o aclare en el término de tres días; y si no lo hiciere, se abstendrá de tramitarla, por resolución de la que podrá apelar únicamente el actor. La decisión de segunda instancia causará ejecutoria. El Juez cuando se abstenga de tramitar la demanda, ordenará la devolución de los documentos acompañados a ella, sin necesidad de dejar copia. El superior sancionará con multa de diez a cincuenta dólares de los Estados Unidos de América al Juez que incumpliere las obligaciones que le impone éste artículo. “El Juez a quo incumplió la obligación de examinar la demanda de reconvencción y la aceptó al trámite, a pesar de no contener los requisitos de admisibilidad exigidos por la ley, lo que significa la ejecución de un acto prohibido por la ley que ocasiona la nulidad del mismo, atento a lo ordenado por el Art. 9° del Código Civil, que dice: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”. Pero el Tribunal no declara la nulidad por las siguientes razones: a) Por cuanto la norma del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil no le asigna al cumplimiento de la obligación el valor de una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias cuya omisión puede acarrear la nulidad procesal, sino que le asigna el carácter de formalidad. Existe marcada diferencia entre solemnidad sustancial y formalidad o rito. Las primeras son permanentes, de obligado cumplimiento y

tienen como objetivo fundamental el garantizar la validez de las decisiones judiciales, mientras que las formalidades son simples complicaciones de las formas. Esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en fallo dictado dentro del expediente 229- 2001, publicado en el R. O. No. 379 del 30 de julio del 2001, se expresó de la siguiente manera: “...En efecto, hay que diferenciar entre los ritos y las solemnidades procesales. Los ritos, es decir, las formalidades no son más que simples complicaciones de las formas, que se establecen en un determinado momento atendiendo a razones puntuales de conveniencia pero que, con el paso del tiempo pierden su razón de ser. Las solemnidades, en cambio, son requisitos de forma que establece el legislador atendiendo a razones permanentes y sustanciales, que permanecen en el tiempo inalterados. En virtud del principio de la obligatoriedad de las formas procesales, los actos procesales están regulados por la ley en cuanto a su forma, y ni las partes procesales ni el juez pueden escoger libremente el modo ni la oportunidad del lugar y de tiempo, para realizarlos. Debe recordarse que el derecho procesal es una rama del derecho público, y que por lo tanto es indisponible por las partes, las que ni siquiera por acuerdo expreso podrían disponer de él, salvo en los casos en que lo permite expresamente el legislador. Devis Echandía (Teoría General del Proceso, 2ª Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p 377) al respecto, advierte que no debe creerse que las solemnidades de los actos procesales, “obedecen a simples caprichos, o que conducen a entorpecer el procedimiento en perjuicio de las partes. En realidad de trata de una preciosa garantía de los derechos y libertades individuales, pues sin ellas no se podría ejercitar el derecho de defensa...”. Y mas adelante se expresa: “En un proceso, desde su inicio y de todo su desarrollo y conclusión, las actividades del juez y de las partes se hallan reguladas por un conjunto de normas preestablecidas que señalan el camino que debe seguirse, lo que pueden hacer, como lo deben hacer y que no pueden ni deben hacer. Nuestro ordenamiento legal ha establecido la nulidad de un acto procesal y de todos los que dependan de él cuando se ha quebrantado o inobservado dichas normas, pero siempre condicionada a los principios de trascendencia y de convalidación. No hay, pues, nulidad procesal si la desviación no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio...”. b) Así mismo se observa que la procesal no sanciona su incumplimiento con la nulidad del proceso, sino que establece una sanción pecuniaria contra el Juez negligente en el cumplimiento de sus deberes específicos. c) Por cuanto, el Art. 192 de la Constitución de la República indica que no se sacrificará la justicia por “la sola omisión de formalidades”. Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, NO CASA la sentencia materia de la impugnación. En cumplimiento de lo que dispone el artículo 12 de la codificación de la Ley de Casación, entréguese a la parte actora, perjudicada por la demora en la ejecución de la sentencia, la caución constituida por la recurrente.- En virtud de que la Secretaria Relatora de esta Sala, ha sido designada Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actúe como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar (V.S.), Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente.

RAZON: Es fiel copia de su original.- Certifico.- Quito, 10 de abril del 2008.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada de la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

N° 87-08

Dentro del juicio ordinario No. 3-07 que por indemnización de daño moral sigue Félix González Rubio Gutiérrez, por sus propios derechos y como representante legal de “Compañía Agrícola Arroceras Granos Seleccionados S. A. Agraselecsa”, contra Filanbanco S. A., en liquidación, se ha dictado, lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 17 de abril del 2008; las 09h01.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el Señor Presidente de la Corte de Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez; y, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el doctor Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- En lo principal, Félix González Rubio Gutiérrez, por sus propios derechos y como representante legal de “Compañía Agrícola Arroceras Granos Seleccionados S. A. Agraselecsa”, deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en el juicio ordinario que, por indemnización por daño moral, sigue el hoy recurrente contra Filanbanco S. A., en liquidación. Dicho recurso fue concedido, por lo que el proceso pasó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia; radicada la competencia por el sorteo de ley en esta Sala -que aceptó a trámite el recurso- y una vez terminada la etapa de sustanciación correspondiente, para resolver se considera: **PRIMERO:** El recurrente acusa al fallo de última instancia de haber infringido los artículos 23 numeral 8 y 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República; 2232 “y

siguientes” del Código Civil; 68, 82, 115, 116, 175 y 194 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en las causales primera, segunda, tercera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. Estos son los límites, fijados por el propio recurrente, dentro de los cuales se desenvolverá la actividad jurisdiccional del Tribunal de Casación. **SEGUNDO:** Si se acusa al fallo de último nivel de hallarse incurso, entre otras, en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, esta acusación debe revisarse en primer lugar ya que de existir el vicio, el Tribunal de casación no puede entrar a analizar el fondo del asunto sino que, declarando la nulidad a partir de la etapa procesal en que se haya producido el yerro, procederá al reenvío del proceso al órgano judicial correspondiente de conformidad con lo que dispone el artículo 16 inciso segundo de la Ley de Casación. El recurrente formula varios cargos al amparo de esta causal: **1)** Que se dejaron de aplicar los artículos 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil, normas que mandan a los jueces a apreciar y analizar la prueba en su conjunto y a valorarlas todas; el Tribunal de último nivel “no valoró ninguna prueba y con esa omisión dictó un fallo diminuto y sin motivación alguna, lo que contradice además lo que impone la Constitución Política de la República, en su Art. 24 numeral 13...”. Continúa el recurrente: “Por otro lado el demandado no opuso excepción alguna que guarde relación con el fallo diminuto dictado por la Sala, la procedibilidad de la demanda aceptada en el auto de calificación para el demandado fue absolutamente procedente, es decir no faltó ninguna formalidad prevista en la ley para Filanbanco en Liquidación; en caso contrario la primera excepción hubiera sido contra la calificación de la demanda; igualmente para el Juez de primer nivel al aceptar la demanda y calificarla de clara, precisa y completa, es porque ella cumplió con todas las formalidades previstas en la ley... Este fallo interrumpe la marcha de la litis, condena al archivo y fin de la causa y promueve mi indefensión, porque no se trata de objeciones al tema esencial de la contienda, sino a aspectos meramente formales, que desvían el curso de la contienda, privilegiando una formalidad no sustentada en la ley... De haberse aplicado las normas procesales anteriormente señaladas, el fallo hubiera sido diferente y no se habría sacrificado la justicia que me asiste...” **2)** Que se interpretaron erróneamente y se aplicaron indebidamente los artículos 68 y 175 del Código de Procedimiento Civil. En cuanto a la primera norma, habría sido “interpretada tácitamente”, según el casacionista, al haber “exigido” el Tribunal la presentación de las copias certificadas del juicio ejecutivo seguido a su tiempo por la entidad hoy demandada contra el recurrente, para que quede demostrada la afirmación del actor de que la citación que se le hizo por la prensa, adoleció de irregularidades; es decir, habría actuado discrecionalmente para exigir documentos sin que haya una disposición legal de por medio que lo faculte expresamente. En cuanto al artículo 175 del citado código, alega que no debió aplicarse; sobre la base de esta norma, el Tribunal de última instancia ha concluido indebidamente que la copia notariada del petitorio formulado por Filanbanco S. A. en el juicio ejecutivo ya referido -donde solicita se cite al hoy actor por la prensa-, no hace ninguna fe por no haber sido dada previa orden judicial y con citación o notificación en persona o por boleta a la parte contraria: “Aquí no se discute si [la citación] la ordenó el Juez, si el citador sentó o no una razón, son elementos formales de un proceso (en ese caso del juicio ejecutivo) que es ajeno a lo que se discute en este proceso. Aquí tenía que demostrarse que la acción de

publicar la citación no fue dolosa, y que para ello se cumplió con lo que previene la ley: *AGOTAR TODOS LOS MEDIOS POSIBLES PARA DETERMINAR LA RESIDENCIA DE LOS DEMANDADOS, solo eso habilita (una vez agotada la investigación) la realización de una citación judicial de manera pública a través de un medio de información escrita.*”. Que esta copia únicamente es uno de los “antecedentes” del actuar ilícito de la demandada. Consecuentemente, se dejó de aplicar el artículo 194 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil, porque las publicaciones por la prensa agregadas al proceso no fueron objetadas o impugnadas por la entidad demandada y han adquirido la fe de un instrumento público. Todo esto, alega, le ha provocado indefensión. **TERCERO:** La causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación especifica que el recurso extraordinario puede fundarse en la “aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”. En nuestro sistema legal, las causas de nulidad procesal se hallan especificadas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias; en los artículos 347 y 348, que se refieren a los juicios ejecutivos y el juicio de concurso de acreedores; y en el artículo 1014 *ibidem*, que concierne a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando. Con estos antecedentes, debe anotarse: **1)** Ninguna de las normas citadas por el recurrente se refiere a las solemnidades de los procesos e instancias ni al trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando; sino que se refieren a normas aplicables a la valoración de la prueba. **2)** No se puede acusar al amparo de esta causal violaciones relativas a la valoración de la prueba, con el argumento de que se ha ocasionado indefensión; si se considera que la prueba no fue valorada adecuadamente o en su conjunto, o que se tomaron en cuenta medios probatorios de una manera determinada y no de otra, esas supuestas faltas debieron ser alegadas al amparo de la causal de casación correspondiente, o sea la tercera del artículo 3 de la ley de la materia. **3)** No está por demás anotar que, aun cuando así se lo hubiese hecho, las acusaciones formuladas son por demás improcedentes, por las siguientes razones: **3.1)** Cuando el Tribunal de último nivel se pronuncia sobre la copia certificada por notario de una foja del juicio ejecutivo seguido a su tiempo por Filanbanco contra el hoy recurrente, concluye que esa copia no hace fe en juicio, porque no se ha otorgado por orden judicial y con citación o notificación en persona o por boleta a la parte contraria, pero además (lo que es ajustado a la lógica probatoria), considera que esa sola copia (un típico ejemplo de prueba diminuta) de nada sirve para esclarecer los hechos expuestos en la demanda e invocados por el actor, es decir, que no podía citarse por la prensa porque Filanbanco conocía su residencia (considerando tercero, foja 24 del cuaderno de segundo nivel). **3.2)** El artículo 175 del Código de Procedimiento Civil dice: “Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, **no harán fe si no se dan por orden judicial y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsa.**”/Los poderes no están sujetos a esta disposición./ Tampoco hará fe la escritura referente sin la

referida, ni la accesoria sin la principal; pero si ésta o la referida se hubiere perdido en un incendio, terremoto, robo, etc., la referente o la accesoria hará fe en los capítulos independientes de aquélla; y en los demás, sólo se considerará como un principio de prueba por escrito.” (el resaltado es de la Sala). Es decir, si la copia presentada no se encuentra en ninguno de los supuestos establecidos en el inciso tercero del artículo 175 citado, no hay excepción para considerar que puede tomarse en cuenta, sin más, como prueba de una afirmación, precisamente cuando se la obtiene para hacerla valer contra la parte contraria. **3.3)** En varios fallos, esta Sala ha señalado que la ley procesal (de derecho público y por lo tanto de observancia ineludible tanto por el Juez como por las partes) consagra en forma taxativa los medios probatorios que pueden ser admitidos en un proceso y la forma legal de introducirlos al mismo; por lo tanto, no es una materia discrecional. Y aunque el Juez tiene libertad para apreciar las pruebas de conformidad con la sana crítica, tampoco significa que pueda aceptar cualquier medio de prueba que se le presente, sino únicamente los previstos en la ley como tales y aquellos que hayan sido pedidos y actuados conforme a las normas procesales vigentes establecidas para su actuación y valoración (véanse, entre otros, el fallo No. 723-1998, Registro Oficial 103 de 7 de enero de 1999; No. 96-2000, Registro Oficial 63 de 24 de abril del 2000, o el No. 188-2000, Registro Oficial 83 de 23 de mayo del 2000). **3.4)** Un Tribunal no provoca indefensión cuando, al valorar la prueba, no considera determinados medios probatorios (como se acusa en la especie, las publicaciones por la prensa que se han “convertido” en instrumentos públicos según afirmación del recurrente), pues no se trata de la omisión de solemnidades sustanciales ni de presupuestos procesales (es decir, aquellos requisitos que deben concurrir para que el proceso, independientemente de la relación material debatida, exista jurídicamente como tal), o de una violación de trámite, como se expuso en líneas anteriores; tampoco se puede acusar de falta de motivación a un fallo por esta razón, a menos de que se justifique que la resolución adolece de arbitrariedad, ilegitimidad o absurdo, lo que no ha sido acusado expresamente ni tampoco aparece del fallo de último nivel. Finalmente, en la confusa argumentación realizada y que se detalla en el considerando anterior, respecto a una supuesta excepción no considerada, no se señala cuál fue la “excepción” considerada indebidamente por el Tribunal *ad quem*, cargo que en todo caso correspondía formularlo sobre la base de la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, que prevé este vicio de incongruencia. **4)** En definitiva, todas las acusaciones formuladas al amparo de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, deben desecharse por indebidamente sustentados. **CUARTO:** Respecto a la causal cuarta (que corresponde analizar a continuación en orden lógico), el recurrente alega que se resolvió lo que no fue materia de la controversia, como dejó el Tribunal de pronunciarse sobre los puntos de la litis. Que la “exigencia” del Tribunal de “*la incorporación de las publicaciones por la prensa*” a este juicio mediante autorización judicial, “*no fue parte de las excepciones propuestas por el demandado*”, habiéndose juzgado lo que no fue materia del litigio. Por contrapartida, el Tribunal “*no resolvió los hechos materia de la controversia, pues no valoró los medios probatorios esgrimidos por las partes para fundamentar los hechos alegados y quedaron en consecuencia sin ningún pronunciamiento por parte de la Sala*”. Sobre estos cargos se observa: Conforme se anotó en el considerando precedente, el artículo 175 del Código de Procedimiento

Civil establece cuáles son los requisitos necesarios para que una compulsión o copia de una actuación judicial sean considerados como medio probatorio válido; tal exigencia, debidamente invocada por el Tribunal de último nivel, no puede ser considerada como materia ajena a la controversia, cuando se trata precisamente de sustentar el hecho de una supuesta actuación ilícita de la entidad hoy demandada, al haber solicitado que se cite por la prensa al hoy actor. No puede confundirse esta cuestión, de derecho probatorio, con una “excepción” que no ha sido deducida, para de esta manera tratar de configurar el cargo de que el fallo adolece de un vicio de *extra petita*; de la sola transcripción de los cargos, es evidente la confusión de conceptos en la que incurre el casacionista. Y respecto a la acusación de que no se resolvió sobre los hechos materia de la controversia, se observa que es del todo aventurada: el Tribunal de último nivel dedica todo el considerando tercero de su resolución a analizar los medios de prueba aportados por las partes, para de ahí concluir que los hechos configuradores de la acción de la pretensión de indemnización de daño moral no se hallan debidamente sustentados; si no encuentra prueba que justifique los asertos de la parte actora, mal puede conceder la pretensión, pues ahí sí que incurriría en un vicio de *extra petita*, concediendo aquello que no se encuentra demostrado. Se rechazan, por lo tanto, los cargos sustentados en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. **QUINTO:** Respecto a la causal tercera, el recurrente sostiene que se inaplicaron “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, y que han conducido a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia”. Para sustentar este cargo señala: “La Sala en efecto no aplicó ninguna norma de valoración de la prueba aportada por las partes, más bien omitió esta obligación; se soslayó lo de fondo por una mera formalidad, que ni siquiera está prevista en la ley.” Alega que la entidad demandada no demostró su “excepción” de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, y que el Tribunal de última instancia no valoró en cambio la prueba aportada por él, mediante la cual se ha demostrado (especialmente mediante varias comunicaciones enviadas por o a Filanbanco, así como estados de cuenta remitidos a la residencia del actor) que la parte demandada sí conocía la residencia y domicilio del actor, teniendo a la mano muchos medios para poder determinarlo, vulnerándose de esta manera el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. Y además se otorgó indebidamente valor a la prueba actuada por el demandado, restando valor a la presentada por el actor. Al respecto se anota: **1)** Conforme aparece de la transcripción de los cargos, se pretende una nueva valoración de los medios probatorios aportados por las partes, lo que en casación es improcedente, pues no está en el ámbito de las atribuciones jurisdiccionales de la Sala juzgar los motivos de convicción que, frente a los medios probatorios, se han formado los jueces de instancia, a menos de que se justifique, como ya se dijo, que la resolución adolezca de absurdo o arbitrariedad, lo que tampoco sucede. **2)** La “negativa pura y simple” de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda no constituye, técnicamente, una excepción; como fluye sin dificultad de su sola enunciación, significa que el demandado se limita a rechazar los argumentos de la parte actora, sin formular un pronunciamiento explícito sobre las pretensiones de aquélla; por eso, al no atacar esas pretensiones, no puede considerarse como excepción, sino -más genéricamente-, como un medio de defensa. Cuando se alega, se traslada la carga de la prueba a la parte actora, conforme señala el artículo 113 inciso segundo del Código de Procedimiento

Civil. **3)** La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas relativas a la valoración de la prueba, que hayan a su vez conducido a la infracción de una norma de derecho sustantivo; por lo tanto, debe precisarse cuál es esa norma aplicable a la valoración de la prueba que ha sido vulnerada por cualquiera de esos tres caminos, e indicarse la disposición de derecho sustantivo que fue quebrantada indirectamente. Pero en la especie, el recurrente se limita a decir que las “normas aplicables a la valoración de la prueba” no fueron aplicadas por el Tribunal de última instancia, sin precisar cuáles fueron esas normas. Como se dijo en líneas anteriores, el fallo de última instancia es inatacable por existir una mera discrepancia entre el método de valoración de la prueba utilizado por los juzgadores de última instancia y el criterio que según el recurrente debió utilizarse, pues la valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, a menos de que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar una decisión absurda o arbitraria. Como racionalmente ha determinado el Tribunal de última instancia, sería absurdo concluir que de una sola copia de la foja del juicio ejecutivo seguido a su tiempo contra el hoy actor, pueda deducirse sin más que se abusó de la citación por la prensa. En definitiva, se pretende una nueva valoración de la prueba, confundiéndose la casación con una instancia más del proceso. **4)** Finalmente, el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil no es una disposición aplicable a la valoración de la prueba, por lo que el cargo sustentado en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación debe ser rechazado. **SEXTO:** En cuanto a la causal primera, el recurrente sostiene que se dejaron de aplicar los artículos 2232 “y siguientes” del Código Civil. Dice que del proceso están demostrados todos los presupuestos de su pretensión, y que la citación realizada por la prensa influyó inclusive en su gestión pública cuando fue funcionario del CONAM, en el manejo de sus cuentas bancarias, y sus obligaciones personales; que la empresa de su representación fue gravemente afectada en sus operaciones. Y que todos estos hechos están debidamente acreditados con las publicaciones por la prensa que fueron incorporadas por él al proceso. Que el demandado jamás negó la comisión del hecho, pretendiendo únicamente justificarlo, y alega que se vulneró su derecho a la honra, buena reputación, intimidad personal y familiar, previsto en el artículo 23 numeral 8 de la Constitución Política de la República. Finalmente, alega que el Tribunal *ad quem* no tomó en cuenta la jurisprudencia publicada en la “*Gaceta Judicial No. 2 serie 16, Mayo-Agosto de 1988*” (Juicio que por daño moral siguió la señora Gloria Seminario Medina en contra de Filanbanco); fallo que aunque no es de triple reiteración, debía sin embargo aplicarse “*por la coincidencia de los elementos de ambos procesos*”. Al respecto se observa: Nuevamente, el actor insiste en señalar que sus argumentos están suficientemente probados, pero pretende a todas luces una nueva valoración de la prueba por parte del Tribunal de casación. Las publicaciones por la prensa no dicen que se haya abusado, necesariamente, del derecho a realizarlas; por otra parte, de autos no consta sino una sola copia notariada del petitorio que formulara a su tiempo en el juicio ejecutivo seguido por Filanbanco contra el hoy actor (foja 42 del cuaderno de primer nivel), documento que a más de incumplir con los requisitos señalados en el citado artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, como bien lo destaca el Tribunal de

última instancia, no ayuda a determinar si realmente la parte demandada conocía o no la dirección domiciliaria del hoy actor, o si abusó del derecho a solicitar la citación por la prensa; en ese petitório se expone, textualmente, lo siguiente: "...*Vista la razón sentada por el señor Citador Judicial, Ruego a S.S. se sirva disponer que se proceda a CITAR a los demandados, señor FELIX GONZALEZ RUBIO GUTIERREZ, por los derechos que representa de la compañía AGRICOLA ARROCERA GRANOS SELECCIONADOS S. A. AGRASELCSA [sic] en su calidad de deudor y al señor FELIX GONZALEZ RUBIO GUTIERREZ, por sus propios derechos, en su calidad de avalista, por medio de publicaciones en la prensa, ya que me es imposible determinar la actual residencia de los demandados, declaración que hago bajo juramento...*". Finalmente, nada dice que la dirección constante en los estados de cuenta y en las comunicaciones habidas entre las partes (entre 1998 y 1999, fojas 50-53), haya sido la misma a la época en que se citó por la prensa la demanda planteada mediante juicio ejecutivo; de la dirección fijada en los estados de cuenta de la tarjeta de crédito emitida por Filanbanco al actor, a título personal, no hay coincidencia con la invocada como dirección de la empresa de su representación (que fue la demandada en el juicio ejecutivo); y, hasta de la copia notariada del proceso ejecutivo que se argumenta no ha sido tomada en cuenta, se dice que la citación por la prensa, vista la razón sentada por el citador, se la solicita por cuanto no ha sido posible determinar la *actual residencia* del hoy actor. Por ello, tampoco se vulnera el derecho fundamental reconocido por el artículo 23 numeral 8 de la Constitución Política de la República. **2)** La sentencia invocada (que en realidad está publicada en la Gaceta Judicial Serie XV, No. 2, pp. 397 y sucesivas), como el propio recurrente dice, no constituye un precedente de aplicación obligatoria; ni los antecedentes son los mismos ni los hechos iguales, por lo tanto no debía ser tomada en cuenta necesariamente por el Tribunal de último nivel al momento de fundamentar el rechazo de la pretensión. **3)** Finalmente, el alegar que se dejaron de aplicar los artículos 2232 "y siguientes" del Código Civil, no constituye un cargo debidamente concretado; en casación es indispensable señalar cuál es la norma que fue vulnerada y de qué manera se produjo el yerro, para otorgar al Tribunal la herramienta necesaria de análisis, que le permitirá confrontar la disposición con la interpretación y aplicación o no aplicación otorgada por el Tribunal de última instancia. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil por estar ajustada a derecho. En virtud del nombramiento de la Secretaria Relatora de esta Sala como Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actúe como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Con costas a cargo del actor, pero sin honorarios que regular en este proceso de casación. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada.

RAZON: Es fiel copia de su original.- Quito, a 17 de abril del 2008.

Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada.

N° 88-08

Dentro del juicio ordinario No. 18-2007, que por indemnización de daños y perjuicios siguen Marco Melecio Jiménez Villalta y Marianita de Jesús León Rodríguez contra el I. Municipio de Zamora, se ha dictado lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 17 de abril del 2008; las 09h51.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el Señor Presidente de la Corte de Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez; y, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el doctor Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- En lo principal, Marco Melecio Jiménez Villalta y Marianita de Jesús León Rodríguez deducen recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Zamora, en el juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, siguen los recurrentes contra el I. Municipio de Zamora. Dicho recurso fue concedido, lo que permitió que el proceso pase a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia; radicada la competencia por el sorteo de ley en esta Sala, una vez concluida la etapa de sustanciación correspondiente, para resolver considera: **PRIMERO:** Es obligación de todo juzgador verificar en primer lugar si es o no competente para resolver la causa sometida a su conocimiento, y evitar de esta forma incurrir en omisión de la solemnidad sustancial prevista en el numeral segundo del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil que dice: "Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias:... 2. Competencia del Juez o Tribunal, en el juicio que se ventila;" omisión que acarrea la nulidad

del proceso, a costa del Juez o Tribunal infractor. La razón por la cual el Tribunal de Casación siempre ha de entrar a este análisis de la validez procesal, se halla en que la omisión de las solemnidades comunes a todos los juicios e instancias o a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, ocasiona que jurídicamente no exista proceso, sino una apariencia de tal; por ello, al ser tan necesaria su presencia, su omisión implica un vicio de tal trascendencia que, aunque no se los haya acusado expresamente, todo juzgador está en la obligación de declararlos de oficio, conforme manda el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil. **SEGUNDO:** En la especie, se trata de una demanda propuesta contra el I. Municipio de Zamora, para que se indemnice a los actores por el derrocamiento del lindero sur del muro que construyeron para delimitar su propiedad. El artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada señala: "Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa." Esta norma ha sufrido desde su redacción original múltiples modificaciones, que es preciso detallarlas para determinar si, en la especie, los jueces y tribunales civiles que han conocido de esta causa tenían o no competencia para hacerlo. **TERCERO:** Entre los años 1993 y 2000, numerosas reformas legislativas crearon, como dijo la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en su Resolución 229-2002 (publicada en el Registro Oficial 43 de 19 de marzo del 2003), "[...] un fatigoso y lamentable deambular entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, creando un negativo cuadro de inseguridad jurídica que a más de afectar a la buena imagen del país, constituyó un desconocimiento del principio que actualmente consagra y garantiza la Constitución Política de la República, como uno de los derechos fundamentales de la persona, en su artículo 23 numeral 26..." El artículo 38 de la Ley de Modernización, en su redacción original, señalaba: "Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público. El administrado afectado por tales actividades, presentará su denuncia o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra el Estado y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado". Con los conflictos que generó esta norma en

su aplicación -pues hasta la fecha en que se expidió la Ley de Modernización, 31 de diciembre de 1993, en el Registro Oficial 349, tradicionalmente los jueces civiles conocían de estas causas-, la Corte Suprema de Justicia dictó una resolución obligatoria (publicada en el Registro Oficial 209 de 5 de diciembre de 1997), en la que dictó las siguientes normas interpretativas: "*Art. 1.- Toda causa civil o administrativa por controversias derivadas de actos, contratos y hechos administrativos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado u otros organismos o entidades del sector público debe ser conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo respectivo, a partir del 31 de diciembre de 1993 y los recursos que en ella se interpusieren para ante la Corte Suprema de Justicia, por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Art. 2.- Los procesos iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley de Modernización del Estado que actualmente se encuentra en trámite ante los jueces de lo civil y cortes superiores, se remitirán a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo respectivos, para que continúen la sustanciación de la causa y dicten las resoluciones correspondientes...*". Sin embargo, el panorama se complica con la expedición de la Ley 77 (Registro Oficial 290 de 3 de abril de 1998), reformatoria de la Ley de Modernización del Estado, que estableció un nuevo régimen: "*Artículo 1.- Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado u otros organismos o entidades del sector público, serán conocidas y resueltas por los juzgados y cortes superiores y los recursos que en ellas se interpusieren, para ante la Corte Suprema de Justicia por las salas especializadas en las respectivas ramas.- Estos procesos que actualmente se encuentren en trámite ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se remitirán a la de los jueces y cortes superiores respectivas para que continúen la sustanciación de la causa y dicten las resoluciones correspondientes. Artículo 2.- Las causas civiles que en razón de la Resolución en Pleno de la Corte Suprema de Justicia hayan pasado a conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo volverán a sus jurisdicciones originales para su continuación y resolución". La natural duda que generó esta reforma llevó a la Corte Suprema de Justicia a dictar una nueva resolución obligatoria, (publicada en el Registro Oficial 120 de 1 de febrero de 1999), en la que se dijo: "*La Corte Suprema de Justicia considerando que se han expedido algunas normas legales acerca de la competencia y procedimiento que ha de observarse en los casos de controversias surgidas por contratos suscritos por el Estado y otras entidades y organismos del sector público, sin guardar entre unas y otras la debida unidad y correspondencia, como se aprecia de la consulta formulada a este Tribunal por la Corte Superior de Quito; que se han producido dudas sobre el sentido y alcance de la Ley No. 77, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 290 de 3 de abril de 1998, concerniente al asunto antedicho, particularmente acerca de los procesos que se encuentran en trámite en diferentes tribunales y juzgados... Resuelve: ...PRIMERA.- Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado y otras entidades y organismos del sector público serán conocidas y resueltas: En primera instancia, por los jueces de lo civil y en segunda instancia, por las cortes superiores. Los recursos de casación serán conocidos y resueltos por las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Para el efecto se deberá aplicar el siguiente procedimiento: En primera instancia, el**

previsto en el artículo 114 de la Ley de Contratación Pública, y en segunda instancia, el previsto en el artículo 115 de la misma ley, y, en forma supletoria, las normas del Código de Procedimiento Civil y de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Si se tratare de controversias derivadas de contratos no contemplados en la Ley de Contratación Pública, se seguirá el procedimiento señalado en las leyes pertinentes, de acuerdo con la naturaleza de cada contrato. Las causas de trabajo y de inquilinato se regirán por las leyes especiales sobre cada una de tales materias. El recurso de casación se regirá por la Ley de Casación. En forma transitoria se observarán las modalidades contenidas en las reglas siguientes: SEGUNDA.- Las causas que, actualmente, se hallan en trámite en la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, cortes superiores y tribunales distritales, esto es en las que no se ha pronunciado aún sentencia o auto definitivo, se remitirán a los jueces de lo civil correspondientes, directamente o previo el respectivo sorteo, según el caso. El juez de lo civil, una vez que avoque conocimiento de una causa, continuará el trámite inherente hasta su terminación en primera instancia. De la sentencia o auto definitivo habrá recurso de apelación o de consulta, según la ley, ante la corte superior respectiva. TERCERA.- De las sentencias o autos definitivos dictados por las cortes superiores y tribunales distritales habrá recurso de casación ante las salas especializadas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Este recurso se sujetará a lo dispuesto por la Ley de Casación... SEXTA.- El cambio de competencia en razón del grado o de trámite a que se refieren las reglas precedentes no será causa para declaratoria de nulidad de los procesos; por consiguiente, el nuevo Juez o Tribunal que avoque conocimiento de los mismos continuará el trámite que corresponde...". El artículo 38 de la Ley de Modernización sufre una nueva reforma por el artículo 16 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana (Decreto Ley 2000-1, Suplemento al Registro Oficial 144 de 18 de agosto del 2000) en este sentido: "Los tribunales de lo Contencioso Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las Instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la Ley. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las instituciones del Estado el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado, siempre y cuando lo ejerciera dentro del término de noventa días"; esta ley incorporó además a la de Modernización una disposición transitoria: "Artículo 29.- Agréguese las siguientes disposiciones transitorias a la Ley de Modernización del Estado: «...Los procesos para la solución de controversias iniciados con anterioridad a la vigencia de esta ley, que actualmente se encuentren en trámite ante los jueces de lo civil y cortes superiores, continuarán sustanciándose hasta su terminación y ejecución en esos mismos órganos judiciales. Los recursos de casación interpuestos serán resueltos por las mismas Salas que los conocen a la vigencia de esta ley.»" El artículo 38 de la Ley de Modernización fue nuevamente sustituido por el artículo 1 de la ley 2001-56 (Registro Oficial 483 de 28 de diciembre del 2001), cuyo texto señala: "Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos

administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa." La disposición transitoria primera de la Ley 2001-56, manda que las causas que se hubieran propuesto ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y fiscal, a partir de la vigencia de la ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (Registro Oficial 144-S de 18 de agosto del 2000), cuyo estado sea posterior a la apertura de la prueba, deberán continuar tramitándose en dichos tribunales; en caso contrario, los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y fiscal de las jurisdicciones del domicilio del administrado serán competentes para conocer de estas causas. CUARTO: En la especie, la demanda fue presentada el 1 de octubre del 2004 (razón a foja 47 vta. del cuaderno de primer nivel), admitida a trámite el 4 de octubre del 2004 (auto a foja 49) y se perfeccionó la citación con la demanda el 14 de octubre del 2004 (razón de la última citación a foja 63), es decir, con posterioridad al 28 de diciembre del 2001, por lo que a esa época, ya estaba vigente el texto del artículo 38 de la Ley de Modernización, modificado por el artículo 1 de la Ley 2001-56, y en consecuencia la demanda debía ser conocida por el correspondiente Tribunal de lo contencioso administrativo, al tratarse de una demanda derivada de un hecho administrativo producido por instituciones del Estado, como en la especie es el I. Municipio de Zamora, entidad que, como se había señalado, derrocó el muro del lindero sur de propiedad de los actores, motivo principal de la pretensión de indemnización de los daños y perjuicios que se habrían ocasionado. En definitiva, los jueces y tribunales civiles carecían en absoluto de competencia para conocer de esta causa, solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias que no puede ser convalidada, y que provoca la nulidad de todo lo actuado a partir de la presentación de la demanda. Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LEY, casa la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Zamora y declara nulo el proceso a partir de la presentación de la demanda, a costa del señor Juez Primero de lo Civil de Zamora, como de los doctores Floresmilo Maldonado Montaño, Manuel José Aguirre A. y Carlos Córdova Ordóñez, Ministros Jueces y Conjuez Permanente, respectivamente, de la Corte Superior de Justicia de Zamora, órganos judiciales que ocasionaron la nulidad, conforme los artículos 356 y 357 del Código de Procedimiento Civil.- En virtud del nombramiento de la Secretaria Relatora de esta Sala como Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actúe como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada.

RAZON: Es fiel copia de su original.- Quito, a 17 de abril del 2008.

Certifico.-f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada.

N° 98-08

Dentro del juicio ordinario No. 59-2007 que por reivindicación sigue Luis Mario y Raúl Marcelo Bermúdez Molina en contra de María Rosa Yuquipa Aguayza, Teresa de Jesús Pichisaca Yuquita y María Dolores Pichasaca Yuquipa y Luis Manuel Morocho Sanango, se ha dictado lo que sigue:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, 24 de abril del 2008; las 15h15.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez; en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el doctor Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho en todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa. María Rosa Yuquipa Aguayza, Teresa de Jesús Pichisaca y María Dolores Pichasaca Yuquipa interponen recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Azogues, dentro del juicio ordinario de reivindicación seguido en su contra, y de Luis Manuel Morocho Sanango, por Luis Mario y Raúl Marcelo Bermúdez Molina, el mismo que al ser concedido permite que suba el proceso a la Corte Suprema de Justicia, habiéndose radicado la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil

mediante el sorteo de ley, y la que lo admite al trámite mediante providencia del 22 de marzo del 2007, a las 09h50; agotado el trámite de sustanciación, el estado es el de resolver el recurso interpuesto, y para ello, se considera: **PRIMERO:** Las recurrentes, en su escrito de interposición y fundamentación que obra de 78 a 81 y vuelta del cuaderno de segundo nivel, afirman que en el fallo impugnado se han dejado de aplicar las normas contenidas en los artículos 933, 935, 937 y 939 del Código Civil y aplicación indebida del Art. 1291 del mismo Código a la vez que señalan como causal la primera del Art. 3° de la Ley de Casación.- Estos serán los límites dentro de los cuales se desenvolverá la actividad de este Tribunal de Casación. **SEGUNDO:** Las recurrentes afirman que en la sentencia recurrida no se han aplicado los artículos 933, 935, 937 y 939 y se ha aplicado indebidamente el artículo 1291 del Código Civil, y lo fundamenta en la causal primera del artículo 3° de la Ley de Casación que dice: “El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: 1ª.- Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva”. Para resolver sobre el cargo en referencia la Sala hace las siguientes consideraciones: a) Que “las pretensiones formuladas en la demanda y las excepciones invocadas en la contestación de la demanda establecen la esfera dentro de la cual se traba la litis en primera instancia. Comúnmente los puntos sobre los que se traba la litis quedan fijados en la demanda, y cuando se interpone recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, la situación sobre los puntos sobre los que se trabó la litis no se modifican en segunda instancia. El Tribunal para ante quien se interpuso el recurso, con sujeción al artículo 334 del Código de Procedimiento Civil, confirma, revoca o reforma la resolución apelada, según el mérito del proceso y aún cuando el Juez inferior hubiese omitido en su resolución decidir alguno o algunos de los puntos controvertidos. Pero en el juicio ordinario tal situación cambia sustancialmente, por que el que interpone el recurso de apelación debe formalizar, con arreglo al artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, los puntos a los que se contrae el recurso. La formalización del recurso configura el ámbito de la litis de segunda instancia. En otras palabras, unos son los puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia y otros son los puntos sobre los que se trabó la litis en segunda instancia. Por cierto, en la formalización de la apelación no puede introducirse nuevos puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia; estos pueden reducirse, pero en ningún supuesto ampliarse con otros. En ésta virtud, a los puntos que se trabó la litis en segunda instancia tiene que circunscribirse la sentencia del Tribunal de alzada. Por estas razones, en el juicio ordinario, las tres formas de incongruencia en la sentencia pueden darse no ya sobre los puntos que se trabó la litis en primera instancia, sino sobre los puntos en los que quedó trabada la litis en segunda instancia, tomando como punto de referencia la formalización del recurrente y la adhesión del recurso que pudiese haber hecho la contraparte”, según la resolución No. 178-2004 tomada por esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil dentro del juicio reivindicatorio No. 217-2003 propuesto por Natalie Ivett de Pérez contra Gerardo Mena García y Cecilia Carrera de Mena, publicada en la G. J. No. 15, Serie XVII pp. 4952.- b) Que en la especie, los doctores Luis Mario Bermúdez Molina y Raúl Marcelo Bermúdez Molina en la demanda expresan, entre otras cosas que son hijos de Zoila Luz Angélica Molina Ormazza, que su madre

“falleció en la ciudad de Cuenca el veinte y uno de octubre de mil novecientos noventa y nueve” dejándoles como únicos y herederos universales de todos sus bienes y entre estos un cuerpo de terreno conocido con el nombre de Quilloac llamado también Pucunchi Quilloac, perteneciente a la parroquia central de Cañar, cantón del mismo nombre, comprendido dentro de los siguientes linderos: “Por la cabecera con toma de agua para el regadío de la hacienda Guantug, hoy también con un carretero público; por el pie con una quebrada honda de agua; por el un lado, con propiedades antes de Carlos y Abelardo Andrade Ormaza, hoy de Nicolás Mayancela y Manuel Pichizaca, mojones y árboles en la raíz antes descrita al medio en parte, y en lo demás con un camino público; y, por el otro costado, con terrenos de Querubín y José Julio Serpa en parte, hoy de sus poseedores; en lo demás con el predio antes de Gustavo Vásquez, hoy de Julián Pichizaca una peña al medio y de los herederos de Esteban Pichizaca y Manuel Mayancela, y pasando este lindero continúa con terrenos de los mismos herederos de Esteban Pichizaca, cabuyos en todos los linderos del predio antes indicado al medio, en parte en lo demás con las de Manuel Pichizaca árboles y mojones, así como una peña al medio y de los herederos de Esteban Pichizaca y Manuel Mayancela, hoy de Manuel Pichizaca en la cabida de dos hectáreas más o menos; habida cuenta que por el predio que nos pertenece, por la cabecera de las propiedades de los herederos de Querubín Serpa, hoy de sus poseedores, existe una carretera que conduce a Ganzhi”; que el inmueble se encuentra en posesión de María Rosa Yuquita Aguayza, Teresa de Jesús y María Dolores Pichizaca Yuquipa, por lo que les demandan la reivindicación del inmueble referido y que se ordene en sentencia que las demandadas les restituyan la posesión, y se les condene al pago de los daños y perjuicios, de las costas procesales y honorarios de su abogado. Aceptada la demanda al trámite del juicio ordinario, los actores la reformaron expresando que los demandados son María Rosa Yuquipa Aguayza, Teresa de Jesús y María Dolores Pichizaca (o Pichazaca) Yuquita y Luis Manuel Morocho Sanango; c) Citada la demanda comparecieron a juicio las demandadas contestándola y proponiendo las excepciones que obran en el escrito de f. 27 y vuelta; y no compareció Luis Manuel Morocho Sanando, por lo que se considera su falta de contestación como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Así quedó trabada la litis; y tramitado el proceso, el juez de la causa, dictó sentencia declarando con lugar la demanda, sentencia de la que interpusieron recurso de apelación las demandadas. Subido el proceso a la Sala de lo Civil de Corte Superior de Justicia de Azogues, las apelantes dentro del respectivo término, formalizaron el recurso y determinaron, en escrito de f. 4 a 8 del cuaderno de segunda instancia, explícitamente los puntos a que se refiere la apelación, y que no son otros, que los hechos expuestos en la demanda y a la contestación de ésta.- Consecuentemente, la litis de segunda instancia quedó limitada a lo concerniente a la demanda de reivindicación de dominio. **TERCERO:** Las recurrentes, al contestar la demanda alegaron la excepción perentoria de prescripción de la acción, por lo que corresponde examinarla de manera prioritaria, ya que de ser procedente resultaría inoficioso el conocimiento de las demás propuestas. Devis Echandía en su compendio de Derecho Procesal - Teoría General del Proceso, t. I, pp. 464 y ss, dice al respecto: “En la sentencia debe estudiarse primero si las pretensiones incoadas en la demanda tienen o no respaldo en los hechos probados y en la ley sustancial que los regula, y solamente cuando el resultado sea afirmativo se debe proceder al estudio de las

excepciones propuestas contra aquellas por el demandado; pues si aquellas deben ser rechazadas aún sin considerar las excepciones, resultaría inoficioso examinar estas. Todas las pretensiones principales deben ser resueltas en la parte dispositiva de la sentencia, a menos que ésta deba ser inhibitoria, y, si no prosperan, deben resolverse sobre las subsidiarias. En cambio, cuando se han alegado o probado varias excepciones perentorias, no es necesario que el Juez las estudie todas, ni que se pronuncie sobre ellas, pues le basta hacerlo respecto de aquella que debe prosperar, si desvirtúa todas las peticiones de la demanda. Si la sentencia es inhibitoria, por que se admite una excepción dilatoria, no puede el juzgador de instancia pronunciarse sobre las pretensiones del actor porque estaría anticipando criterio, y, si admite una excepción perentoria que desvirtúa todas las peticiones de la demanda tampoco es necesario que se pronuncie sobre las pretensiones ni sobre las restantes excepciones en aplicación del principio de la economía procesal.” (Fallo de Casación.- R. O. No. 45-13-X-98). Por consecuencia, se procede a examinar la excepción y para ello se hacen las siguientes consideraciones legales: a) El artículo 933 del Código Civil nos enseña que la “reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”. Siendo como es la acción reivindicatoria el medio idóneo más eficaz que tiene el propietario para defender su derecho de propiedad y como consecuencia de ello recuperarla de tercer poseedor es imprescriptible puesto que carece de plazo para su ejercicio; se trata del ejercicio de un derecho real sobre bienes garantizados por la Constitución de la República que no está sujeto a restricciones legales por ser derivados de la propia naturaleza humana y que le son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material, al tenor de lo establecido en el artículo 19 de la Carta Magna.- b) La doctrina concuerda plenamente en la imprescriptibilidad de la acción de dominio.- Guillermo Cabanellas de Torres, en la página 91 del Tomo 1º del “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” dice al respecto: “Acción imprescriptible.- La que carece de plazo para su ejercicio. Por lo general son perpetuas las relativas al estado civil y a la condición de las personas; como las de nulidad del matrimonio, reconocimiento de hijos legítimos y naturales. Dentro de las acciones reales, no prescribe entre herederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o deslinde de propiedades contiguas.- Por su parte, en la Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXII, se expresa lo siguiente: “...La imprescriptibilidad surge más clara en el caso del derecho de dominio que se caracteriza como perpetuo, y subsiste con independencia del ejercicio que se pueda hacer de él.- Sólo la Institución de la usucapción en sede del poseedor de la cosa podría perturbar al derecho de propiedad. El anterior titular carecería de las acciones reales, no porque ellas hubieren prescrito, sino por que el poseedor advendría propietario.- ¿Subsistiría, sin embargo, una obligación natural a favor del anterior propietario a cargo del usucapiente? Entendemos que no, con base en similares fundamentaciones a las que empleamos con relación “al no uso” en los párrafos finales del punto IX; cabe agregar que tampoco puede hablarse de un deber de conciencia hacia quien durante 10, 20 o 30 años abandonó su derecho. El extinguido, es el derecho”. c) Concuerda con el criterio de esta Sala el fallo dictado por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, y publicado en el R. O. No. 1005 del martes 7 de agosto de

1996, en cuya consideración CUARTA se expresa lo siguiente: “En principio y generalmente todos los derechos y acciones son susceptibles de extinguirse por el modo de la prescripción.- Sin embargo, no pueden prescribirse las acciones de partición, mientras dure la indivisión; las de deslinde; las de ciertas servidumbres y todas las que las leyes excluyan. La acción reivindicatoria no prescribe por el abandono de la cosa, la que siempre podrá ser recuperada por el dueño en virtud del derecho de persecución de que se haya investido el dominio, sino cuando el poseedor la haya adquirido por prescripción”. d) En la especie, las recurrentes, al momento de contestar la demanda no alegaron la prescripción adquisitiva de dominio sobre el bien materia de la demanda que declaraba la extinción del derecho de propiedad de los actores. Por consecuencia, no procede el cargo. **CUARTO:** Como se ha dicho, en el recurso de casación interpuesto por las recurrentes se acusa que en la sentencia no se han aplicado los artículos 933, 935, 937 y 939 del Código Civil, y fundamenta su impugnación en causa 1ª del Art. 3º de la Ley de Casación, que dice: “El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: ...1ª.- Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los preceptos jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva”. El 933 del Código Civil, al que ya se hizo referencia, expresa: “La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”. Según el texto de la norma, la acción de dominio esta constituida de los siguientes elementos para su procedencia: 1º Que se trate de una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular; 2º Que el accionante sea el titular del derecho de dominio de la cosa materia de la demanda reivindicatoria; 3º Que el demandado sea poseedor del bien que se pretende reivindicar. En el ejercicio de la acción reivindicatoria se enfrentan dos partes: la una, que alega ser titular del derecho de dominio de una cosa singular o de una cuota determinada pro indiviso de cuya posesión se encuentra privado, y la otra, que posee la cosa, por lo que corresponde al actor la carga de la prueba, no solo por lo señalado en los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, sino por lo preceptuado en el inciso 2º del Art. 715 del Código Civil que expresa: “El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo”. De ahí se deduce que si el actor no lograra producir prueba alguna sobre los tres hechos indicados, la demanda debe ser desechada.- Por consiguiente, corresponde analizar si la parte accionante ha justificado, dentro del proceso, la existencia de los tres elementos que integran la acción reivindicatoria. y al efecto, se considera: a) Prueba sobre la identidad de la cosa cuya reivindicación se demanda. Es indiscutible, que uno de los requisitos esenciales para la procedencia de la acción de dominio es la singularización del bien cuya reivindicación se pretende, y si se trata de inmueble debe fijarse de manera precisa, la situación, cabida, linderos, tanto del que es de propiedad del demandante como del que tiene en posesión el demandado, para establecer la identidad entre uno y otro. Al respecto, los tratadistas Arturo Alessandri y Manuel Somarriva en el Tomo II, Pág. 881, de su Libro “Los Bienes y Derechos Reales” nos enseñan: “La cosa que se reivindica debe determinarse e identificarse de tal forma que no quede duda alguna que la cosa cuya restitución se reclama es la misma que el reivindicado posee. Respecto de los inmuebles, es necesario fijar de manera precisa la situación, cabida, linderos de los predios. Tratándose de la

reivindicación de cuota, ella debe igualmente determinarse; no puede acogerse una acción reivindicatoria que se funda en una inscripción que no señala la cuota determinada pro indiviso que el demandante pretende reivindicar”. La jurisprudencia nacional es basta sobre el particular. Al efecto, el Tribunal estima prudente hacer mención a las siguientes sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, publicadas en el Tomo III del “Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Pág. 54-55 del Dr. Galo Espinosa M. a) “El Art. 953 del Código Civil dispone que la que la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.- De ahí que la acción de dominio tiene que contener individualizada y distinguida la cosa materia de ella; a tal extremo que el demandado en el ejercicio de su derecho a la defensa conozca a ciencia cierta la extensión o singularidad de la pretensión contraria, y el juez pueda, en vista de las pruebas presentadas, ordenar la restitución de la cosa determinada... No existe, pues, en la demanda el requisito exigido por la ley y por la naturaleza misma de la acción, la singularizada del suelo que se trata de reivindicar... ya que se omite enmarcar o señalar distintamente el suelo materia de la controversia con linderos o señales, como requiere la ley o lo exige, como se ha dicho la naturaleza misma de la acción; y es tan determinante que ni siquiera contiene la extensión o cabida del terreno cuya reivindicación se pide, o el punto hasta donde va la ocupación, mejor dicho, la posesión realizada por el demandado...”; b) “No habiendo señalado en los títulos de dominio de las partes la línea de separación entre los predios de la actora y de los demandados, ni habiendo sido posible fijar dicha línea con las pruebas que constan de autos y que se han descrito anteriormente, resulta que no se ha podido singularizar el predio que es materia de la reivindicación ...”. Las Salas de Casación Civil de la Corte Suprema mantienen, en sus diversos fallos, igual doctrina jurisprudencial...”. En cambio, no se ha llegado a individualizar o singularizar el predio, por cuya razón se ha rechazado la demanda en efecto, mientras en la escritura que acompaña el actor el inmueble materia de la reivindicación consta como lindero oriental: “terreno de los vendedores” y en la demanda se repite la ubicación, al contestar la demanda se alega que “los linderos están equivocados y erróneos”. En la inspección que practica el Juez de primera instancia... hace constar como lindero oriental “predio de herederos de E. D”.- R. O. 336- 10-VI-98. Con los antecedentes expuestos, procede examinar si dentro del proceso se encuentran cumplido los requisitos exigidos por la ley para la procedencia de la acción de dominio y para ello se hacen las siguientes consideraciones: a) Propiedad del predio. Con la demanda la parte actora acompañó la fotocopia de la escritura de compraventa otorgada ante el Notario Primero del Cañar el veintiuno de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Cañar el 25 de julio de 1959, mediante la cual Rosa Elina Ormaza Narváez da en venta a Zoila Angélica Molina Ormaza, entre otros, el bien inmueble descrito en la demanda; por un lado, y por otra, con las fotocopias auténticas de las partidas de defunción de una y de nacimiento de fs. dos y tres han probado el fallecimiento de Zoila Angélica Molina Ormaza y que ellos, los actores, son hijos de aquella, y consecuentemente sus herederos universales. En el proceso no se ha establecido la existencia de algún otro heredero de dicha causante. En consecuencia, los actores son propietarios pro- indiviso del predio, y han comparecido

por sus derechos, personalmente, sin intervención de tercera persona o apoderado, como también lo hacen las demandadas por lo que no procede la excepción de ilegitimidad de personería alegada por estas al contestar la demanda. b) Que haya identidad del predio puesto que la descripción de este en la demanda, coincide con la que obra de la escritura pública indicada y con la diligencia de inspección realizada por el Juez de instancia y que obra de fs. 299 y 300 del proceso. Por lo expuesto esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia recurrida. Entréguese a la parte actora el monto de la caución. Actúe la doctora Lucía Toledo Puebla en calidad de Secretaria Relatora encargada de esta Sala por hallarse vacante el cargo de Secretario titular. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente.

Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla Secretaria Relatora encargada.

RAZON: Es fiel copia de su original.- Certifico.- Quito, 25 de abril del 2008.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada.

N° 99-08

Dentro del juicio ordinario por excepciones al juicio ejecutivo No. 157-2006, propuesto por Blanca Luz Bermeo Saca contra Grecia Selmira Amón Hurtado de Echeverría, hay lo que sigue:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito a, 28 de abril del 2008; las 11h15.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el Señor Presidente de la Corte de Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez; en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el doctor Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del

principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- El escrito que antecede agréguese al proceso.- En lo principal, el DR. KLEVER GUIDO FERREÑO ROCANO, en calidad de procurador judicial de BLANCA LUZ BERMEO SACA deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, dentro del juicio ordinario de excepciones al juicio ejecutivo, propuesto por la recurrente en contra de GRECIA SELMIRA AMON HURTADO DE ECHEVARRIA. Concedido por el Tribunal ad quem el recurso de casación interpuesto, este es elevado a la Corte Suprema de Justicia, radicándose su competencia por el sorteo de ley, en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que analizadas los requisitos sustanciales y formales necesarios para su admisibilidad, lo acepta a trámite. Concluido el procedimiento dispuesto por la Ley de Casación vigente, atento al estado de la causa, para resolver se considera: **PRIMERO:** La recurrente, por intermedio de su procurador judicial, al interponer su recurso de casación, acusa a la sentencia dictada de incurrir en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, respecto de la cual, determina el cargo de "Falta de aplicación de las normas de Derecho incluyendo la falta de consideración de la disposición indicada del Código de Procedimiento Civil - artículo 448 - por no acatar resoluciones emitidas por la honorable Corte Suprema de Justicia, que son precedentes jurisprudenciales, como lo son los fallos de triple reiteración, según consta en la gaceta judicial serie XVII, No. 5 páginas 1221 a 1222 año CII-I-IV 2001, en las cuales se niega la posibilidad de presentar la acción de nulidad en sentencia ejecutoriada en los juicios ejecutivos, ya que en los procesos ejecutivos, la sentencia puede ser impugnada en la forma determinada en el artículo 458 (hoy 448) del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo a la resolución publicada en la gaceta judicial 8 serie 10, página 2835, registro oficial 319 del primero de mayo de 1998." **SEGUNDO:** El ámbito de competencia del Tribunal de Casación, está dado por la determinación clara, completa y exacta de los vicios y cargos acusados por el recurrente al momento de interponer y fundamentar su recurso de casación, razón por la cual la actividad de este Tribunal se ha condicionado de antemano por la expresión de voluntad efectuada por la recurrente al impugnar en casación la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca en la forma descrita en el considerando anterior. **TERCERO:** A propósito de la acción conocida por el Tribunal ad quem y la impugnación efectuada por la recurrente, es necesario precisar lo que esta Sala ha determinado respecto de la acción de nulidad de sentencia, y para ello es pertinente citar los siguientes precedentes jurisprudenciales que además, al tenor del artículo 19 de la Codificación de la Ley de Casación, constituyen jurisprudencia obligatoria y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes: **1.** "... la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada no procede en los juicios ejecutivos. En estos juicios se pronuncia sentencia de condena que si bien da término al proceso no pone fin al litigio ni surte efectos irrevocables, porque el deudor vencido puede intentar la vía ordinaria, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil..." [Resolución número 250 dictada el 23 de marzo de 1998, publicada en el Registro Oficial número 319 de 18 de mayo de 1998 y en la Gaceta Judicial serie XVII, número 5, págs. 1221 y 1222]; **2.** "... En nuestra legislación procesal

no se le da autoridad de cosa juzgada material a la sentencia dictada en juicio ejecutivo, puesto que el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil faculta al deudor vencido para proponer contra el ejecutante juicio ordinario, para que dentro de éste se discuta, con ciertas limitaciones, el asunto debatido en el juicio ejecutivo. Por lo dicho, dada la naturaleza del juicio ejecutivo no procede la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada dictada en este juicio; cualquier alegación de nulidad debe hacerse dentro del juicio ordinario previsto en el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto el doctor Emilio Velasco Céleri, dice: <La acción que se concede al ejecutado para que vuelva a discutirse en juicio ordinario, la obligación sobre la que versó el juicio ejecutivo es distinta a la encaminada a obtener la nulidad de la sentencia; porque la nulidad de una sentencia que se propusiere como acción, no comprende a los fallos del juicio ejecutivo, en vista de que con la acción que concede el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil actual, se considera que se protege el derecho del ejecutado, para que se vuelva a discutir, sobre las excepciones que no hubieren sido materia de la sentencia, entre las que bien pueden estar una de las alternativas del Art. 303 del Código de Procedimiento Civil actual indica cuando la sentencia ejecutoriada es nula> (Sistema de Práctica Procesal Civil, Tomo 3, Pág. 583, Editorial Pudeleco - Quito - Ecuador 1994)...” [Resolución número 146 dictada el 27 de marzo del 2000, publicada en el Registro Oficial número 65 de 26 de abril del 2000 y en la Gaceta Judicial serie XVII, número 5, págs. 1222 y 1223]; y, 3. “...no procede la nulidad de sentencia ejecutoriada dictada en juicio ejecutivo, y cualquier impugnación a tal sentencia debe hacerse en juicio separado con arreglo al Art. 458 del Código de Procedimiento Civil...” [Resolución número 36 dictada el 31 de enero del 2001, publicada en el Registro Oficial número 289 de 21 de marzo del 2001 y en la Gaceta Judicial serie XVII, número 5, págs. 1223 y 1224]. De lo expuesto se tiene que la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada excluye a las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos, por existir para aquellas una acción particular y específica que dada la naturaleza de dichos juicios de ejecución, permite el análisis de las cuestiones no debatidas ni confrontadas en aquel, y que es la señalada en el artículo 448 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil (458 de la anterior codificación). Sin embargo la ley no es clara en relación con el objeto del juicio ordinario y de la pretensión que debe ser objeto de la acción establecida por el artículo 448 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, por lo que es preciso determinar su naturaleza y objeto a fin de subsumir los hechos alegados en la norma citada. **CUARTO:** El artículo 448 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil (458 de la anterior codificación) textualmente señala: “**Art. 448.-** El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y a satisfacción del juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. En este caso, no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo.- En subsidio de la fianza, puede el acreedor pedir que, mientras se tramita el juicio ordinario, el dinero se deposite, de acuerdo con la ley.- Si el deudor no intentare la vía ordinaria dentro de treinta días, contados desde que se verificó el pago, o la suspendiere por el mismo término, quedará prescrita la acción y se mandará cancelar la fianza.”.- Aplicando las reglas de interpretación de la ley, dadas por el artículo 18 de la Codificación del Código Civil en especial la regla 4ª. que dice: “*El contexto de la ley*

servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”; tema respecto del cual el doctor Luis Felipe Borja manifiesta: “*Entendemos por contexto de la ley el sentido de ella en su conjunto. Todas las leyes han de consultarse para deducir su sentido, porque todas ellas conspiran a un mismo fin, así como todos los miembros de un animal le dan vida, movimiento, actividad. Ya observamos que si bien un artículo aislado puede ser tan claro que no presenta dificultad alguna, comparado con otro u otros hay entre ellos a veces discordancia y aún pugna”;* se tiene que: 1) Dentro de la etapa de ejecución de una sentencia dictada en un proceso ejecutivo, el deudor una vez que ha pagado, puede solicitar al Juez que conoce de dicho juicio, que no se pague al acreedor su acreencia, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. Es decir que antes de iniciar la acción ordinaria, debe poner a disposición del Juez, el dinero objeto de la acreencia ordenada cancelar en la sentencia del juicio ejecutivo y en el mandamiento de ejecución y liquidada en la etapa de ejecución; 2) En este evento, el Juez ordenará que el acreedor, no sea pagado sino cuando rinda fianza, de conformidad con la ley y a satisfacción del Juez, por los resultados del juicio ordinario propuesto por el deudor, o en su defecto pedir que se deposite el dinero conforme a la ley, mientras se tramita el juicio ordinario; 3) En el juicio ordinario no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo; y, 4) El deudor tiene 30 días para presentar la demanda, lo que acorde con los artículos 33 a 35 de la Codificación del Código Civil, se entenderá como plazo, siendo la consecuencia jurídica por la falta de la actividad procesal del deudor dentro del plazo señalado, la prescripción de la acción y la cancelación de la fianza. Ahora bien de lo expuesto, que es una síntesis e interpretación literal de la norma citada, no se aprecia con claridad cual es el objeto de este juicio ordinario y de la pretensión que debe ser el centro de la acción en estudio, pero, por lo expresado en el numeral 3) antes manifestado, se debe entender que por implicación lógica, el objeto del juicio ordinario a que hace referencia el artículo 448 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, es la discusión de las excepciones a la demanda presentada dentro del juicio ejecutivo que no fueron discutidas en aquel; de esta forma hablar de un juicio de excepciones al juicio ejecutivo no resulta descabellado o contradictorio, pues precisamente lo que se discutirá en el juicio ordinario son las excepciones no analizadas en el juicio ejecutivo. Empero, es necesario además establecer cual debe ser el objeto de la pretensión expuesta en la acción que dé lugar al juicio ordinario que ha suspendido la ejecución del juicio ejecutivo; para ello reiterando el criterio de que es impropio el pretender se declare la nulidad de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, acorde con la jurisprudencia obligatoria citada, por la particular naturaleza de un proceso de ejecución; y, teniendo en cuenta que el objeto de las excepciones como tal, es suspender o retardar la resolución de fondo o extinguir en todo o en parte la pretensión a que hace referencia la demanda, según sean excepciones dilatorias o perentorias, respectivamente (artículo 99, Codificación del Código de Procedimiento Civil), lo que además sustenta el criterio de que la pretensión del señalado juicio ordinario, no debe estar encaminada a la nulidad de la sentencia, pues la nulidad se ha reservado por la ley para vicios de

procedimiento que afecten en forma específica y trascendente al proceso, mientras que al tratarse de excepciones perentorias, su consecuencia jurídica en modo alguno se identifica con la nulidad procesal. Por lo expuesto, este Tribunal estima que la pretensión en esta clase de juicios, se encamina a que se declare la procedencia de las excepciones puestas bajo conocimiento del Juez y no discutidas en el juicio ejecutivo, lo que acarreará la cesación de los efectos jurídicos de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo por revocación declarada judicialmente, revocabilidad que se presenta por “los defectos del acto que lo hacen injusto o equivocado a pesar de su validez y eficacia, pero puede operar en razón de aquellos vicios si se interpone en tiempo el recurso pertinente - la revocación por tanto tiende - a excluir la eficacia de un acto válido” (TEORIA GENERAL DEL PROCESO, Devis Echandía, Editorial Universidad, segunda edición revisada y corregida, Buenos Aires, 1997, pág. 536); por lo que este caso, junto con los de nulidad de sentencia, sería una situación jurídica excepcional, que permite atacar el principio de intangibilidad de la cosa juzgada, institución procesal que obedece a la necesidad social de alcanzar el fin último del derecho, cual es el de asegurar entre los asociados la convivencia, la paz, la justicia y la seguridad jurídica. Incluso, revisando la historia de la norma jurídica citada, se tiene que la acción bajo análisis se entendió a principios del siglo pasado como una excepción a la institución de la cosa juzgada; así, el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, publicado en el Registro Auténtico 1907 de 19 de octubre de 1907, señalaba: “**Art. 520.-** Las sentencias pronunciadas en juicio ejecutivo no causan instancia ni excepción de cosa juzgada para la vía ordinaria, que podrá intentarse dentro del plazo que fija este artículo.- El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza para responder por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicitare el deudor, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. Esta disposición no tendrá efecto cuando el juicio ordinario hubiere precedido al ejecutivo.- Si el deudor no intentare la vía ordinaria dentro de treinta días contados desde que se verificó el pago, o la suspendiere por el mismo término, quedará prescrita la acción y cancelada ipso jure la fianza.”; texto que es reeditado por el Código de Enjuiciamiento Civil, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 561 de 25 de julio de 1918. Posteriormente, el decreto supremo número 50 que reforma el Código de Enjuiciamiento Civil, publicado en el Registro Oficial número 425 de 25 de febrero de 1937, señalaba: “**Art. 34.-** El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y satisfacción del Juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. En este caso no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo. Esta disposición no tendrá efecto cuando el juicio ordinario hubiere precedido al ejecutivo.- En subsidio de la fianza, puede el acreedor pedir que, mientras se tramita el juicio ordinario, el dinero se deposite en la Institución Bancaria que el Juez designe.- Si el deudor no intentare la vía ordinaria dentro de treinta días contados desde que se verificó el pago, quedará prescrita la acción y se mandará cancelar la fianza.”. La Codificación del Código de Procedimiento Civil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 133 de 7 de febrero de 1953, por su parte establecía: “**Art. 483.-** El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y satisfacción del juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene

que intentar la vía ordinaria. En este caso no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo. Esta disposición no tendrá efecto cuando el juicio ejecutivo hubiere sido consecuencia de un fallo ejecutoriado.- En subsidio de la fianza, puede el acreedor pedir que, mientras se tramita el juicio ordinario, el dinero se deposite en la institución bancaria que el Juez designe.- Si el deudor no intentare la vía ordinaria dentro de treinta días, contados desde que se verificó el pago, o la suspendiere por el mismo término, quedará prescrita la acción y se mandará cancelar la fianza.”, texto que es recogido por la codificación publicada en el suplemento del Registro Oficial número 1202, de 20 de agosto de 1960, con la variación de que el depósito se hará “de acuerdo con la ley”. Finalmente, por decreto supremo número 3070, que introduce varias reformas al Código de Procedimiento de Civil, publicado en el Registro Oficial número 735 de 20 de diciembre de 1978, se suprime la frase: “Esta disposición no tendrá efecto cuando el juicio ejecutivo hubiere sido consecuencia de un fallo ejecutoriado.”, recogiendo las dos últimas codificaciones de 1987 (Suplemento del Registro Oficial número 687 de 18 de mayo) y del 2005 (Suplemento del Registro Oficial número 58 de 12 de julio), el texto que actualmente se encuentra en vigencia. Como se puede apreciar, de la relación histórica de la norma contenida en el actual artículo 448 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, se aprecia el interés del legislador de establecer una acción sobre las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos, los cuales por la premura y limitación de las pretensiones de las partes, no pueden abarcar cuestiones que solo un juicio de lato conocimiento puede contemplar, estableciendo un caso de excepción a la institución de la cosa juzgada. **QUINTO:** La sentencia impugnada por la recurrente en sus considerandos tercero y cuarto, por su parte determina: “El actor plantea, juicio de excepciones en fundamento de los diez numerales del libelo de su demanda.- Es necesario analizar el contenido del Art. 458 hoy 448 del Código de Procedimiento Civil, en el que ha fundamentado, su demanda el actor. La disposición citada concede al vencido en un juicio ejecutivo la facultad para plantear una acción, en la vía ordinaria, para que se vuelva a discutir la obligación sobre que versó el juicio ejecutivo, que naturalmente es contraria a la planteada, en la especie, y peor aún encaminada a declarar la nulidad de la sentencia, como equivocadamente procede el Juez Segundo de lo Civil al emitir su sentencia declarando la nulidad de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo signado con el número 256-03 porque la nulidad de una sentencia que se propusiere como acción, no comprende a los fallos del juicio ejecutivo, en razón de la acción concedida en la disposición antes citada (Art. 448 del Código de Procedimiento Civil), tiende a proteger el derecho del ejecutado, para que se vuelva a discutir, las excepciones que no han sido consideradas y consecuentemente no han sido materia de la sentencia, entre las que pueden estar cualquiera de las causales previstas en el Art. 299 del Código de Procedimiento Civil, que determina cuando la sentencia ejecutoriada es nula. **En consecuencia, el Art. 448 ibídem, en el cual fundamentó su acción el actor, no faculta el planteamiento de una acción de excepciones** peor que el Juez, se aleje de lo que prescribe esta disposición, del libelo de la demanda y se pronuncie declarando la nulidad de la sentencia del juicio ejecutivo, que no se ha demandado.- la sentencia tiene que resolver únicamente sobre los puntos que se trabó la litis y el Juez no puede cambiar la acción como lo ha hecho, en el presente caso, al declarar la nulidad de la sentencia del juicio

ejecutivo 256-03 cuando el actor plantea un juicio de excepciones, pues el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil, únicamente faculta, al Juez, a suplir omisiones sobre puntos de derecho más no reformar la demanda, modificando el objeto de ella, como se desprende de la sentencia que ha emitido el Juez a quo.- CUARTO.- Del texto contenido en el Art. 448 del Código de Procedimiento Civil se colige que si bien las sentencias de los juicios declarativos producen efectos irrevocables, los ejecutivos permiten que se pasen al juicio ordinario, **para que se estudien las excepciones que no han sido materia del fallo**, por lo que no cabe intentar la nulidad de sentencia pronunciada en juicio ejecutivo, la que es procedente en los juicios ordinarios, por las causales señaladas en el Art. 299 del Código de Procedimiento Civil.- La acción que concede al ejecutado para que vuelva a discutirse en juicio ordinario la obligación sobre que versó el juicio ejecutivo, es distinta de la encaminada a obtener la nulidad de la sentencia, y distinta del juicio de excepciones que es una derivación del juicio coactivo previsto en el Art. 941 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y que establece la Ley a favor del Estado y las demás Instituciones del Sector Público.” (las negrillas son de esta Sala).- Habiendo alegado la recurrente el vicio de falta de aplicación del artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, al amparo de la causal primera, corresponde determinar si los hechos explicitados y limitantes de la competencia de esta Sala, se subsumen en la causal y cargo anotados, para ello es preciso analizar los hechos establecidos por el Tribunal ad quem en la sentencia impugnada y determinar si el proceso de subsunción ha sido debidamente ejecutado. De la transcripción del fallo del Tribunal ad quem, antes efectuada, así como de su parte expositiva, se establece que la actora, hoy recurrente, plantea su demanda en base al artículo 448 varias veces citado en este fallo, y demanda se analice en juicio ordinario las excepciones que no tuvo la oportunidad de introducir en el juicio ejecutivo sobre el cual recayó la sentencia que le es adversa, encasillando su pretensión en los supuestos hipotéticos y generales establecidos por la norma. Por su parte el Tribunal de instancia considera que la acción ordinaria de que trata el artículo 448 se ha establecido en la ley “para que se vuelva a discutir la obligación sobre que versó el juicio ejecutivo” que indica “es naturalmente contraria a la planteada, en la especie, y peor aún encaminada a declarar la nulidad de la sentencia”, concluyendo que “el Art. 448 ibídem, en el cual fundamentó su acción el actor, no faculta el planteamiento de una acción de excepciones...”, lo que, según el dicho Tribunal, determina que los hechos y pretensiones fijados por la actora y recogidos en el fallo del Juez, se encaminan a un objeto diferente del señalado en la norma, lo que origina que se hayan dejado de observar los presupuestos fácticos y por ende no se **aplique** el artículo 448 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, lo que influye necesariamente en la decisión de la causa, al ser tal **norma**, precisamente el objeto principal de la causa, por lo que corresponde casar la sentencia y en su lugar, de conformidad con el artículo 16, inciso primero de la Codificación de la Ley de Casación, dictar la que corresponde. **SEXTO:** Ya como Tribunal de instancia, esta Sala determina los siguientes hechos: **1.** El Dr. Kléver Guido Fereño Rocano, en calidad de procurador judicial de BLANCA LUZ BERMEO SACA, comparece y luego de señalar sus generales de ley, afirma: Que la señora GRECIA SELMIRA AMON HURTADO DE ECHEVERRIA, ha demandado ejecutivamente a su poderdante, demanda que ante el juramento de la actora sobre el desconocimiento del

domicilio de la demandada, es citada por la prensa mediante publicaciones en el diario El Mercurio de la ciudad de Cuenca, en fechas 26, 27 y 28 de junio del año 2003; que jamás llegó a tener conocimiento la demandada, por lo que no pudo, dentro del término respectivo, presentar las excepciones que le asistían, pese a que la supuesta acreedora conocía muy bien desde muchos años atrás el domicilio de la demanda en los Estados Unidos de Norte América; y, que sobre dicha demanda se dicta sentencia por parte del señor Juez Segundo de lo Civil, sentencia que se encuentra ejecutoriada pero no ejecutada, por lo que en aplicación del artículo 458 del Código de Procedimiento Civil consigna en dos partes un total de USD 7672.44, cantidad que es acogida por el Juez, quien dispuso se suspenda la ejecución de la sentencia emitida en el proceso referido. Con tales antecedentes, por cuanto indica que en el proceso ejecutivo seguido a su poderdante, no se le dio la oportunidad respectiva para que presente las excepciones respectivas, de acuerdo a lo que dispone el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil en la vía ordinaria, demanda el “Juicio de Excepciones”, en contra de la señora GRECIA SELMIRA AMON HURTADO, en base de los siguientes puntos: **1.-** Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción ejecutiva, propuesta por Grecia Amón, **2.-** Jamás en las fechas 26 de septiembre del año 2002 y 19 de noviembre del año 2002, su poderdante la señora Blanca Luz Bermeo Saca, se encontraba en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, República del Ecuador, ya que en las mismas fechas, se encontraba residiendo habitualmente en la ciudad de New York, en los Estados Unidos del Norte América, en el estado de Woodside - Queens, y que tan solo procede a venir al Ecuador en fecha 23 de febrero del año 2000, regresando a Estados Unidos el 16 de marzo del mismo año, lo que dice que demostrará con su pasaporte y la certificación emitida por la autoridad competente; **3.-** En la letra de cambio por la suma de 2.700 dólares, consta que se ha aceptado en Cuenca en fecha 26 de septiembre del año 1902, como así consta en el reverso de dicho documento, fecha en la que todavía no nacía; **4.-** En las letras de cambio con las que se demanda a Blanca Luz Bermeo Saca, consta que la supuesta acreedora es la ciudadana GRECIA A ECHEVARRIA, es decir se trata de una persona muy diferente a la ciudadana GRECIA SELMIRA AMON HURTADO, siendo a quien le correspondía demandar, la ciudadana supuesta beneficiaria GRECIA A ECHEVARRIA, por lo que indica que existe falta de personería activa; **5.-** La persona que acepta las letras de cambio como deudora de Grecia A Echevarría es la ciudadana BLANCA SANTIAGO, cuando la demandada en el juicio ejecutivo es BLANCA LUZ BERMEO SACA, con cédula de ciudadanía número 010186521-0, por lo que indica que existe falta de personería pasiva; **6.-** Existe alteración de los documentos bases del juicio ejecutivo, en lo que hace relación a la caligrafía con la que se ha llenado dichas letras de cambio, y en lo que hace relación a la tinta de los esferos con los que se ha procedido a escribir dichos documentos, por lo que solicita además que la parte demandada presente los originales de las letras de cambio base del juicio ejecutivo; **7.-** Jamás ha residido su poderdante en la ciudad de Cuenca, sino que su domicilio antes de radicarse en los Estados Unidos de Norte América, lo tuvo en el centro urbano del cantón Paute; **8.-** La ciudadana Grecia Selmira Amón Hurtado, conoció muy bien que su poderdante jamás, los días 26 de septiembre y 19 de noviembre del año 2002, se encontraba en la ciudad de Cuenca, sino que se hallaba en los Estados Unidos de Norte América, en el domicilio que es conocido por la

actora del juicio ejecutivo; **9.-** La firma y rubrica constantes en las letras de cambio, no corresponden a las de su poderdante, por lo que incide que aquellas han sido falsificadas; y, **10.-** Su poderdante nada debe a Grecia Selmira Amón Hurtado. Finalmente previo a determinar el lugar en que se debe citar a la demandada así como el casillero judicial donde recibirá sus notificaciones, indica que las excepciones presentadas deben tomarse en forma subsidiaria una de otra; que la cuantía es indeterminada; que se encuentra dentro del término contemplado en el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil para demandar; y, que reclama el pago de costas procesales, honorarios de la defensa, daños y perjuicios, incluidos el daño emergente y lucro cesante.- **2.** Calificada la demanda y aceptada a trámite, esta es citada por la prensa, ante el juramento rendido por el apoderado de la actora, respecto de la imposibilidad de determinar el domicilio y residencia habitual y actual de la demandada.- **3.** Antes de que comience a discurrir el término legal para proponer excepciones, luego de la última citación por la prensa, comparece la demanda, lo que acorde con el artículo 84 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, permite considerar legalmente citada a la señora Grecia Selmira Amón Hurtado, quien propone las siguientes excepciones: A.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; B.- Prescripción de la acción, de acuerdo a lo que dispone el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil; y, C.- Improcedencia de la acción.- **4.** Evacuada la junta de conciliación, sin que exista avenimiento alguno entre la partes, se abre el término de prueba, dentro del cual se aprecia haberse introducido las siguientes piezas procesales: **a)** A fojas 1 y 2 del cuaderno de primer nivel, constan las copias certificadas de las letras de cambio detalladas así: **a.1)** Cambial por USD 2.700, que aparece girada en Cuenca el 26 de septiembre del 2002 a la orden de GRECIA A. ECHEVARRIA, por GRECIA AMON HURTADO con un interés del 22 % anual desde su aceptación, que aparece aceptada en la misma fecha por BLANCA BERMEO DE SANTIAGO, con el vencimiento fijado para el 26 de diciembre del 2002. Respecto de esta cambial cabe anotar que pese a señalarse en su aceptación, el año 1902, de la correlación lógica y no meramente formalista y literal de las demás fechas constantes en el título, se llega a la conclusión de la fecha de aceptación correspondería al año 2002 y que el lapsus anotado se debe al formato preimpreso que tiene la cambial; y, **a.2)** Cambial por USD 3.000, que aparece girada en Cuenca el 19 de noviembre del 2002 a la orden de GRECIA A. ECHEVARRIA, con un interés del 22 % anual desde su aceptación, que aparece aceptada en la misma fecha por BLANCA BERMEO DE SANTIAGO, con el vencimiento fijado para el 19 de marzo del 2003. Sobre dichos documentos este Tribunal se pronunciará más adelante, efectuada la valoración de todas las demás actuaciones probatorias introducidas válidamente en el proceso.- **b)** A fojas 80 del cuaderno de primer nivel, consta el certificado del Cónsul General del Ecuador en New York, en el cual se dice: "A petición expresa de la interesada, sin que el presente exima la revisión del correspondiente movimiento migratorio, este Consulado certifica que revisado el pasaporte No. DL 08.414, desde la página No. 1 hasta la No. 32, perteneciente a Blanca Luz Bermeo Saca de Santiago, emitido en New York el 29 de julio de 1998; se desprende que ingresó a la República del Ecuador con fecha 23 de febrero de 2000 y salió el 16 de marzo del mismo año, conforme consta en los respectivos sellos". Al respecto, acorde con el artículo 164 de la Codificación del

Código de Procedimiento Civil, el documento señalado no constituye instrumento público, pues no es competencia del funcionario consular el certificar el ingreso o salida del país de un nacional, acorde con el artículo 65 de la Codificación de la Ley Orgánica del Servicio Exterior; en este punto cabe señalar, que de conformidad con el artículo 58 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, la Dirección de Migración es el organismo responsable del control del movimiento migratorio y pasaportación en todo el territorio nacional; como consecuencia de lo anterior, y en observancia del artículo 191 ibídem, dicho documento constituye instrumento privado que por no subsumirse en ninguno de los presupuestos señalados en el artículo 194 del citado cuerpo de leyes no presta mérito probatorio.- **c)** A fojas 81 del cuaderno de primer nivel, consta la copia obtenida del original de la cédula de ciudadanía de la actora, original presentado ante el Juez de primer nivel, que justifica la identidad de la actora.- **d)** A fojas 82 a 91 del cuaderno de primer nivel, constan las copias obtenidas del original del pasaporte de la actora, original número DL 08.414 emitido en New York el 29 de julio de 1998, presentado ante el Juez de primer nivel, que justifica conforme sellos impresos en la copia del pasaporte de fojas 85, que la actora BLANCA LUZ BERMEO SACA DE SANTIAGO ingresó al Ecuador el 23 de febrero del 2000 y salió el 16 de marzo del 2000, sin que aparezca otro ingreso, hecho que no ha sido controvertido ni negado por la demandada, que se desprende de un documento público (el pasaporte) que tampoco ha sido objetado específicamente por GRECIA SELMIRA AMON HURTADO y que acorde con el artículo 3 de la Codificación de la Ley de Documentos de Viaje, es permitido usarse como medio de prueba.- **e)** Los documentos de fojas 94 a 95 del cuaderno de primer nivel, al no contar con la apostilla, acorde con la Convención de la Haya Sobre la Apostilla, a la cual se adhirió el Ecuador conforme Registro Oficial de 31 de agosto del 2004, no presta mérito probatorio alguno.- **f)** A fojas 96 y 99 del cuaderno de primer nivel, consta documentos en idioma extranjero que por no encontrarse debidamente traducidos al castellano, no prestan mérito probatorio.- **g)** A fojas 100 del cuaderno de primer nivel, consta la partida de matrimonio de la actora, instrumento público que se aprecia como actuación impertinente acorde con el objeto de la litis.- **h)** A fojas 105 a 110 del cuaderno de primer nivel, constan las copias obtenidas del original del pasaporte de la actora, original número 0101865210 emitido en Paute el 1 de julio del 2004, que se aprecia como actuación impertinente acorde con el objeto de la litis.- **i)** A fojas 114 a 116 del cuaderno de primer nivel, constan las declaraciones testimoniales de LUIS ALBERTO TORRES, LEONARDO PATRICIO SARMIENTO PIZARRO y CARMEN INES ROJAS MENDEZ, cuya fuerza probatoria, acorde con la sana crítica y en aplicación del artículo 207 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, no arrojan elementos adicionales a los ya analizados en el presente caso, especialmente tomando en cuenta la razón de sus dichos.- **j)** A fojas 10 a 46 del cuaderno de segundo nivel, constan las copias certificadas del juicio ejecutivo por dinero número 224-2003, seguido por Carlos Cajilima contra Blanca Bermeo, instrumentos públicos que se aprecian como actuaciones impertinentes acorde con el objeto de la litis.- **5.** El proceso ha sido sustanciando, ciñéndose al trámite propio del juicio ordinario, observándose las garantías constitucionales del debido proceso y las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancia, por lo que no existe nulidad alguna que afecte su validez.- **6)** Conforme la documentación

analizada en la letra d) del numeral cuatro de este considerando y ante la falta de elementos probatorios que desvirtúen la permanencia de la actora BLANCA LUZ BERMEO SACA DE SANTIAGO en el país fuera de las fechas señaladas en su pasaporte, este Tribunal estima que resulta físicamente imposible que haya podido suscribir las letras de cambio que sirvieron de base para **aceptar** la demanda en la sentencia del juicio ejecutivo en las fechas señaladas en las indicadas cambiales y especificadas en la letra a) del numeral cuatro de este considerando, por lo que es procedente la primera y segunda de las excepciones determinadas en el libelo inicial. En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, **casa la sentencia** dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, en el juicio ordinario seguido por BLANCA LUZ BERMEO SACA en contra de GRECIA SELMIRA AMON HURTADO y, por ser procedentes las dos primeras excepciones propuestas por Blanca Luz Bermeo Saca en contra del procedimiento ejecutivo iniciado en su contra en el juzgado segundo de lo Civil del Azuay, por parte de Grecia Selmira Amón Hurtado (juicio número 256-03), acepta la demanda que dio inicio a la presente causa, en consecuencia revoca la sentencia dictada por el Juez Segundo de lo Civil del Azuay dentro del juicio ejecutivo mencionado.- Por encontrarse vacante el cargo de Secretario Relator de esta Sala,; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actúe como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Sin costas.- Notifíquese y Devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente.

Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada.

RAZON: Es fiel copia de su original.- Certifico.- Quito a, 28 de abril del 2008.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada de la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, a 28 de abril del 2008; las 11h50.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- En lo principal Jairo José Román deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, en el juicio ordinario que, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sigue el recurrente contra Celia Modesta Delgado y Ramón Stenio Román Valencia. Concedido el recurso, pasa el proceso a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia; habiéndose radicado la competencia por el sorteo de ley en esta Sala y una vez que ha terminado la etapa de sustanciación correspondiente, para resolver se considera.-

PRIMERO: El recurrente alega que el Tribunal de última instancia ha infringido los artículos 715, 734, 2411 y 2434 del Código Civil, y 115 del Código de Procedimiento Civil; afirma que el fallo de última instancia está incurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Estos son los límites, fijados por el propio recurrente, dentro de los cuales debe resolver la causa este Tribunal de casación. **SEGUNDO:** Respecto a la causal tercera (que se debe analizar primero en orden lógico), el recurrentes señalan que el Tribunal de última instancia ha dejado de aplicar el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, ya que los juzgadores de instancia no analizaron en su conjunto todas las pruebas por él incorporadas de conformidad con “*el principio que rige la sana crítica. Más bien, discriminaron haciendo abuso de criterios poco ortodoxos, la serie de hechos graves, precisos y concordantes con los que probé mis argumentaciones y mi posesión de más de veinte años en el terreno materia de la contienda; limitándose a analizar desde una perspectiva equivocada los hechos probados*”. Que el Tribunal violó “*el verdadero alcance*” de la citada norma de derecho, el cual “*no debió ser otro que, haber revisado exhaustivamente el onus probandi con todas las circunstancias peculiares existentes en él, tales como: la prueba objetiva de la inspección judicial, el informe pericial elaborado, así como el examen de testigos, y luego de ello, como lógica consecuencia, declarar el derecho preexiste mediante el acogimiento de mi demanda*”. Sin contar con la poca precisión de conceptos de derecho procesal en que incurre el casacionista al señalar que no se ha “revisado” el *onus probandi* (término latino que se refiere a la *carga* de la prueba, cuestión que no es invocable al amparo de la causal tercera), es clarísima su intención de impugnar el método de valoración de la prueba empleado por el Tribunal de última instancia, lo que, conforme ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de casación dictada por la Corte Suprema de Justicia, es improcedente, porque la casación no constituye una instancia más del proceso, ya

N° 101-08

En el juicio ordinario No. 121-2007, que por prescripción extraordinaria de dominio sigue Jairo José Román, contra Celia Modesta Delgado y Ramón Stenio Román Valencia, se ha dictado lo siguiente:

que mediante el recurso supremo y extraordinario no se revisan los hechos invocados por las partes ni los medios probatorios que los sustentan, a menos de que se argumente y explique concretamente de qué manera se vulneró una norma relativa a la valoración de la prueba, que haya incidido a su vez en la violación de una norma de derecho sustantivo. Sin embargo, el recurrente se limita a señalar que el Tribunal *ad quem* no ha valorado los medios probatorios por él aportados, sin concretar específicamente de qué manera se habría incurrido en violaciones a las reglas que integran la sana crítica (sea la lógica, la experiencia o las demás ciencias que informan el conocimiento y conclusiones de los jueces y tribunales de instancia). Para llegar al convencimiento sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes concernientes a la existencia de una cosa o a la realidad de un hecho, el juzgador puede libremente acoger elementos de prueba aportados por el actor y, asimismo, desestimar elementos de prueba aportados por el demandado; por ello, no cabe alegar su sola trasgresión al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, a menos de que se sustente de qué manera la valoración de la prueba ha sido absurda o arbitraria, lo que no ha sido acusado ni tampoco sucede en la especie. Por ello, se rechaza el cargo sustentado en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

TERCERO: En cuanto a la causal primera, se han formulado estas acusaciones: **1)** Errónea interpretación de los artículos 715 y 2411 del Código Civil, “*al no haberse tomado en cuenta los hechos positivos de los ejemplificados en el artículo 969 del Código Civil...*”; que el Tribunal no tomó en cuenta las “*pruebas objetivas e irrefutables*” acudadas que demuestran contundentemente el “*habeas domine y ánimus domine*” que ha mantenido en el inmueble por espacio de dos décadas; que el Tribunal de último nivel ha soslayado deliberadamente la consideración de las pruebas que sustentan la pretensión, y que todos los actos posesorios que ha desarrollado los ha ejecutado sin el consentimiento de sus contendores. **2)** Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de los artículos 2434 y 734 del Código Civil, cargo respecto al cual señala: “*Erróneamente la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales, sostiene en el Considerando Tercero del dictamen recurrido, lo siguiente: ‘...al tenor de la regla 1ª del artículo 2434 del Código Civil y los elementos que se enumeran anteriormente...’ prosiguiendo más adelante: ‘...En cuanto a la posesión conforme está definida en el Art. 734 del propio Código Sustantivo Civil, a su vez requiere...’ Podemos observar la equivocación en la invocación y aplicación de normas de derecho cometidas por el tribunal de alzada, que vuelven más ignominioso su dictamen...*”. En cuanto a estos cargos se anota: **a)** Nuevamente, el recurrente manifiesta su intención de que se revaloricen los medios probatorios incorporados al proceso; confunde en una sola causal de casación motivos de impugnación que son pertinentes a otra (la tercera del artículo 3 de la Ley de Casación), sin especificar concretamente de qué manera se han inaplicado las disposiciones sustantivas citadas, por lo cual este cargo no ha sido debidamente sustentado. **b)** Ciertamente que el Tribunal de última instancia incurre en un *lapsus calami* al citar la numeración de la anterior codificación del Código de Procedimiento Civil; pero ese no es un error determinante de la resolución de la causa (y lo hace únicamente al señalar cuáles son los requisitos necesarios para la procedencia de esta acción). Para el Tribunal, ha sido gravitante el hecho de que se ha interrumpido la posesión del actor, por lo cual no han transcurrido los

quince años necesarios para que opere a su favor el modo extraordinario de la prescripción adquisitiva de dominio. Por último, no se indica concretamente el vicio cometido: no se pueden invocar al mismo tiempo vicios que entre sí son excluyentes, por lo cual el cargo no ha sido debidamente sustentado. En definitiva, los cargos sustentados en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación son infundados. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, **no casa** la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo. Entréguese a los demandados, parte perjudicada por la demora en la ejecución de la sentencia, la caución constituida por el recurrente. Con costas a cargo del actor, en \$200 (doscientos dólares de los Estados Unidos de América) se regulan los honorarios de la defensa profesional de los demandados por su intervención en este proceso de casación. En virtud de que la Secretaria Relatora de esta Sala, ha sido designada Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actué como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente.

RAZON: Es fiel copia de su original.- Certifico.- Quito, 28 de abril del 2008.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada de la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

N° 103-08

Dentro del juicio verbal sumario No. 14-07, que por incumplimiento de contrato sigue Jorge Oswaldo Venegas y Blanca Marina Santillán contra Romel Guerra Samaniego y Elba Páez Castillo, se ha dictado lo siguiente:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, a 28 de abril del 2008; las 10h07.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el Señor Presidente de la Corte de Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez; y, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el doctor Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- En lo principal, Jorge Venegas Yáñez y Blanca Marina Santillán Freire deducen recurso de casación contra la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Quito, revocatoria de la de primer nivel que declaraba con lugar la demanda, en el juicio verbal sumario que, por cumplimiento de contrato de compraventa, para que se les entregue dos locales y dos parqueaderos, siguen los recurrentes contra Romel Edison Guerra Samaniego y Elba Patricia Páez Castillo. Dicho recurso es aceptado, por lo que el proceso pasa a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. Habiéndose radicado la competencia por el sorteo de ley en esta Sala - que aceptó a trámite el recurso-, y terminado la etapa de sustanciación correspondiente, para resolver se considera:

PRIMERO: Los recurrentes fundamentan su impugnación en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y citan como normas de derecho infringidas los artículos 1455, 1567 numeral 1, 1568 y 1572 del Código Civil. En la fundamentación respectiva, alegan que se han inaplicado los artículos 1568 y 1562 del Código Civil, como se aplicaron indebidamente los artículos 1568, 1455 y 1567 numeral 1 ibídem, porque el Tribunal de última instancia no debía rechazar la demanda, ya que en la causa no se ha producido un defecto de falta legitimación en la causa en la parte pasiva. Que los demandados comparecieron por sus propios y personales derechos, y así se les ha demandado, para que cumplan con la entrega material de los inmuebles. En suma, dicen, el error se produce porque, para el Tribunal ad quem, no podía demandarse la entrega material de los inmuebles en disputa a Elba Patricia Páez Castillo, ya que ella figura únicamente como mandataria de sus padres Julio Fabián Páez Escobar y Elva María Castillo Puente.

SEGUNDO: En la especie, el Tribunal de última instancia (voto de mayoría), señala sobre este tema (foja 5 del cuaderno de segundo nivel): “...si bien es verdad que en la escritura de a la [SIC] que se refiere el número ‘1’ del considerando anterior, celebrada el 3 de diciembre del 2001, los cónyuges Romel Edison Guerra Samaniego y Elba Patricia Páez Castillo, diciendo ser dueños del inmueble al que se refieren estos autos, prometen vender a los ahora accionantes los bienes señalados en el memorial inicial, no lo es menos que, en la escritura de compraventa otorgada el 12 de junio del año 2002 ante el Dr. Sebastián Valdivieso Cueva, Notario Vigésimo Cuarto de este cantón, e inscrita en el competente Registro de la Propiedad el 25 de junio del mismo año -2002-, no comparece el Arq. Romel Edison Guerra Samaniego, sino la Arq. Elba Patricia Páez Castillo, y no por sus propios y personales derechos, sino como mandataria de sus padres cónyuges Dr. Julio Fabián Páez Escobar y Elva María Castillo Puente, y en esa única y exclusiva condición vende a los cónyuges Venegas-Santillán, los bienes a los que se refiere el indicado instrumento notarial, única y exclusiva condición en la que también suscribe el instrumento privado al que se refiere el número ‘3’ del precedente considerando. CUARTO.- Por

consecuencia de lo anterior, para que la demanda pudiera prosperar, los actores debieron enderessar [SIC] la acción, no solamente en contra de los Arqs. Romel Edison Guerra Samaniego y Elba Patricia Páez Castillo, sino y fundamentalmente en contra de los cónyuges Dr. Julio Fabián Páez Escobar y Elva María Castillo Puente, por su incuestionable interés jurídico, pues ellos son los que les vendieron el inmueble, por interpuesta persona de su mandataria, y bien sabido es que las obligaciones de los mandantes no son las del mandatario, y al no haber procedido así, han incurrido en una indebida integración de litis consorcio necesario pasivo...”. Semejantes lineamientos están expuestos en el voto salvado (fojas 7-10), en el sentido de que debió demandarse a los cónyuges Páez-Castillo, quienes fueron los vendedores, no a su hija, mera mandataria. **TERCERO:** En la especie, es necesario señalar los antecedentes que motivaron este juicio, y que están consignados en la demanda (fojas 40-43 del cuaderno de primer nivel), como en el proceso, para determinar si hubo o no falta de legitimación en la causa en la parte pasiva, como ha concluido el Tribunal de último nivel. Mediante escritura pública celebrada en la Notaría Trigésima Octava del cantón Quito, el 3 de diciembre del 2001, los cónyuges Romel Edison Guerra Samaniego y Elba Patricia Páez Castillo prometieron dar en venta y perpetua enajenación a los actores, los cónyuges Jorge Oswaldo Venegas Yáñez y Blanca Marina Santillán Freire, los locales comerciales signados con los números tres y cuatro y los parqueaderos seis y siete del edificio “Platinum Plus”, ubicado en la Av. La Prensa, entre Mariano Echeverría y la Escuela de la Policía, sector La Y, de la parroquia Chapucruz de la ciudad de Quito, por el precio de 60.588 dólares, a pagarse en la forma constante en la cláusula quinta del contrato referido, fijándose como fecha para la entrega de estos inmuebles el 31 de julio del 2002. Posteriormente, Elba Patricia Páez Castillo, en su calidad de mandataria de los cónyuges Julio Fabián Páez Escobar y Elva María Castillo Puente, otorga el contrato de compraventa de estos bienes a favor de los hoy actores, el 12 de junio del 2002 (fojas 1-14), mediante escritura pública celebrada ante el Notario Vigésimo Cuarto del cantón Quito. **CUARTO:** Como se indica en la sentencia recurrida -y consta en el proceso-, quienes suscribieron el contrato de compraventa, fueron los señores Julio Fabián Páez Escobar y Elva María Castillo Puente, representados por su hija Elba Patricia Páez Castillo; en consecuencia, son ellos quienes debían cumplir con la entrega de los inmuebles, tal como se obligaron en la escritura de compraventa (cláusulas tercera y cuarta de dicho instrumento); la demandada intervino en dicho negocio únicamente como mandataria, por lo tanto, no era la llamada a responder por el incumplimiento de dicha obligación. Esta Sala, en numerosas resoluciones, se ha referido al tema de la falta de legitimación en la causa o **legitimatío ad causam**, que siendo fundamental sin embargo no ha sido suficientemente desarrollado en nuestra literatura jurídica por lo que hay general oscuridad, confundiéndola inclusive con la ilegitimidad de personería o **legitimatío ad processum**: así aparece, entre otros, en los fallos No. 438-98, de 19 de junio de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 39 de 2 de octubre de 1998; No. 516-99 de 15 de octubre de 1999, publicado en el Registro Oficial 335 de 9 de diciembre de 1999; No. 314-2000, de 25 de julio del 2000, publicada en el Registro Oficial 140 de 14 de agosto del mismo año; No. 405-99, de 13 de julio de 1999, publicada en el Registro Oficial No. 273 de 9 de septiembre de 1999: en esta última resolución señaló que la

falta de legitimación en la causa (legitimatio ad causam), “consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el Juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial. Sobre este tema, el profesor Hernando Devis Echandía expresa que para que haya legitimatio ad causam «No se necesita ser el titular o el sujeto activo o pasivo del derecho o de la relación jurídica material (lo que supondría que ésta siempre existiera), sino del interés en que se decida si efectivamente existe (y por lo tanto, aun cuando en realidad no exista). Se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido (por ejemplo, quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene la legitimación en la causa por el solo hecho de pretender ser heredero o dueño; pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por ello la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda. Si además de existir la legitimación en la causa, resulta que el derecho o la relación jurídica sustancial existe en verdad, que el demandante es su titular y el demandado el sujeto pasivo, entonces el demandante obtendrá sentencia favorable de fondo; mas, en caso contrario, la sentencia será de fondo o de mérito, pero desfavorable a aquél» (Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso. Tomo I. pp. 269-270, 14a. Edición, Editorial ABC, 1996). La legitimación en la causa o legitimatio ad causam «Determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de *necesarios contradictores*, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en él de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda. Es decir, **no existe debida legitimación en la causa en dos casos:** a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso» (obra citada, pp. 268-269). A continuación (p. 269) el mismo autor dice: «... puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litis consorcio necesario... Como ejemplos pueden mencionarse las demandas de nulidad o rescisión de un contrato, que deben comprender a quienes figuran como partes en el mismo contrato y a sus causahabientes a título singular o universal (compradores o cesionarios del primer comprador), ya que la decisión produce efectos contra todos...» Finalmente, Devis Echandía, en la obra antes citada, p. 336, dice: «Para nosotros, la debida formación del necesario contradictorio es un problema de legitimación en la causa; cuando no está debidamente integrado, habrá una legitimación en la causa

incompleta que impedirá sentencia de fondo... Lo anterior significa que la falta de integración adecuada del litis consorcio necesario, nunca es causal de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria». En la especie, estamos ante un clarísimo caso de falta de legitimación en la causa o falta de legitimatio ad causam en la parte pasiva, ya que no se demandó a quien, jurídicamente, estaba llamado a responder a esta demanda. Por lo tanto, el Tribunal de última instancia no ha vulnerado las disposiciones sustantivas citadas, y no incurre su decisión en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, pues el rechazo de la demanda está debidamente sustentado en derecho. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Quito. Sin costas ni honorarios que fijar en este proceso de casación. En virtud del nombramiento de la Secretaria Relatora de esta Sala como Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actúe como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado (Voto Salvado).

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora, encargada.

VOTO SALVADO DOCTOR MAURO TERAN CEVALLOS

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, 28 de abril del 2008; las 10h07.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el Señor Presidente de la Corte de Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez; y, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el doctor Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento

de la presente causa.- En lo principal, Jorge Venegas Yánez y Blanca Marina Santillán Freire deducen recurso de casación contra la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Quito, revocatoria de la de primer nivel que declaraba con lugar la demanda, en el juicio verbal sumario que, por cumplimiento de contrato de compraventa, para que se les entregue materialmente dos locales y dos parqueaderos materia de dicho contrato, siguen los recurrentes contra Romel Edison Guerra Samaniego y Elba Patricia Páez Castillo. Dicho recurso es aceptado, por lo que el proceso pasa a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. Habiéndose radicado la competencia por el sorteo de ley en esta Sala -que aceptó a trámite el recurso-, y terminado la etapa de sustanciación correspondiente, para resolver se considera: **PRIMERO:** Los recurrentes acusan al fallo de última instancia, sobre la base de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, de haber infringido los artículos 1455, 1567 numeral 1, 1568 y 1572 del Código Civil. En los fundamentos de su recurso, sostienen que se han inaplicado los artículos 1568 y 1562 *ibidem*, como se aplicaron indebidamente los artículos 1568, 1455 y 1567 numeral 1 de dicho cuerpo legal, porque el Tribunal ad quem rechaza la demanda al considerar indebidamente que en este proceso se ha producido un caso de falta legitimación en la causa en la parte pasiva, lo cual no es correcto. Que este error se produce porque, para el Tribunal ad quem, no podía demandarse la entrega material de los inmuebles en disputa a Elba Patricia Páez Castillo, ya que ella figura como mandataria de sus padres Julio Fabián Páez Escobar y Elva María Castillo Puente, sino directamente a éstos. Que los demandados comparecieron por sus propios y personales derechos, y así se les ha demandado, para que cumplan con la entrega material de los inmuebles. **SEGUNDO:** El Tribunal de última instancia señala (voto de mayoría) sobre este tema (foja 5 del cuaderno de segundo nivel): “...*si bien es verdad que en la escritura de a la [SIC] que se refiere el número ‘1’ del considerando anterior, celebrada el 3 de diciembre del 2001, los cónyuges Romel Edison Guerra Samaniego y Elba Patricia Páez Castillo, diciendo ser dueños del inmueble al que se refieren estos autos, prometen vender a los ahora accionantes los bienes señalados en el memorial inicial, no lo es menos que, en la escritura de compraventa otorgada el 12 de junio del año 2002 ante el Dr. Sebastián Valdivieso Cueva, Notario Vigésimo Cuarto de este cantón, e inscrita en el competente Registro de la Propiedad el 25 de junio del mismo año -2002-, no comparece el Arq. Romel Edison Guerra Samaniego, sino la Arq. Elba Patricia Páez Castillo, y no pos sus propios y personales derechos, sino como mandataria de sus padres cónyuges Dr. Julio Fabián Páez Escobar y Elva María Castillo Puente, y en esa única y exclusiva condición vende a los cónyuges Venegas-Santillán, los bienes a los que se refiere el indicado instrumento notarial, única y exclusiva condición en la que también suscribe el instrumento privado al que se refiere el número ‘3’ del precedente considerando. CUARTO.- Por consecuencia de lo anterior, para que la demanda pudiera prosperar, los actores debieron enderezar [SIC] la acción, no solamente en contra de los Arqs. Romel Edison Guerra Samaniego y Elba Patricia Páez Castillo, sino y fundamentalmente en contra de los cónyuges Dr. Julio Fabián Páez Escobar y Elva María Castillo Puente, por su incuestionable interés jurídico, pues ellos son los que vendieron el inmueble, por interpuesta persona de su mandataria, y bien sabido es que las obligaciones de los*

mandantes no son las del mandatario, y al no haber procedido así, han incurrido en una indebida integración de litis consorcio necesario pasivo...”. En los considerandos precedentes, el Tribunal establece que, en la firma de sendos convenios aclaratorios celebrados privadamente entre las partes, la codemandada Elba Patricia Páez Castillo compareció como mandataria de sus progenitores, y como heredera de su padre fallecido; tal particular se desprende asimismo de la transcripción de las excepciones propuestas por aquélla, como de la contestación a la demanda (fojas 16-16 vta. del cuaderno de primer nivel), y de la partida de defunción a foja 60 vta. **TERCERO:** Para el Tribunal ad quem, debía demandarse a quienes suscribieron el contrato de compraventa, como mandantes, es decir, los padres de la demandada. En efecto este es uno de los supuestos de los cuales se debe partir para establecer quiénes debían integrar la litis consorcio pasiva necesaria. Ahora bien, no se trata aquí de una demanda para que se dé cumplimiento al contrato por parte de quienes actuaron como vendedores, como erróneamente establece el Tribunal de alzada, sino para que se verifique una de las obligaciones concretas que se derivan de ese negocio jurídico, cual es la entrega material de los inmuebles que fueron objeto de la negociación, tal como se ha demandado (fojas 40-42). Y esa entrega, naturalmente, no puede ser exigida sino a quien tiene en su poder, físicamente, la cosa materia de la controversia, o sea la demandada, quien además es heredera de su padre. Por lo tanto, los actores no estaban obligados a dirigir su demanda contra los suscriptores del contrato de compraventa. El artículo 1542 del Código Civil señala: “Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede sólo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores está solamente obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores. Exceptuarse los casos siguientes: 2. *Si la deuda es de una especie o cuerpo cierto, el codeudor que lo posee está obligado a entregarlo.*” Si, en la especie, la codemandada Elba Patricia Páez Castillo es quien posee físicamente los inmuebles materia de la controversia (y este particular consta debidamente certificado en autos, como también así se desprende de las propias intervenciones de la demandada), no era necesario contar en esta controversia con quienes otorgaron el contrato de compraventa, o -si quiere extenderse la interpretación con los demás herederos del señor Fabián Páez, tal como expuso la demandada en su escrito de excepciones, pues en la causa, no se está ante un caso de litis consorcio pasivo necesario. Este error ha sido determinante de la parte dispositiva de la sentencia, por lo que debe ser casada y dictarse en su lugar la que corresponda, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de la materia. **CUARTO:** Comparecen a fojas 40-43 del cuaderno de primer nivel los cónyuges Jorge Oswaldo Venegas Yánez y Blanca Marina Santillán Freire, y manifiestan: Que mediante escritura pública celebrada en la Notaría Trigésima Octava del cantón Quito, el 3 de diciembre del 2001, los cónyuges Romel Edison Guerra Samaniego y Elba Patricia Páez Castillo les prometieron dar en venta y perpetua enajenación, los locales comerciales signados con los números tres y cuatro y los parqueaderos seis y siete del edificio “Platinum Plus”, ubicado en la Av. La Prensa, entre Mariano Echeverría y la Escuela de la Policía, sector La Y de la parroquia Chaupicruz de la ciudad de Quito, por el precio de 60.588 dólares, a pagarse en la forma constante en la cláusula quinta del contrato referido. Que los promitentes vendedores, se obligaron a entregarles estos locales y parqueaderos el 31 de julio del 2002. A pesar

de haber cancelado la totalidad del precio convenido, los demandados no han cumplido con su obligación de entregar físicamente los inmuebles y parqueaderos, pese al requerimiento judicial que les hicieron. Que reconociendo su incumplimiento en dicha entrega, emitieron a su favor un recibo de caja por 5.000 dólares, equivalentes a la multa estipulada en la cláusula séptima del contrato promisorio, reconociéndoles además una cantidad de 1.000 dólares, a partir del 1 de agosto de 2002, por cada mes de retraso en la entrega, lo cual tampoco se ha cumplido, pese a haber transcurrido a la fecha de presentación de la demanda diecinueve meses. Con sustento en este contrato de promesa, como en el definitivo de compraventa celebrado el 12 de junio del 2002 (fojas 1-14), demandan a Romel Edison Guerra Samaniego y Elba Patricia Páez Castillo, para que en sentencia sean condenados a la entrega física inmediata de los inmuebles, y adicionalmente, a la reparación y pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios expresados en el daño emergente y lucro cesante ocasionados por el incumplimiento; demandan también el pago de costas judiciales y los honorarios de su defensa. En la audiencia de conciliación y de contestación a la demanda (fojas 48-48 vta.), la parte demandada deduce las siguientes excepciones: **1)** Falta de personería, “*puesto que la arquitecta Patricia Páez comparece a la firma de las dos primeras escrituras como mandataria de sus padres Fabián Páez y Elba Castillo; al fallecer el primer queda terminado el mandato por cuanto los legítimos deudores son todos los herederos, los mismos a los cuales no se los ha citado ni en el requerimiento ni en la presente acción, por lo que no se han constituido en mora ninguno de los legítimos deudores*”. **2)** Falta de fundamento jurídico e incompatibilidad de acciones, porque no puede sustanciarse, por la misma vía, tanto la demanda de entrega de los inmuebles, como la acción de daños y perjuicios. Reconviene a los actores a la firma de “*la modificatoria de la declaratoria de la propiedad horizontales, quienes autorizando ante el Ilustre Municipio de Quito a la realización de la misma se niega a la firma de las escrituras definitivas como lo demostraré dentro del término de prueba, motivos estos por los cuales no se puede cumplir con las obligaciones requeridas por los actores ni con el resto de copropietarios, causando un grave daño económico no solamente a los herederos, sino a la constructora encargada de la edificación de Platinum*”. **QUINTO:** Para justificar sus asertos, los accionantes incorporaron los siguientes medios probatorios: **1)** La promesa de compraventa otorgada por los hoy demandados a favor de los hoy actores el 3 de diciembre del 2001, referente a dos locales comerciales signados con los números tres y cuatro y los parqueaderos seis y siete del edificio “Platinum Plus”, (fojas 17-21). **2)** La escritura pública de 12 de junio del 2002, contentiva del contrato de compraventa de los bienes antes mencionados, entre la arquitecta Elba Patricia Páez Castillo, en su calidad de mandataria de los cónyuges Julio Fabián Páez Escobar y Elva María Castillo Puente, a favor de Jorge Oswaldo Venegas Yáñez y Blanca Marina Santillán Freire (fojas 1-14). **3)** La diligencia de requerimiento formulada por los hoy actores contra los hoy demandados, para que procedan a entregarles los bienes que son hoy materia de la controversia (fojas 22-37). **4)** El documento privado celebrado entre Elba Patricia Páez Castillo como mandataria de sus padres y los cónyuges actores, de 6 de junio del 2002, mediante el cual determinan el valor real del precio de los bienes materia de la controversia. **5)** El documento privado celebrado entre estas mismas partes, de 30 de

septiembre del 2002, reconocido ante el señor Juez Cuarto de lo Civil de Quito (fojas 50-51), mediante el cual se establece en la cláusula segunda que “*Los inmuebles objeto de la escritura de compraventa y documento privado aclaratorio mencionado en la cláusula primera, también son materia del instrumento público celebrado el tres de diciembre del año dos mil uno, ante la Notaría Trigésima del cantón Quito a cargo del doctor Remigio Aguilar Aguilar; en la Cláusula Séptima de dicho instrumento se establecieron plazos, tanto para la entrega del dinero y la suscripción de la escritura definitiva, cuanto para la entrega de los locales comerciales y parqueaderos; en el primer caso se ha cumplido, no así en el segundo caso, por lo que la arquitecta Patricia Páez Castillo de Guerra, en su calidad de vendedora, acepta que la parte compradora ejecute lo estipulado en la Cláusula Sexta del mencionado instrumento público, consecuentemente, la parte vendedora al aceptar esta ejecución, no podrá hacer ningún reclamo posterior por este y por ningún otro concepto relativo [a] aquello*.” En la cláusula tercera se dice, además: “*La arquitecta Patricia Páez Castillo de Guerra, en su calidad de vendedora, manifiesta expresamente que el saldo o diferencia de \$5.000,00 (Cinco mil dólares americanos), para completar el valor real de la compra, constante en la Cláusula Segunda del Documento Privado Aclaratorio suscrito por las partes el seis de junio de dos mil dos, se encuentra satisfecho, conforme se desprende del recibo de pago pertinente, por lo tanto, los cónyuges doctor Jorge Venegas Yáñez y señora Blanca Santillán Freire, no adeudan valor alguno por la compra de los locales comerciales y parqueaderos*”. Finalmente, en la cláusula cuarta de este instrumento, se acuerda una nueva fecha de entrega (31 de enero del 2003), obligándose la parte vendedora en caso contrario a cancelar a los hoy actores mil dólares americanos por cada mes de retraso en la entrega. **6)** El recibo de caja emitido por Patricia Páez de Guerra, por 5.000,00 dólares americanos, “*por concepto de cancelación total de los locales 3 y 4 y parqueaderos No. 6 y 7 del Edificio Platinum en proceso de construcción...*” **7)** Un documento privado de “*Convalidación de las mejoras concertadas en los locales # 3 y # 4 del Edificio ‘Platinum’...*”, donde las partes fijan como nuevo plazo de entrega el 30 de abril del 2003. En la forma de pago y tiempo de entrega se establece por concepto de compensación por la demora en la entrega definitiva, 3.000 dólares americanos, lo que demuestra el reiterado incumplimiento de los plazos fijados en los documentos antes señalados, por la parte codemandada. **SEXTO:** Por su parte, los demandados piden que se tenga como prueba a su favor todo cuanto de autos les fuere favorable, en especial la contestación a la demanda. Impugnan la prueba presentada por los actores, pero no demuestran la tacha formulada por ser aquella “*ilegal, impertinente e indebidamente actuada*.” Solicitan que se tenga en cuenta la copia simple del cheque girado por Blanca Santillán Freire a favor de Patricia Páez por 20.000,00 dólares americanos, el cual fue protestado por insuficiencia de fondos, lo cual demostraría que los actores no cancelaron el valor adeudado en el tiempo acordado, y solicitan que se envíe oficio sobre el manejo de la cuenta corriente de la giradora y “*certifique el protesto del cheque*” al banco respectivo, oficio que nunca se incorpora al proceso. Piden que se remitan sendos oficios a varias instituciones, pero dichos oficios tampoco fueron incorporados al proceso; reproducen como prueba a su favor los documentos presentados por los actores, para que se constate que la codemandada Elba Patricia Páez Castillo compareció no por sus propios derechos, sino como

mandataria de sus padres, por lo cual, habiéndose celebrado los contratos de promesa y de compraventa con anterioridad al fallecimiento de su padre, debió haberse citado esta demanda a los demás coherederos del señor Fabián Páez, mientras el arquitecto Rommel Guerra comparece únicamente como cónyuge de la mandataria. Igualmente, para demostrar este último aserto, acompañan copias simples de la diligencia de posesión efectiva de los bienes dejados por Julio Fabián Páez Escobar. **SEPTIMO:** Visto el material probatorio que antecede, es pertinente concluir que mientras los actores han demostrado su permanente intención de persistir en la contratación, cancelando a tiempo todos los valores adeudados por concepto de la negociación, se establece en cambio la conducta dilatoria de la arquitecta Elba Patricia Páez Castillo, a cuyo cargo -no cabe duda- estaba la construcción y entrega de los locales y parqueaderos materia de la controversia, y su negociación con los hoy actores, y fue la persona que recibió el precio, aunque se quiera alegar que esos bienes eran de propiedad de otras personas, lo que se establece sobre todo de la promesa de compraventa celebrada con la parte actora; por lo demás, conforme ya se explicó en el considerando tercero de esta resolución, la demandada, como coheredera que está en posesión de los bienes materia de la controversia, que fueron de propiedad del señor Julio Fabián Páez Escobar, está obligada a entregarlos, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 1542 del Código Civil. Finalmente, la prueba actuada por la parte demandada en nada logra desvirtuar la presentada por la parte actora, ya que consta de copias simples y de meras aseveraciones que en nada contribuyen a demostrar sus excepciones, ni la reconvencción deducida. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Quito, y en su lugar declara con lugar la demanda, condenándose a los demandados a la entrega material de los locales y parqueaderos materia de la controversia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil, así como al pago de los daños y perjuicios que se han ocasionado a la parte actora por la demora en la entrega de los locales, monto que será determinado tomando como base los documentos privados suscritos entre las partes a los que se ha hecho referencia en el considerando quinto de esta resolución. No ha lugar el pago de daños y perjuicios por daño emergente y lucro cesante, porque estos rubros no han sido demostrados procesalmente. Con costas a cargo de los demandados, pero sin honorarios que regular en este proceso de casación. En virtud del nombramiento de la Secretaria Relatora de esta Sala como Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actúe como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado (Voto Salvado).

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora, encargada.

RAZON: Es fiel copia de su original.- Quito, a 29 de abril del 2008;

Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada.

N° 104 - 2008

Dentro del juicio ordinario No. 63-07, que por daño moral sigue el señor José Wilson Quiñónez Becerra contra el Gerente General del Banco Nacional de Fomento, se ha dictado, lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 28 de abril del 2008; las 09h52.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el Señor Presidente de la Corte de Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez; y, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el doctor Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- En lo principal, Angel Augusto Bueno Cifuentes, en su calidad de Gerente General y representante legal del Banco Nacional de Fomento, deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de Conjuces de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización por daño moral, sigue José Wilson Quiñónez Becerra contra dicha entidad. Dicho recurso fue concedido, lo que permitió que el proceso sea conocido por la Corte Suprema de Justicia; por el sorteo de ley, se radicó en esta Sala la competencia para el conocimiento de la causa. Una vez que ha concluido la etapa de sustanciación correspondiente, para resolver se considera: **PRIMERO:** El recurrente acusa al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación falta de aplicación de los artículos 16 y 162 del anterior Código de Procedimiento Penal, “normas que han sido recogidas por el Código de Procedimiento Penal vigente” en sus artículos 31 numeral 2, 51, 245, 249 y 413, así como de “precedentes jurisprudenciales obligatorios” en los

cuales las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia han señalado que “para que proceda la acción de daño moral proveniente de una acusación particular o denuncia, es requisito sine qua non la declaratoria previa de maliciosa o temeraria por parte del organismo judicial que conoció la acción penal derivada de dichas acusación o denuncia.” Que se han vulnerado los artículos 2214 “y siguientes” del Código Civil, al aplicarse indebidamente a la especie la institución de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Finalmente, con fundamento en la causal cuarta, señala que el Tribunal no consideró la excepción de incompetencia del juzgado de primer nivel al amparo de los artículos 25 y 27, hoy 24 y 26 del Código de Procedimiento Civil, que dicen que el Juez competente es aquel del lugar donde tiene su domicilio el demandado. Estos son los límites, fijados por el propio recurrente, en los cuales se desenvolverá la actividad jurisdiccional de la Sala como Tribunal de Casación.

SEGUNDO: Se estudiará en orden lógico el cargo sustentado en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. Al respecto, cabe anotar que el Tribunal de última instancia se limita a enunciar cuáles han sido las excepciones propuestas por el demandado, sin que estudie en detalle cada una de ellas. Si bien este error - que evidencia falta de motivación antes que vicio de *infra petita* como lo acusa el recurrente- aparece en la sentencia, no ha sido determinante para la resolución de la causa: en efecto, según el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil, además del Juez del domicilio del demandado, es también competente “...5. El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos”; tratándose este proceso precisamente sobre esa materia, y habiéndose configurado debidamente la relación jurídico-procesal en esta causa al haberse citado al representante legal de la entidad demandada (razones a foja 18), no había lugar a la declaratoria de incompetencia por parte del juzgador de instancia, por ser un caso de fuero concurrente o alternativo y no excluyente. Por lo tanto, se rechaza el cargo sustentado en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

TERCERO: En relación a la causal primera, el recurrente alega que se han dejado de aplicar los artículos 16 y 162 del Código de Procedimiento Penal de 1983, cuyos principios han sido ratificados por los artículos 31 numeral 2, 51, 245, 249 y 413 del vigente código de la materia. Que el Tribunal de instancia ha omitido estudiar abundante jurisprudencia de las Salas de lo Civil y Mercantil de esta Corte Suprema, que establece las condiciones para el ejercicio de una acción de esta clase, pues no cabía declarar con lugar la demanda, cuando la entidad demandada, en ejercicio legítimo de su derecho de acción, solicitó el inicio de un proceso penal contra el hoy actor.

CUARTO: En la sentencia de última instancia (fojas 98-100 del cuaderno de segundo nivel), se señala textualmente: “Conforme los fallos del Tribunal Supremo, vigentes para el caso, el daño moral procedía aún en los casos de haberse iniciado juicio civil injustamente, como se observa de la jurisprudencia emitida por la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, cuya parte sustancial consta en la Enciclopedia Jurídica del Dr. Galo Espinosa, Págs. 347 y 348; la publicada en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 5, Pág. 1293, al decir: ‘En síntesis, el daño moral es la molestia, perturbación, dolor, sufrimiento, menoscabo... En suma, la acción u omisión que puede estimarse ilegítima y

lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones que detenta una persona, que en forma de reparación se determina por una indemnización pecuniaria o económica, sin perjuicio de otro tipo de satisfacciones como publicaciones y desagravios públicos, pero cuyo monto en nuestra legislación, sólo comprende el daño emergente’...”. Se hace luego una mera relación de las pruebas actuadas por las partes, y se concluye sin mayor análisis en el considerando octavo: “De autos ha quedado demostrado con prueba instrumental, y prueba testimonial de varios testigos [SIC] que dan suficiente razón de sus dichos, que el actor debido al juicio que se le presentara en su contra por parte del Banco Nacional de Fomento, le provocó sufrimiento en su personalidad al verse envuelto en un juicio penal, juicio que luego de más de tres años se le sobresee definitivamente, enjuiciamiento penal en donde Guillermo Román comparece a nombre de la Institución que representa. Se rechaza las excepciones deducidas por parte del Banco Nacional de Fomento en Esmeraldas.”

La conclusión del Tribunal de última instancia parte de los elementos que conforman el daño moral, lo cual es en un inicio correcto; ahora bien, era preciso establecer que la actuación que dio origen al daño que se habría producido, tuvo como sustento una acusación penal formulada contra el hoy actor por la entidad demandada, por lo cual se han omitido analizar cuestiones fundamentales para resolver este proceso, en especial los artículos que, justamente, han sido citados por el recurrente. Por otra parte, cabe anotar que la sentencia de casación citada por el Tribunal de alzada, no se refiere en nada a una acción de daño moral cuyo antecedente haya sido un enjuiciamiento penal, sino el perjuicio que se había producido, en aquella ocasión, a una profesional médica que fue injuriada con publicaciones de prensa que lesionaron su derecho a la honra y a la imagen. La jurisprudencia es un elemento que ayuda al Juez a resolver los casos que ante él se deducen, porque le aporta criterios valiosos de juicio; pero no se puede, sin más, tomarla sin considerar las normas jurídicas en las cuales se encuadran los supuestos de hecho invocadas por las partes.

QUINTO: Para resolver los cargos formulados contra la sentencia de última instancia, es preciso señalar cuáles fueron los hechos que motivaron la presentación de la demanda de indemnización por daño moral -y que no han sido controvertidos por los litigantes por lo cual se convierten en hechos firmes-, que son los siguientes (relatados en la demanda, fojas 11-13, así como en la contestación a la demanda, fojas 20-24):

- 1) El actor trabajó en calidad de Consultor No. 1 de Crédito del Banco Nacional de Fomento, Sucursal Limones (Esmeraldas), desde 1993 hasta el 22 de febrero de 1996, fecha en la cual el Juez Quinto de lo Penal, con jurisdicción en los cantones de San Lorenzo y Eloy Alfaro, “sobre la base de la indebida acusación particular propuesta por Guillermo E. Román S., Gerente Regional Norte del Banco Nacional de Fomento, en ese entonces, quien reprodujo el informe No. DAI-Q-071-95 de 20 de octubre de 1995, elaborado por Auditoría Interna del Banco Nacional de Fomento, acusándome de haber emitido informes falsos”;
- 2) Debido a este proceso penal, y en especial a la medida cautelar de orden personal dictada en su contra, el hoy actor dejó de cumplir sus funciones en el banco, y dejó de percibir ingresos, al convertirse en prófugo, según él mismo lo señala.
- 3) Que el Juez de primera instancia dictó el 11 de octubre de 1996 auto de sobreseimiento definitivo a su

favor, resolución que fue elevada en consulta al superior, el cual ratificó dicho auto (que calificó expresamente la denuncia como no maliciosa ni temeraria). Entonces, *“es evidente que la institución a través de la persona del acusador particular, señor Guillermo Román, realizó un acto abusivo del derecho y de las facultades que le señala la ley, al haber impulsado la acusación particular con nítida malicia en mi contra, por consiguiente, se trata de un procesamiento injustificado al haber sido enjuiciado penalmente a sabiendas de que no lo merecía...”*. 4) En la contestación a la demanda, el representante del Banco Nacional de Fomento ratifica que inició el proceso penal sobre la base de ese informe de auditoría (denuncia cuyas copias constan a fojas 1-3 vta.), del cual se concluyó que el hoy actor, en la calidad en la cual laboraba en la institución, elaboró informes falsos que permitieron otorgar préstamos a personas allegadas al banco y familiares de funcionarios y empleados de dicha oficina, *“configurando de esta manera el delito tipificado y sancionado por el Art. 8 del Decreto No. 417 expedido el 11 de septiembre de 1970 y publicado en el Registro Oficial No. 68 de 25 de septiembre de ese mismo año*. 5) De las copias certificadas del juicio penal, consta la resolución del Tribunal de alzada (fojas 99-101 vta.), que en la parte pertinente señala: *“Por las consideraciones que anteceden, no constando en el proceso la comprobación conforme a Derecho de las acciones punibles imputadas, la Sala, acogiendo el criterio de los señores Promotor Fiscal y Ministro Fiscal, confirma el auto de sobreseimiento definitivo consultado, desechando el recurso de apelación del acusador particular. La acusación particular no es temeraria ni maliciosa.”*. **SEXTO:** El artículo 2231 del Código Civil señala que las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solamente si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también daño moral; el artículo 2232 *ibidem* establece que esta indemnización podrá reclamarse, a título de reparación, por quien haya sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta, y además dice: *“Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes./ La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.”*. Conforme señala la entidad recurrente, el daño moral cuya reparación demanda el actor, tendría su origen en la denuncia que presentó, a su tiempo, en contra de aquel; y dice que si, en su oportunidad, el juzgador de la causa no determinó que tal denuncia fue maliciosa o temeraria, entonces no tiene asidero la pretensión de indemnización por daño moral deducida por el actor, porque se estaría vulnerando de esta manera su derecho de acción, al velar por los intereses económicos de la institución. Al respecto cabe señalar: 1) Si, como resultado de una denuncia penal, se inicia un proceso -como de las constancias procesales así se evidencia en la especie- pero concluye calificándose a la denuncia expresamente como no

maliciosa ni temeraria, ¿cabe demandar al denunciante indemnización alguna por daño moral?. La pregunta viene en todo al caso porque el inicio del proceso penal respectivo fue uno de los fundamentos de la demanda y la calificación del ejercicio de la acción penal tema sobre el cual expresamente el banco ha fundamentado su acusación de falta de aplicación de los artículos 16 y 162 del Código de Procedimiento Penal de 1983, así también porque, argumenta, la jurisprudencia de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, -entre otros casos, en los fallos citados por el recurrente en su exposición de agravios- ha señalado en forma reiterativa que, al no mediar calificación de malicia o temeridad de una denuncia penal, no cabría indemnización alguna por daño moral. 3) A la época en que se dedujo la demanda (6 de octubre de 1998, según razón a foja 13 vta.), calificada y aceptada a trámite en la misma fecha (auto a foja 13 vta.), perfeccionada la citación el 18 de diciembre de 1998 (razones a fojas 18), y contestada la demanda (27 de enero de 1999, razón a foja 24), estaba aún vigente el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal de 1983, que decía: *“Por lo tanto, no podrá demandarse la indemnización civil mientras no exista una sentencia penal condenatoria firme que declare a una persona responsable penalmente de la infracción.”*. Si el pronunciamiento dictado dentro del juicio penal respectivo no calificó la conducta del denunciante ni de maliciosa ni de temeraria, no era procedente pago alguno de indemnizaciones de carácter civil por daño moral. Ya esta Sala ha dicho en varias resoluciones dictadas en el JUICIO NO. 281-2006 que, de suyo, el ejercicio de la acción penal no es contrario a derecho, porque la Constitución consagra como derecho fundamental el de acceso a la jurisdicción. Entonces, si dicho ejercicio se conduce dentro de los parámetros constitucionales y legales, no origina el deber de indemnizar. Tanto es así que nuestro ordenamiento jurídico estableció expresamente que el derecho a reclamar las indemnizaciones de daño patrimonial y de daño moral dependen de si el juzgador penal que conoce del proceso en el que se ha deducido la acusación particular o se ha presentado la denuncia y al calificarla, califica dicha actuación como ilícita, sea por temeridad o malicia (artículos 16 y 17 del Código de Procedimiento Penal de 1983, vigente a la época en que se dedujo esta demanda). Como dijo también esta Primera Sala fallo No. 287 de 6 de julio de 2000, publicado en el Registro Oficial 140 de 14 agosto del mismo año, y en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 3, pp. 609-612, *“[...] Cuando el legislador, en el artículo tercer innumerado que se mandó agregar a continuación del artículo 2258 [hoy 2234] del Código Civil por la Ley N° 171, promulgada en el Registro Oficial N° 779 de 4 de julio de 1984, dijo que las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes, no dijo ni podía decir que se deba indemnización por daño moral por acciones u omisiones lícitas, lo que dice es que la reparación del daño moral no se halla comprendida en la reparación del daño patrimonial, que una y otra son obligaciones independientes entre sí de tal manera que la suerte que corra la una no afecta a la otra por lo que, inclusive, puede reclamarse el daño moral aunque se haya satisfecho la indemnización patrimonial como, por ejemplo. El pago de un seguro de vida, de enfermedad etcétera, sin embargo, las dos se originan en una misma causa de la cual son dependientes, de tal manera que si la causa no existe no exigible ni una ni otra. En consecuencia no cabe reclamar indemnización de daño moral (como tampoco de daño patrimonial) por haberse presentado una denuncia o una acusación particular dentro de un proceso penal, si es que*

tal denuncia o acusación particular no ha sido calificada como temeraria o maliciosa por el juez de la causa mediante resolución definitiva; calificación que, de conformidad con lo que dispone el inciso segundo del artículo 16 del vigente Código de Procedimiento Penal, es prerequisite para que prospere la acción indemnizatoria tanto de los daños patrimoniales como de los morales, conforme se concluye del análisis que antecede.”. Por lo tanto, al no existir en la especie en definitiva un pronunciamiento sobre la conducta del denunciante (hoy demandado), es evidente que no existió un ejercicio abusivo del derecho a la jurisdicción; en consecuencia, el Tribunal de última instancia no sólo que dejó de aplicar los artículos 16 y 162 del Código de Procedimiento Penal vigentes a la época en que se dedujo la demanda, sino que aplicó indebidamente los artículos 2231 y 2232 del Código Civil al determinar que la entidad demandada está obligada a indemnizar daño moral como lo alega el actor, por lo que es procedente casar la sentencia y dictar en su lugar, con el mérito de los hechos establecidos en ella, la que corresponda, conforme el artículo 16 de la Ley de Casación. **SEPTIMO:** El representante legal -a la fecha- del Banco Nacional de Fomento, se excepcionó expresamente con la falta de derecho del actor para deducir esta demanda, porque la acusación particular que dedujera en contra de éste, fue declarada expresamente como no maliciosa ni temeraria. Tal como se señaló en el considerando que antecede, la actuación del banco tuvo como objeto determinar si el hoy actor incurrió o no en el delito de emitir informes falsos, lo que a su vez habría conducido a que se entreguen créditos a personas que no lo merecían y a familiares de funcionarios del banco; dicha entidad finalmente presentó una denuncia penal contra el hoy actor sobre la base de los exámenes de autoría practicados por la correspondiente unidad administrativa. Conforme se ha indicado, a la época en que se dedujo la demanda, fue calificada y aceptada a trámite, estaba vigente el Código de Procedimiento Penal de 1983, cuyos artículos 16 y 17 establecían que, si en el ejercicio de la acción penal, la acusación no es declarada maliciosa ni temeraria, no ha lugar el pago de las indemnizaciones civiles, en este caso, por daño moral. En consecuencia, es procedente aceptar las excepciones relativas a la falta de derecho del actor para proponer esta demanda. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Sala de Conjuces de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, y en su lugar, rechaza la demanda por los fundamentos expuestos en esta resolución.- En virtud del nombramiento de la Secretaria Relatora de esta Sala como Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actúe como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Sin costas Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado (Voto Salvado).

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora, encargada.

VOTO SALVADO DEL DOCTOR VITERBO ZEVALLOS ALCIVAR.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, 28 de abril de 2008; las 09h52.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el Señor Presidente de la Corte de Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la denuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez; y, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el doctor Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- En lo principal, Angel Augusto Bueno Cifuentes, en su calidad de Gerente General y representante legal del Banco Nacional de Fomento interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de Conjuces de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que por daño moral sigue José Wilson Quiñónez Becerra contra dicha entidad, el mismo que al ser concedido permite que suba el proceso a la Corte Suprema de Justicia, habiéndose radicado la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil mediante el sorteo de ley; y, agotado el trámite de sustanciación, el estado es el de resolver el recurso interpuesto, y para ello, se considera: **PRIMERO:** En la especie, el recurrente acusa infracción de las normas contenidas en los artículos 16, y 162 del anterior Código de Procedimiento Penal, “*normas que ha sido recogidas por el Código de Procedimiento Penal vigente*”, en sus artículos 31 numeral 2, 51, 245, 249 y 413, así como de *precedentes jurisprudenciales obligatorios* “en los cuales las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia han señalado que *para que proceda la acción de daño moral proveniente de una acusación particular o denuncia, es requisito sine qua non la declaratoria previa de maliciosa o temeraria por parte del organismo judicial que conoció de la acción de dichas acusación o denuncia*”; que se han vulnerado los artículos 2214 y siguientes del Código Civil al aplicarse indebidamente a la especie la institución de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Finalmente, con fundamento en la causal cuarta, señala que el Tribunal no consideró la excepción de incompetencia del juzgado de primer nivel al amparo de los artículos 25 y 27, hoy 24 y 26 del Código de Procedimiento Civil, que dicen que el Juez competente es aquél del lugar donde tiene su domicilio el demandado. **SEGUNDO:** Que “las pretensiones formuladas en la demanda y las excepciones invocadas en la contestación de la demanda establecen la esfera dentro de la cual se traba la litis en primera instancia y sobre ellos es que debe resolverse en la sentencia.- Comúnmente los puntos sobre los que se traba la litis quedan fijados en la demanda, y en la contestación dada a la misma y cuando se interpone recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, la situación sobre los puntos sobre los que se trabó la litis no se modifican en segunda instancia. El Tribunal para ante quien se interpuso el recurso, con sujeción al Art. 338

(actual 334) del Código de Procedimiento Civil, confirma, revoca o reforma la resolución apelada, según el mérito del proceso y aún cuando el Juez inferior hubiese omitido en su resolución decidir alguno o algunos de los puntos controvertidos. Pero en el juicio ordinario, como lo es el actual, tal situación cambia sustancialmente, por que el que interpone el recurso de apelación debe formalizar, con arreglo al Art. 417 (408 norma actual) del Código de Procedimiento Civil, los puntos a los que se contrae el recurso. La formalización del recurso configura el ámbito de la litis de segunda instancia.- En otras palabras, unos son los puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia y otros son los puntos sobre los que se trabó la litis en segunda instancia. Por cierto, en la formalización de la apelación no puede introducirse nuevos puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia; estos pueden reducirse, pero en ningún supuesto ampliarse con otros.- En ésta virtud, a los puntos que se trabó la litis en segunda instancia tiene que circunscribirse la sentencia del Tribunal de alzada.- Por estas razones, en el juicio ordinario, las tres formas de incongruencia en la sentencia pueden darse no ya sobre los puntos que se trabó la litis en primera instancia, sino sobre los puntos en los que quedó trabada la litis en segunda instancia, tomando como punto de referencia la formalización del recurrente y la adhesión del recurso que pudiese haber hecho la contraparte”, según la resolución No. 178-2004 tomada por esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil dentro del juicio reivindicatorio No. 217-2003 propuesto por Natalie Ivett de Pérez contra Gerardo Mena García y Cecilia Carrera de Mena, publicada en la G. J. No. 15, Serie XVII pp. 4952. - En consecuencia procede examinar tanto la demanda como la contestación dada a la misma, y se lo hace de la siguiente manera: **a) La demanda.-** José Wilson Quiñónez Becerra, en la demanda expresa, entre otras cosas, que “desde el 3 de marzo de 1993, por haber sido designado por el Banco Nacional de Fomento sucursal de Limones, hasta el 22 de febrero de 1996, fecha en la cual el señor Abogado Félix Monteverde, Juez Quinto de lo Penal con jurisdicción en los cantones de San Lorenzo y Eloy Alfaro, sobre la base de la indebida acusación particular propuesta por Guillermo Román, Gerente Regional Norte del Banco Nacional de Fomento, de es entonces, quien reprodujo el informe No. DAI-Q-071-95, del 20 de octubre de 1995, elaborado por auditoría interna del Banco de Fomento, acusándome de haber emitido informes falsos”; que el Juez dictó autocabeza de proceso en su contra con prisión preventiva, sindicándole de informes falsos; que debido a la existencia del injusto proceso penal y en especial a la medida de orden cautelar no pudo continuar cumpliendo con sus funciones en el Banco Nacional de Fomento y dejó abandonada su familia; que tramitado el proceso en Juez de primera instancia dictó auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del sindicado; que elevado el proceso a la Corte Superior de Esmeraldas por la interposición de los recursos de apelación y de nulidad interpuestos por el banco acusador ésta confirmó el sobreseimiento indicado; que se trata de un procedimiento injustificado al haber sido enjuiciado penalmente a sabiendas que no lo merecía, en vista de que la presunta infracción no se había producido; que con los antecedentes expuestos demanda al Banco Nacional de Fomento, a fin de que en la sentencia se le condene al pago de la indemnización en la suma de un mil quinientos millones de sucres por concepto de reparación de daño moral.- **b)-** El Juez de la causa, considerando que la demanda cumplía con los requisitos legales, la aceptó al trámite del juicio ordinario y ordenó que se corra traslado

con la misma y el auto de calificación de la demanda, al banco demandado y que se cite al Procurador General del Estado, en providencia de fs. 13 vuelta del cuaderno de primera instancia, todo lo cual fue cumplido.- **c) Contestación de la demanda, excepciones.-** Citada que fuera la demanda a la entidad demandada ésta compareció mediante escrito de fs. 20 a 24 y en el que dedujo las siguientes excepciones: 1° Alego expresamente la nulidad del juicio de conformidad con lo que dispone el Art. 353 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto en el trámite de la presente causa se han omitido las solemnidades sustanciales que vician el procedimiento.- 2° Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; 3° Incompetencia del juzgado, con fundamento en lo que disponen los Arts. 25 y 27 del Código de Procedimiento Civil. 4° Alego falta de legítimo contradictor, por cuanto la demanda se la debió proponer en contra de quienes en calidad de funcionarios del Banco Nacional de Fomento dedujeron la acusación particular que motiva la demanda planteada. 5° Falta de derecho del actor. 6° Improcedencia de la acción.- Tramitado el proceso el Juez de la causa, en la sentencia, declaró con lugar la demanda, sentencia de la que interpusieron recurso de apelación tanto el actor como el banco demandado.- Subido el proceso a la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas los apelantes, dentro del respectivo término, formalizaron sus respectivos recursos y determinaron explícitamente los puntos a que se refiere la apelación, y que no son otros, que los hechos expuestos en la demanda y a la contestación de ésta con las consiguientes excepciones y reconvencción... La Sala en referencia dictó sentencia desechando el recurso de apelación presentado por el Banco Nacional de Fomento y reformando la de primer grado y de la cual el banco demandado ha interpuesto el recurso de casación. **TERCERO:** A efecto de resolver sobre los hechos de la controversia se considera: **1°** El Art. 273 del Código de Procedimiento Civil ordena que “la sentencia decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella”. Por mandato legal, el Juez o Tribunal debe sujetarse en los actos del proceso, a las normas reguladoras del mismo puesto que éstas, como medio para hacer efectivos los postulados de la justicia y entre éstas normas la aquí referida, que obliga a que en la sentencia se decida únicamente sobre los asuntos de la litis, y que no son otros, que los consignado en la demanda y en la contestación en los que en definitivamente se fijan los términos del debate.- “Esta disposición impone al Juez el deber de estudiar en su sentencia tanto las pretensiones deducidas en la demanda como las contraprestaciones expuestas en la contestación a ella, siguiendo un orden lógico”.- Devis Echandía (Compendio de Derecho Procesal - Teoría General del Proceso, t, I, pp. 464 y ss.) dice al respecto: “En la sentencia debe estudiarse primero si las pretensiones incoadas en la demanda tienen o no respaldo en los hechos probados y en la ley sustancial que los regula, y solamente cuando el resultado sea afirmativo se debe proceder al estudio de las excepciones propuestas contra aquellas por el demandado; pues si aquellas deben ser rechazadas aún sin considerar las excepciones, resultaría inoficioso examinar estas. Todas las pretensiones principales deben ser resueltas en la parte dispositiva de la sentencia, a menos que ésta deba ser inhibitoria, y, si no prosperan, deben resolverse sobre las subsidiarias. En cambio, cuando se han alegado o probado varias excepciones perentorias, no es necesario que el juez las estudie todas, ni que se pronuncie sobre ellas, pues le basta

hacerlo respecto de aquella que debe prosperar, si desvirtúa todas las peticiones de la demanda.- Si la sentencia es inhibitoria, por que se admite una excepción dilatoria, no puede el juzgador de instancia pronunciarse sobre las pretensiones del actor porque estaría anticipando criterio, y, si admite una excepción perentoria que desvirtúa todas las peticiones de la demanda tampoco es necesario que se pronuncie sobre las pretensiones ni sobre las restantes excepciones en aplicación del principio de la economía procesal.” (Fallo de Casación.- R.O. No. 45-13-X-98).-

2° Excepciones de nulidad del proceso y de competencia del Juez.- El banco demandado alegó como excepciones las de nulidad del juicio y las de falta de competencia del juzgado.- Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 1° establece como uno de sus principios fundamentales que el “Ecuador es un Estado Social de Derecho” y que como tal tiene como “ el más alto deber el respetar y hacer respetar los derechos humanos” constantes no solo en la propia Constitución sino los que se establecen “en las declaraciones, pactos, convenios y mas instrumentos internacionales vigentes”, según sus artículos 16 y 17.- Y entre esos derechos humanos que el Estado considera como uno de sus más altos deberes de respetar y hacer respetar está el consignado en el Art. 23, numeral 27 de la Constitución, mediante el cual se garantiza el “derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones”.- Y, con el objeto de hacer realidad el debido proceso, la Constitución, en el Art. 24, establece las garantías básicas que, a mas de su carácter declarativo, forman parte e integran el ordenamiento jurídico interno con otras normas constantes en leyes orgánicas, leyes y decretos que desarrollan sus principios y establecen las reglas para su aplicación.- Es decir, que todas ellas integran el principio de la legalidad del país conducentes, de modo inequívoco, total y absoluto, a la intangibilidad de los fallos y decisiones jurisdiccionales en una real aplicación de la justicia.- Y entre las garantías básicas del debido proceso, consta la consignada en el numeral 1°, parte final del artículo 24 de la Constitución que dice: “Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observación del trámite de cada procedimiento”.- Como se puede apreciar se trata de la incorporación, como norma constitucional, del principio universal de la legalidad convirtiendo a las normas de derecho procesal en normas constitucionales y consecuentemente en autónomas, de orden público, de obligado cumplimiento, conforme lo ratifica el artículo 192 de la Carta Magna cuando dice: “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia.-Hará efectiva las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia.- No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.- Y este es el criterio aplicado por esta Primera Sala de Casación Civil en numerosos fallos y entre ellos el publicado en la G. J. No. 13 de la Serie XIII, pp. 2977-78, en el que expresa lo siguiente: “Es obvio, el precepto constitucional que encarna el Art. 92 de la Carta Fundamental del Estado (ahora 192) de que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia al que no se oponen las normas del Código de Procedimiento Civil que son precisamente los medios para alcanzar el postulado de la justicia, reglando la sustanciación de los asuntos controvertidos atenta su naturaleza, ora en los juicios declarativos de derecho, ora de ejecución, etc., que demandan trámites especiales. No es, por lo mismo, la violación de trámite una simple formalidad sino algo sustantivo a cada caso, cuestión

que no está atribuida a la voluntad de las partes ni del Juez sino a regulaciones legales que, atañen al orden público. La ley, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan que las normas procesales son normas medios, por que sirven de medio para la aplicación de las normas objetivas materiales y, además son instrumentales, por que sirven de instrumentos para la realización del derecho objetivo en casos determinados, singulares y concretos.- De ahí que, en definitiva, el derecho procesal es un derecho público, autónomo, de obligado cumplimiento...”. 2° Entre las normas procesales destinadas a la sustanciación de los procesos consta la establecida en el inciso 1° del Art.1 del Código de Procedimiento Civil, y que es catalogada como solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias cuya omisión puede ocasionar la nulidad procesal, y que dice: “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes”.- Conforme al texto de la norma, la jurisdicción no es otra cosa que el poder de administrar justicia por las personas designadas de acuerdo con la ley, en forma independiente de las otras funciones del Estado y de los diversos órganos jurisdiccionales.- El artículo 18 del Código de Procedimiento Civil así lo señala cuando dice: “La jurisdicción legal nace por elección o nombramiento hecho conforme a la Constitución o la ley ...” y “principia su ejercicio desde que los titulares de los órganos jurisdiccionales toman posesión de su empleo o cargo y entran al desempeño efectivo del mismo”.- El referido artículo 1° del Código de Procedimiento Civil, en el inciso 2° expresa: “Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados”.-Como se puede apreciar existen diferencias sustanciales entre jurisdicción y competencia, puesto que la primera institución es de carácter general, abarca a todos los órganos jurisdiccionales nombrados y posesionados de conformidad con la ley para que ejerzan la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, mientras que la competencia es limitada de acuerdo a la distribución de la jurisdicción; de ahí que se diga que todo Juez tiene jurisdicción pero no todos tienen competencia. El Tratadista Hernando Devis Echandia, al analizar las instituciones de jurisdicción y competencia, en su obra Compendio de Derecho Procesal.- Teoría General del Proceso, nos enseña: “Jurisdicción y competencia.-Si bien la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los jueces y magistrados, es indispensable reglamentar su ejercicio para distribuirla, en cada rama jurisdiccional, entre los diversos jueces. Y esta es la función que desempeña la competencia.- La competencia es, por lo tanto, la facultad de cada Juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene, para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio. La jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por ésta se le otorga al Juez el poder de conocer de determinada porción de asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama, en conjunto y comprende todos los asuntos adscritos a ésta (civiles, penales, laborales, contenciosos-administrativos, fiscales, militares, eclesiásticos, respectivamente).- Entre ellos hay una diferencia cuantitativa y no cualitativa.- Por eso podemos considerar la competencia desde su doble aspecto: el objetivo como el conjunto de asuntos o causas en que con arreglo a la ley puede el juez ejercer su jurisdicción dentro de los límites en

que se le es atribuida.- Si bien esos límites tienen diversa importancia, en ellos se tratará siempre de distribución de jurisdicción entre los jueces de una misma rama jurisdiccional.- En otras palabras, un juez es competente para un asunto, cuando le corresponde su conocimiento con prescindencia de los demás que ejercen igual jurisdicción en el mismo territorio o en territorio distinto; un Juez puede tener jurisdicción con relación a un negocio, o mejor, a la clase de negocios de que se trata, por ejemplo, por corresponde a la jurisdicción y ser él de la misma rama, pero carecer de competencia para él.- Y naturalmente, sino tiene jurisdicción para el caso, menos le corresponde la competencia.- Por lo tanto, lo primero que debe hacer un juez cuando se pide que conozca de un asunto, es ver si corresponde a su jurisdicción.- Una vez que concluya, afirmativamente, procederá a estudiar si tiene competencia para él. La distribución de los negocios judiciales opera no solo entre los distintos despachos de la respectiva rama civil, penal, laboral, etc., sino entre los varios jueces o magistrados de un mismo despacho, cuando es plural (como los tribunales y la Corte) y cuando son varios del mismo grado como los varios jueces y territorio rama jurisdiccional”.- En la especie, se observa el banco demandado “alegó la falta de competencia del Juez a quo en razón de que tiene el domicilio en la ciudad de Quito, y que en consecuencia el Juez de su fuero es el de su domicilio. A efecto de asegurar la validez del proceso, se considera que la competencia, como límite de la jurisdicción, está sometida a reglas esenciales y fundamentales conducentes a garantizar la vigencia del orden jurídico; y entre estas reglas generales consta la del Art. 29, numeral 5° del Código de Procedimiento Civil que expresa: “Además del juez del domicilio, son también competentes:... 5°.- El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de estos “Así mismo se observa que el Banco demandado compareció a juicio, contestó la demanda, propuso excepciones, presentó pruebas, y que en definitiva ejerció ampliamente el derecho a la defensa sin estar en indefensión. Por lo tanto, no observándose la omisión de alguna solemnidad sustancial comunes a los juicios que pueda ocasionar la nulidad del proceso se lo declara válido.- **3°.- Otra excepción de es la “negativa de daño moral”.-** Al respecto se indica que la característica esencial del daño moral es que no tienen un valor pecuniario, por que no se traducen en una pérdida o lesión pecuniaria al patrimonio, sino que lesionan la sensibilidad anímica, íntima de las personas; afecta a la personalidad.- “El daño moral es una molestia o dolor no patrimonial en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria al patrimonio de la víctima que queda intacto, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestias que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencia o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine pretium doloris; el daño moral es aquél que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana, en último término, todo aquello que signifique menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño”, según la resolución del Tribunal Constitucional publicada en el R. O. 110-S del 30 -VI- 2000”.- La Enciclopedia JURIDICA OMEBA, en el Tomo 1° entre otras cosas, nos enseña: “El agravio moral ha sido definido de distinta manera, atendiendo al criterio con que se encara el problema y sin que las definiciones heterogéneas indiquen

posición encontrada de los autores.- Si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el agravio moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes en los bienes extramatrimoniales, que cuentan con protección jurídica.- Si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales titulados por la ley.- En el primer concepto, implica que el ataque a los bienes del patrimonio configura daño material o patrimonial.- En cambio, el ataque a un derecho no patrimonial, ataque a la integridad corporal, al honor, la reputación incluida la de la familia, a la libertad, violación de un secreto concerniente a la parte lesionada, etc., produce agravio moral.- Siendo normal que en situaciones como las que dan lugar a un problema de agravio moral, toda persona se sienta íntimamente afectada y sufra los efectos de ese dolor moral, bastará con acreditar la materialidad del ataque.- No es el juez el que debe confrontar la realidad y medida del dolor sufrido para reconocerlo y fijar la indemnización. Ya lo ha tenido el legislador por existente, al reconocer la categoría de bienes extramatrimoniales y sancionar su ataque o su violación...”. Por su parte, esta Sala, en diversos fallos de casación como los publicados en los R. O. 108 y 140, del 28-VI- 2000 y 14 -VII- 2000 ha expresado: “La distinción entre el valor económico y valor pecuniario viene a constituir la clave de la clasificación de los daños en patrimoniales y extramatrimoniales.- Los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien con valor pecuniario, es decir, de un bien patrimonial; en cambio, los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales que no poseen traducción adecuada en dinero, y por lo tanto, carecen de valor pecuniario, es decir de un bien patrimonial, pero, en cambio, son susceptibles de tener valor económico porque suelen incidir sobre la capacidad productiva del sujeto...”.- La acción por daños morales está vigente en el Ecuador desde el 4 de julio de 1,984, en que fue publicada, en el Registro Oficial No. 779, la Ley No. 171, cuyas normas se encuentran incorporadas en los actuales artículos 2231, 2232, 2233 y 2234 del Código Civil.- Al respecto, el Art. 2232 del código citado expresa: “**En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrán también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.- Dejando a salvo le pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro, o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados; y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes...**”. Del texto de la ley, aparece con claridad meridiana que la acción por daños morales es independiente de los resultados de las acciones provenientes del incumplimiento de contratos, o de las acciones penales, ya sea de los sobreseimientos definitivos o de las sentencias absolutorias o condenatorias, y en este último caso, inclusive de las dictadas en querrelas por injurias calumniosas o no calumniosas. Obsérvese que la ley con claridad expresa que “dejando a salvo le pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito” hay la obligación de reparación, lo que significa que es

independiente total y absolutamente de los resultados de las decisiones sobre la calificación o no de temeridad o malicia de las denuncia o acusación particular que originaron el proceso en que tales decisiones fueron tomadas.- Así lo tiene resuelto ésta Sala en varios fallos de casación y entre ellos el publicado en el R. O. No 958 del 3 de junio de 1996, en cuyo considerando cuarto se expresa: “**Conforme ha declarado ésta Sala, la acción civil para obtener la indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal, pues en las normas especiales sobre el daño moral no se ha establecido esta prejudicialidad que, de haberla querido el legislador la habría requerido expresamente**”.- La parte demandada ha admitido que presentó denuncia y acusación o particular contra el actor del presente juicio, entre otros, imputándole el delito de falsedad ante el Juez Quinto de lo Penal, con jurisdicción en los cantones de San Lorenzo y Eloy Alfaro de la provincia de Esmeraldas, lo que ocasionó el inicio de un proceso penal que terminó con auto de sobreseimiento definitivo a favor del actor, pero que no fueron declarados de temerarias y maliciosas dichas denuncia y acusación particular. Si se considera que el auto de sobreseimiento definitivo dictado a favor del actor del presente juicio se colige que para ello el Tribunal consideró que no existió la absoluta comprobación conforme a derecho de la infracción o de la responsabilidad del imputado dando como resultado final de un procesamiento injustificado que es uno de los medios de ocasionar el daño moral consignado en el artículo 2232 del Código Civil citado anteriormente.- Por consecuencia no procede la excepción.- **4ª.- Otra excepción es la de Falta de Legítimo Contradictor.**- El señor Marco Antonio Soto Herrera, por lo derechos del banco demandado alegó la excepción de falta de legítimo contradictor expresando que la acción se la debió proponer en “contra de quienes en calidad de funcionarios del Banco Nacional de Fomento dedujeron la acusación particular que motiva la demanda planteada.. y no en contra del señor Arteta ni en mi contra, ya que en ningún momento ni el señor Arteta ni el suscrito hemos intervenido en el proceso...”. El Tratadista Devis Echandía enseña: “La legitimación en la causa o legitimatio ad causam. Determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible.- Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso, de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en él de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda.- Es decir, no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenían en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, b) Cuando aquellos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido en el proceso”.- (Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso.- T. I., p. 269-270).- En la especie se observa que la acusación particular contra el actor fue presentada por el señor Guillermo E. Román S. en su calidad de Gerente Regional del Banco Nacional de Fomento; y la demanda de daño

moral es presentada contra el Banco Nacional de Fomento, por la interpuesta persona de su representante legal; es decir, que este se encuentra debidamente legitimado con la presencia procesal de su representante legal, sin que exista, dentro del expediente, una norma determinada que exija la presencia de alguna otra persona que ejerza conjuntamente con el Gerente General de la institución la representación legal.- Por consecuencia no procede la excepción. Por lo expuesto esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia materia de la impugnación.-En virtud del nombramiento de la Secretaria Relatora de esta Sala como Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actúe como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado (Voto Salvado).

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora, encargada.

RAZON: Es igual a su original.- Quito, a 30 de abril del 2008.

Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla. Secretaria Relatora encargada.

N° 106-08

En el juicio ordinario No. 135-2007, que por prescripción extraordinaria de dominio, sigue Luis Alfonso Díaz Moya y Mercedes Párraga Urdánigo, contra Héctor Gavidia Velasteguí y Enma Judith Vanegas Beltrán se ha dictado lo siguiente:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, a 29 de abril del 2008; las 11h55.

VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- En lo principal Luis Alfonso Díaz Moya y Mercedes Párraga Urdánigo deducen recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Sucumbíos, en el juicio ordinario que, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, siguen los recurrentes contra Héctor Gavidia Velastegui y Enma Judith Vanegas Beltrán. Concedido el recurso, pasa el proceso a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia; habiéndose radicado la competencia por el sorteo de ley en esta Sala -que aceptó a trámite el recurso- y una vez que ha terminado la etapa de sustanciación correspondiente, para resolver se considera: **PRIMERO:** Los recurrentes alegan que el fallo de última instancia está incurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, y citan como normas infringidas las contenidas en los artículos 115 y 121 del Código de Procedimiento Civil; 2392, 2402, 2403, 2410 y 2411 del Código Civil. Estos son los límites, fijados por los propios recurrentes, dentro de los cuales debe resolver la causa este Tribunal de casación. **SEGUNDO:** Respecto a la causal tercera (que debe analizarse primero en orden lógico), los recurrentes señalan que el Tribunal de última instancia no ha valorado la prueba en su conjunto, de conformidad con las reglas de la sana crítica, violándose de esta manera el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Que *“En el presente caso el inferior [SIC] no ha tomado en cuenta toda la prueba relacionada con el tiempo de posesión de los demandados que consta en el proceso; en forma ilegal y malintencionada, en su sentencia, se refiere solamente a la prueba presentada por los demandados y ha hecho caso omiso de la abundante y contundente prueba testimonial que hemos presentado, así como la inspección judicial realizada al inmueble que pedimos la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.”* Citan varias de las respuestas dadas por los testigos que presentaron por su parte, y alegan que de esas respuestas, como de las preguntas que se les formularon a dichos testigos, se ha demostrado su posesión por más del tiempo exigido por la ley en el inmueble materia de la controversia. Que el Tribunal de último nivel *“hace valer como hechos ciertos”* las excepciones planteadas, sin que conste prueba de las afirmaciones vertidas por los demandados. Que se ha concluido indebidamente que la posesión de los actores ha comenzado recién el 10 de abril de 1995, cuando data de más tiempo, y esa errónea conclusión ha sido sustentada en las copias de un juicio coactivo seguido por el Banco Nacional de Fomento contra Zoila Rosa Barrionuevo Osorio, antigua propietaria del inmueble, del que consta que al *“inquilino”* de ésta, señor Daniel Díaz (familiar de los actores), se le han entregado las boletas en donde se indicaba del inicio de ese proceso coactivo. Que los testigos presentados por la parte demandadas han contestado con el acostumbrado *“sí es verdad”* a las interrogantes que se les ha formulado, lo cual no da ninguna confianza de la

veracidad de sus afirmaciones, respecto a la fecha en que los actores iniciaron su posesión en el inmueble. Finalmente, impugnan la valoración que, de un documento presentado por ellos al Comisionado de la Defensoría del Pueblo en Sucumbíos, ha hecho el Tribunal de alzada, que concluyó indebidamente que por este instrumento reconocieron la propiedad de los demandados: *“Al respecto debo indicar, que según los Arts. 2402 y 2403 del Código Civil, no existe interrupción natural ni civil, por estas circunstancias es errada la interpretación que realizan en su sentencia, además soy la persona [SIC] que presenté este pedido a la Defensoría del Pueblo de Sucumbíos y no los demandados.”* **TERCERO:** En el extenso alegato -que no puede clasificarse sino como tal- formulado por los recurrentes, se observa a todas luces la intención de impugnar el método de valoración de la prueba empleado por el Tribunal de última instancia, lo que, conforme ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de casación dictada por la Corte Suprema de Justicia, es improcedente, porque la casación no constituye una instancia más del proceso, ya que mediante el recurso supremo y extraordinario no se revisan los hechos invocados por las partes ni los medios probatorios que los sustentan, a menos de que se argumente y explique concretamente de qué manera se vulneró una norma relativa a la valoración de la prueba, que haya incidido a su vez en la violación de una norma de derecho sustantivo. Sin embargo, los recurrentes se limitan a señalar que el Tribunal *ad quem* no ha valorado la prueba por ellos producida, sino únicamente la de la parte demandada. El rechazo de este cargo se sustenta en las siguientes razones: **1)** La sola cita del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil no sirve para fundar el recurso sustentado en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; debe indicarse concretamente qué regla de ese método para valorar la prueba -la sana crítica-, ha sido vulnerada, sea la lógica, la experiencia o las demás ciencias que informan el conocimiento y conclusiones de los jueces y tribunales de instancia. Para llegar al convencimiento sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes concernientes a la existencia de una cosa o a la realidad de un hecho, el juzgador puede libremente acoger elementos de prueba aportados por el actor y, asimismo, desestimar elementos de prueba aportados por el demandado; por ello, no cabe alegar su sola trasgresión al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, a menos de que se sustente de qué manera la valoración de la prueba ha sido absurda o arbitraria, lo que no sucede en la especie. **2)** Respecto al argumento de que no se tomaron en cuenta los testigos presentados por los recurrentes, debe anotarse que, si el Tribunal de última instancia, al estudiar si concurren o no todos los requisitos necesarios para declarar con lugar la demanda (en lo relativo al tiempo y calidad de la posesión mantenida por los actores en el inmueble), determinó la falta de uno de esos requisitos, no era preciso que analice si se cumplían o no los demás, porque siempre habría el problema de que, habiendo unos, faltan otros y viceversa. Es decir, siempre se terminaría en el mismo punto. **3)** Ciertamente que el Tribunal de última instancia comete un error cuando señala que la posesión de los actores inició en el inmueble supuestamente a partir del año 1995, cuando se entregaron las boletas de un juicio coactivo a un *“arrendatario”*, haciéndole conocer del inicio de ese juicio a la antigua dueña del inmueble. Pero ese error no es determinante de la resolución de la causa, pues para el Tribunal es gravitante el hecho de que la parte actora, en un escrito presentado al señor Defensor del Pueblo en Sucumbíos, reconoció el dominio que le asiste a la parte

demandada. 4) Respecto a la valoración de este documento, el Tribunal de última instancia señala: “...el hoy demandante Luis Alfonso Díaz Moya y por dicha comunicación que remite al Comisionado de la Defensoría del Pueblo de Sucumbíos, en lo pertinente manifiesta: ‘...Ahora bien hace unos cinco años atrás, el señor Héctor Gavidia, ha llegado con la finalidad de decir y alegar que él es el único dueño y propietario y que inclusive tiene escrituras públicas y solicitarme conjuntamente con su esposa que desalojara el lote de terreno y casa,...’ de lo que se infiere que la posesión alegada no ha sido pacífica; ... para finalmente agregar por el mencionado instrumento: ‘Señor Defensor, no es mi intención tampoco entorpecer los derechos de propiedad que alegan el Señor Héctor Gavidia y su esposa, sino por el contrario que estos reconozcan ciertos derechos de los cuales me creo asistido...’, particular indicado del que se infiere que dicho demandante reconoce en las personas de los hoy demandados su calidad de propietarios del inmueble y por lo cual se advierte que no ha existido en la persona del accionante el ánimo de señor y dueño conforme lo exige el Art. 715 del Código Civil, constituyéndose por tanto en mero tenedor del inmueble...” (sentencia a fojas 60-62 del cuaderno de segundo nivel). Esta conclusión de ninguna manera es contraria a la lógica, tal como consta de la sola transcripción del oficio presentado por la parte actora ante la Defensoría del Pueblo en Sucumbíos; ni se refiere, como los recurrentes señalan, a una posible causal de interrupción civil de su posesión. 5) Finalmente, se cita el artículo 116 del Código de Procedimiento Civil como norma vulnerada, pero los recurrentes no indican de qué manera el Tribunal de alzada ha considerado en su resolución pruebas impertinentes o ajenas a la litis. Por todas estas razones, el cargo sustentado en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación carece de fundamento. **CUARTO:** Respecto a la causal primera, los recurrentes señalan: “La errónea interpretación de las mencionadas normas aplicables a la valoración de la prueba ha impedido a los señores Ministros, reconocer que los comparecientes nos encontramos en posesión pública, notoria, pacífica, no interrumpida, sin clandestinidad, ni violencia y con ánimo de señores y dueños del lote de terreno y construcción, materia de la litis, desde el 8 de septiembre de 1989, por lo tanto no han aplicado los Arts. 2392, 2402, 2403, 2410 y 2411 del Código Civil, causándome un grave perjuicio adecuándose [SIC] en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación.” Como se observa, los recurrentes confunden en una sola causal de casación motivos de impugnación que son pertinentes a otra (la tercera del artículo 3 de la Ley de Casación), sin especificar concretamente de qué manera se han inaplicado las disposiciones sustantivas citadas. Este cargo, por lo tanto, tampoco ha sido debidamente sustentado. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, **no casa** la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja. Procédase al cobro de la tasa judicial generada por la reconvención que dedujeran los demandados a su tiempo, apercibiendo a los señores Juez Tercero de lo Civil de Nueva Loja y Secretario de dicha judicatura, para que tengan más cuidado en el cumplimiento de sus deberes. Entréguese a los demandados, parte perjudicada por la demora en la ejecución de la sentencia, la caución constituida por los recurrentes. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase. En virtud de que la Secretaria Relatora de esta Sala, ha sido designada

Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actué como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente.

RAZON: Es fiel copia de su original.- Certifico.- Quito, a 30 de abril del 2008.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada de la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

N° 6 - 2008

Dentro del juicio ordinario No. 312-2006 que por pago de consignación, siguen Jenny Muñoz Amoroso y Carlos Heredia Fiallos en contra del Banco del Pacífico, se ha dictado lo que sigue:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 16 de enero del 2008; las 15h30.

VISTOS: Jenny Muñoz Amoroso y Carlos Heredia Fiallos, interponen recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materia Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, dentro del juicio ordinario que por, pago de consignación, siguen los recurrentes contra el Banco del Pacífico, el mismo que al ser concedido permite que suba el proceso a la Corte Suprema de Justicia, habiéndose radicado la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil mediante el sorteo de ley, y la que lo admite al trámite mediante providencia del 17 de octubre del 2006, a las 08h20; agotado el trámite de sustanciación, el estado es el de resolver el recurso interpuesto, y para ello, se considera: **PRIMERO:** En la especie, los recurrentes expresan que en la sentencia se han infringido las normas de los artículos 9, 10, 28, 510, 1484, 1615, 2113,

1698, inciso primero y 1.699 del Código Civil; Art. 260 de Ley de Compañías; Art. 34, inciso 2°, modificado por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador-Ley 2000- 4- de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado; Art. 6,8, 9, 11, 13 de las resoluciones de la Junta Bancaria: JB- 2000- 213, JB- 2000- 242 y SB -99-0262; Art. 244, numeral 4°, 272, 273 y 274 de la Constitución de la República y artículos 115 y 215 del Código de Procedimiento Civil; y fundamentan el recurso en las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 3° de la Ley de Casación. **SEGUNDO:** Habiéndose acusado en el recurso de casación la violación de normas constitucionales, esta acusación debe ser analizada en primer lugar, toda vez que la Constitución es la Ley Suprema del Estado y a la cual están subordinadas todas las leyes orgánicas, leyes, decretos, reglamentos, disposiciones y resoluciones secundarias, y la afirmación de que se está desconociendo el mandato contenido en la Constitución, “implica un cargo de tal gravedad y trascendencia porque significa que se está resquebrajando la estructura fundamental de la organización social por lo que debe ser analizada prioritariamente y el cargo debe ser fundado ya que, de ser fundamentado, todo lo actuado quedará sin valor ni eficacia alguna, por lo que no puede realizarse ligeramente una afirmación de esta naturaleza, sino que se ha de proceder con seriedad, responsabilidad y respeto frente al texto constitucional invocado, en relación con la autoridad y ciudadanos en general...” conforme lo ha declarado ya la Sala en diversos fallos y entre estos el publicado en la G. J. No.15, Serie 17ª, página 4928. En la especie, los recurrentes afirman que en la sentencia materia del recurso se ha infringido el Art. 272 de la Ley Suprema. Al respecto, la norma citada expresa: “La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos- leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior”. Se trata del reconocimiento, en el Derecho Constitucional, de la jerarquía de la Constitución, como Ley Suprema del Estado, y consecuentemente una aplicación de los principios que informan el Derecho Constitucional moderno. La Constitución de la República es el vértice de la pirámide que integra y forma el ordenamiento jurídico del País. Este ordenamiento se integra de la siguiente manera, y en el orden respectivo: 1° Por la Constitución de la República del Ecuador; 2° Por los instrumentos internacionales vigentes; 3° Por las leyes orgánicas; 4° Por las leyes ordinarias; 5° Por los decretos-leyes, decretos y reglamentos emanados del Ejecutivo que por viabilizar a la ley formal son también leyes en sentido material; 6° Por las ordenanzas, estatutos, reglamentos, resoluciones de los poderes públicos. Este es, en definitiva, el bloque de legalidad que al Estado y a los gobernados tiene que interesar preservar por constituir la organización jurídica y garantiza la seguridad la efectividad de los fines y objetivos del Estado, como son los respetar y hacer respetar los derechos humanos para que sean gozados sin discriminación, en forma libre y eficaz. Otra norma constitucional invocada por los recurrentes como dejada de aplicar en la sentencia impugnada es

la consignada en el Art. 273 que señala que “las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque las partes interesadas no las invoquen expresamente”. Los recurrentes no han indicado, con precisión, de qué modo, en la sentencia se ha infringido la Constitución y que sobre el mandato de ella se haya aplicado una norma secundaria, ni señalan la norma constitucional que se dejó de aplicar y que fuere pertinente al proceso. Por lo tanto no proceden los cargos. **TERCERO:** Otro cargo formulado en el recurso es que “en la sentencia se ha dejado de aplicar las normas de los artículos 33, numeral 2°, 54, 299 numeral 2° del Código de Procedimiento Civil”, cargo que lo fundamentan en la causal 2ª del Art. 3° de la Ley de Casación, esto es por “aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”. Teniendo presente que el recurso de casación civil tiene como objeto anular o dejar sin efecto la sentencia o auto recurrido dictada o dictado, según del caso, por la Corte Superior respectiva, es incuestionable que cuando el Tribunal de Casación admite al trámite el recurso, asume momentáneamente las atribuciones del Tribunal de alzada, y consecuentemente casa la sentencia o anula los actos del proceso por las omisiones de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios o las especiales de determinados procesos. En el caso de la causal segunda del artículo tercero de la Ley de Casación, si el Tribunal de Casación encontrare precedente el recurso, ya no puede entrar a conocer las acusaciones contra el fallo fundamentadas en otras causales, puesto que aquella trata del error de la actividad o in procedendo que tiene lugar cuando el proceso esta viciado de nulidad insanable o que ha provocado indefensión. La nulidad procesal se ocasiona cuando en el desarrollo de un proceso se ha omitido alguna de las solemnidades indicadas exhaustivamente en los Arts. 345, 346, 347 y 348 (actuales normas) del Código de Procedimiento Civil, y por violación del trámite propio del proceso, siempre y cuando la omisión influya en la decisión. Para resolver sobre la impugnación se considera: a) El Art. 344 del Código de Procedimiento Civil, expresa: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en éste Código”. De conformidad con la norma de derecho público aquí transcrita las únicas causas de nulidad, total o parcial de un proceso es la omisión de alguna de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias de las particulares señalada; b) Que entre las solemnidades comunes a todos los juicios a instancias, consta en el numeral 3° “la legitimidad de personería”. La legitimidad de personería significa tener derecho a comparecer a juicio y exigir que se resuelva sobre los derechos o pretensiones planteadas dentro del proceso, ya como actor o ya como demandado. En efecto, la legitimidad de personería es uno de los presupuestos procesales sustanciales común a todos los juicios e instancias, cuya omisión acarrea la nulidad procesal, por lo que la “ilegitimidad de personería” tiene lugar en los siguientes supuestos: 1° Si el actor o demandado no tiene capacidad legal para comparecer por sí a juicio, por ser menor de edad o hallarse en interdicción, o por ser

persona jurídica; 2° Si quien comparece a juicio aduciendo ser representante del actor o demandado no es legalmente capaz, por ser menor de edad o hallarse en interdicción; 3° Si quien al comparecer al juicio aduciendo ser procurador judicial no es persona legalmente capaz o hallarse comprendido en los impedimentos para ser procurador o el poder que ostenta para comparecer a juicio es insuficiente; b) En la especie, los recurrentes afirman que “contestando la demanda comparece el señor Ernesto Robalino Peña diciendo ser Procurador Judicial del incapaz relativo Banco del Pacífico S. A.; efectivamente obra del proceso un poder de procuración judicial que dice textualmente: **“Procuración Judicial que otorga el Banco del Pacífico S. A. a favor del señor Abogado don Ernesto Marcelo Robalino Peña”** y en los antecedentes se dice: **“El señor Licenciado Félix Herrero Bachmeieren su calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal del Banco de Pacífico S. A., se encuentra facultado por el Estatuto de la Institución en su Artículo trigésimo para constituir procuradores judiciales del Banco”**, y en la cláusula tercera textualmente manda: **“Presupuesto tal antecedente, el señor Licenciado Félix Herrero Bachmeieren, por los derechos que representa del Banco del Pacífico S. A., declara que confiere procuración judicial suficiente, cuando en derecho se requiere a favor del Abogado Ernesto Marcelo Robalino Peña, para que pueda realizar lo siguiente: Tendrá la calidad de representante del Banco del Pacífico S. A., en todo juicio, diligencia judicial o extrajudicial en la que dicha institución esté interesada sea en calidad de actora, tercerista o demandado y consecuentemente actuar como procurador judicial de iniciar o contestar juicios cualquiera que sea su naturaleza”**; en la cláusula cuarta se señala que no podrá sustituir total o parcialmente la procuración judicial. Además los recurrentes expresan que “Dicho poder, señor juez, es manifiestamente contrario a la Ley y al Estatuto del Banco, pues conforme podrá apreciarse el artículo trigésimo quinto del Banco del Pacífico S. A, a la letra dice: **“ARTICULO TRIGESIMO QUINTO: Corresponsiéndole al Presidente Ejecutivo la representación legal, judicial y extrajudicial del banco del Pacífico S. A., como administrador del mismo tendrá, sin excepción alguna, todos los deberes, facultades y atribuciones, para cumplir los fines u objetos de la institución sin otras limitaciones especiales que se dicten. EN EL EJERCICIO DE SUS FACULTADES PODRA OTORGAR PROCURACIONES JUDICIALES O CONFERIR PODERES PARA NEGOCIOS, ACTOS O CONTRATOS QUE A EL LE COMPETEN Y REVOCAR TALES MANDATOS CUANDO LO TENG A BIEN”**. Agregan que no existe, en dicho poder, autorización del Directorio del Banco, ni de la Junta General, y más adelante, que “en ninguna parte del caso sub-lite, el Dr. Ernesto Robalino Peña afirma tener mandato del representante legal, señor Licenciado Félix Herrero Bachmeieren, sino del incapaz que dice representar”; que el indicado Procurador Judicial al intervenir en el juicio ha olvidado la “prohibición del artículo 33 del Código de Procedimiento Civil. Para resolver se considera: a) Que el numeral 2° del Art. 33 del Código de Procedimiento Civil, expresa: “No pueden comparecer a juicio como actores ni como demandados: ...Las personas jurídicas a no ser por medio de su representante legal”. b) Que el artículo 564 del Código Civil, define a la persona jurídica como “una

persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. En éste orden, el artículo 28 del Código Civil expresa que “son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive, su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570”. Y esta última disposición dice: “Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación, han conferido éste carácter”. c) Que la Ley de Compañías expresa, en el artículo 252 que la representación judicial o extrajudicial de una compañía anónima, como lo es el Banco del Pacífico S. A., la tendrá la persona o la entidad, que aparece claramente determinada en el contrato social. Y, en su artículo 260, inciso 1° expresa: “El administrador de la sociedad que ejerce la representación de ésta podrá obrar por medio de apoderado o procurador judicial para aquellos actos por los cuales se halle facultado el representante o administrador. Pero si el poder tiene carácter general con respecto a dicho actos, o para la designación de factores, será necesaria la autorización del órgano por el cual fue elegido”. d) que el doctor Ernesto Robalino Peña, al comparecer a juicio, en calidad de Procurador Judicial del Banco del Pacífico S. A.; presentó el poder otorgado a su favor por el representante legal de la institución, que tiene plena autoridad para hacerlo, en cumplimiento del Art. trigésimo quinto de los estatutos de esa entidad, conforme lo reconocen de manera expresa los recurrentes en la demanda de casación, cuya parte pertinente ha sido trascrita en este considerando. Por consiguiente no procede el cargo. **CUARTO:** Habiendo el recurrente fundamentado el recurso en la causal 3ª del artículo 3° de la Ley de Casación, esto es “aplicación indebida, falta de aplicación, o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”. Al respecto, cuando se fundamenta el recurso de casación en la causal 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación, el recurrente debe señalar en forma clara, precisa y concreta cómo cada una de las normas legales invocadas que contengan preceptos aplicables a la valoración de la prueba, han incurrido en la causal invocada y cuál es la norma sustantiva que ha sido violada indirectamente al aplicarse equivocadamente o no aplicarse en el fallo, a efecto de que el Tribunal pueda fiscalizar la valoración realizada por el Tribunal de instancia. No hay que olvidar que la valoración de la prueba es una facultad exclusiva y excluyente del Juez de instancia como consecuencia de su independencia soberana, sin que el Tribunal de Casación tenga la facultad de revocarla, salvo el caso de que la valoración sea atroz, contraria a la razón, a las leyes, a la justicia. “Es por ello que, si se llegare a carecer de lógica o legitimidad la valoración de prueba realizada por los juzgadores, o sea, que sus conclusiones sean absurdas o arbitrarias, el tribunal de casación está facultado a revisar dicha valoración, en virtud de que se ha violentado el mencionado artículo 115 (119) del Código de Procedimiento Civil.- Una decisión es absurda cuando la valoración es ajena a las leyes lógicas formales y arbitraria cuando hay ilegitimidad en la motivación. Cuando el juzgador, por error, formula un conclusión contraria a la razón, a la justicia o las leyes, estamos frente a un caso simplemente absurdo; pero si la conclusión es deliberadamente contraria a la razón, a la justicia o a las

leyes porque el juzgador voluntariamente busca este resultado, estamos frente a un proceder arbitrario que, de perseguir favorecer a una de las partes o perjudicar a la otra, implicaría dolo y podría constituir inclusive un caso de prevaricación... como se ha señalado, el absurdo en la valoración de la prueba no se limita a la sola ilegitimidad en la motivación, lo cual ocurre cuando el juzgador prescinde de prueba esenciales, computa pruebas inexistentes o valora pruebas inválidas, y si este proceder lo adopta voluntariamente, se trataría de una arbitrariedad. El vicio de valoración absurda de la prueba constituye, al mismo tiempo, transgresión del mandato de motivación contenido en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, ya que la violación de las reglas de la lógica en la valoración de la prueba no constituye motivación válida, por que atenta contra la sana crítica (que es el método de valoración probatoria de general aplicación en virtud de lo que dispone el Art. 115 (119) del Código de Procedimiento Civil) y si la motivación no es válida, jurídicamente la resolución carece de motivación, conforme lo señala el mandato constitucional antes indicado...”; “este es el criterio que sobre el tema ha expresado la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, y que consta en varias resoluciones como la No. 202-2002, publicada en el R. O. No., 710, 22 de noviembre del 2002; No. 172-2002, publicado en el R. O. No. 666 del 19 de septiembre del 2002; y No. 224-2003 publicada en el R. O. No. 193 de octubre de 2003”, G. J. No. 15 S. XVII pp. 5007. En la especie se observa que en el considerando CUARTO de la sentencia impugnada, la Sala de instancia menciona al contrato de reprogramación de crédito suscrito entre las partes litigantes, y que es ley para ellos, y a los certificados CDRs presentados por los accionantes, pero no hace un análisis serio y detenido de los mismos, puesto que de haberlo hecho habría observado, por ejemplo, que en la cláusula TERCERA, numeral 5° se conviene que “la parte deudora podrá efectuar pagos parciales o totales al capital pendiente, durante y después del periodo de reactivación económica, sin recargo alguno, consecuentemente las cuotas restantes se ajustarán...”; que el segundo de dichos instrumentos, que no ha sido impugnado en su legitimidad ni redarguido de falsos, es un título valor con capacidad liberatoria de obligaciones reconocido en nuestro sistema económico. En consecuencia teniendo presente que el recurso de casación civil tiene como objeto “controlar la correcta aplicación de la ley en las sentencias de instancia, velar por la uniformidad de la jurisprudencia y a través de ella ir formando lo que se conoce como la doctrina jurisprudencial o doctrina; para el logro de estas altas metas ha de analizar en forma teórica, general y abstracta el problema jurídico, materia de la denuncia del recurrente a fin de decidir si el fallo impugnado adolece o no de los vicios in indicando o in procedendo acusados, siendo heterocomposición de los intereses de las partes en conflicto el medio para el logro de estas metas de naturaleza eminentemente pública y que interesan a la sociedad en su conjunto” (fallo publicado en Gaceta Judicial No. 15, Serie XVII, página 4855). Por lo tanto, el Tribunal asume momentáneamente las atribuciones del Tribunal de alzada, y consecuentemente entra al análisis de los fundamentos del recurso de casación aludido. **QUINTO:** Otro cargo formulado por los recurrentes contra la sentencia recurrida es que se en la misma existe falta de aplicación de los artículos 9, 10, 28, 510, 1484, 1615, 2113, 1698, inciso 1°, 1699 del Código Civil y lo fundamentan en la

causal primera del Art. 3° de la Ley de Casación que dice: “El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales...1ª. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva”. Para resolver sobre el cargo en referencia la Sala hace las siguientes consideraciones: a) Que “las pretensiones formuladas en la demanda y las excepciones invocadas en la contestación de la demanda establecen la esfera dentro de la cual se traba la litis en primera instancia. Comúnmente los puntos sobre los que se traba la litis quedan fijados en la demanda y con las excepciones opuestas en la contestación, y cuando se interpone recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, la situación sobre los puntos sobre los que se trabó la litis no se modifica en segunda instancia. El Tribunal para ante quien se interpuso el recurso, con sujeción al Art. 334 del Código de Procedimiento Civil, confirma, revoca o reforma la resolución apelada, según el mérito del proceso y aun cuando el Juez inferior hubiese omitido en su resolución decidir alguno o algunos de los puntos controvertidos. Pero en el juicio ordinario tal situación cambia sustancialmente, por que el que interpone el recurso de apelación debe formalizar, con arreglo al Art. 408 del Código de Procedimiento Civil, los puntos a los que se contrae el recurso. La formalización del recurso configura el ámbito de la litis de segunda instancia. En otras palabras, unos son los puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia y otros son los puntos sobre los que se trabó la litis en segunda instancia. Por cierto, en la formalización de la apelación no puede introducirse nuevos puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia; estos pueden reducirse, pero en ningún supuesto ampliarse con otros. En ésta virtud, a los puntos que se trabó la litis en segunda instancia tiene que circunscribirse la sentencia del Tribunal de alzada. Por estas razones, en el juicio ordinario, las tres formas de incongruencia en la sentencia pueden darse no ya sobre los puntos que se trabó la litis en primera instancia, sino sobre los puntos en los que quedó trabada la litis en segunda instancia, tomando como punto de referencia la formalización del recurrente y la adhesión del recurso que pudiese haber hecho la contraparte”, según la Resolución No. 178-2004 tomada por esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil dentro del juicio reivindicatorio No. 217-2003 propuesto por Natalie Ivett de Pérez contra Gerardo Mena García y Cecilia Carrera de Mena, publicada en la G. J. No. 15, Serie XVII pp. 4952. b) Que en la especie, el Ing. Carlos Heredia Fiallo y Jenny Teresita Muñoz Amoroso de Heredia, en la demanda expresaron que “el once de marzo de mil novecientos noventa y uno, mediante escritura pública celebrada ante el Notario Segundo de Cuenca, e inscrita en el Registro de Hipotecas y Prohibiciones, el 14 de marzo de mil novecientos noventa y nueve, constituyeron a favor del Banco del Pacífico S. A primera y preferente hipoteca abierta sobre una casa y terreno “que se describen en el instrumento; que con la garantía de la hipoteca en referencia se halla establecida la operación de crédito reprogramada 03-00067651 por \$ 10.000.00 de capital; que los Arts. 1 y 2 del Decreto No. 1.492, publicado en el R. O. No. 320 del miércoles 17 de noviembre de 1999, se ha dispuesto que los Certificados de Depósitos Reprogramados “CDR” deberán ser recibidos a su valor nominal, para cancelar obligaciones por vencer o vencidas, incluyendo intereses y otros recargos de los deudores de

las instituciones financieras emitentes..."; que con los antecedentes expuestos, tienen a bien depositar, en consignación y/o pago, dos "CDER'S" certificados de Depósitos Reprogramados del Banco del Progreso S. A., debidamente endosados a favor del Banco del Pacífico S. A. por un valor de \$ 12,298.00 y cuyas numeraciones, emisor, fechas de vencimiento, valor nominal, intereses y totales obran de la liquidación que se adjunta. Mediante providencia de fs. 12 vuelta, el Juez Sexto de lo Civil de Cuenca aceptó al trámite la demanda por pago por consignación y dispuso que se cite al representante legal del Banco del Pacífico S. A., a "fin de que se haga cargo del depósito efectuado por los actores, en el día y hora que se señalará oportunamente...". c) A fs. 106- 107 comparece el Ab. Ernesto Rovalino Peña, en calidad de Procurador Judicial del Banco del Pacífico S. A., y expresando: "me opongo y rechazo la oferta del pago por consignación realizado por la parte actora, por los siguientes considerandos: 1. El Art. 1642 del Código Civil establece que "la consignación es el depósito de la cosa que se debe...". En éste caso señor Juez, el depósito que realiza la parte actora NO es la cosa que se debe. Se han depositado certificados de depósitos reprogramados del Banco del Progreso, institución diferente y en nada vinculada con mi representado, y que constituyen documentos de difícil realización que no implican necesariamente el pago de una suma de dinero, que es lo que efectivamente debe la parte actora. 2) Que el Art. 1643 establece que la consignación debe ser precedida de la oferta, lo que no ha ocurrido en este caso; y además dentro de las circunstancias que deberá reunir la oferta, en el supuesto que esta correspondiere a la demanda planteada no se ha cumplido con lo que establece el numeral 5° del dicho artículo, puesto que la liquidación de lo que debe incluyendo los intereses normales, intereses vencidos y demás cargos líquidos no se ajusta a la realidad, está indebidamente elaborada..."; 3. Las obligaciones de la parte actora para con el Banco del Pacífico S. A., y que ha sido expresamente reconocidas por esta, se derivan de un convenio de reprogramación de pasivos, llevado a cabo con sujeción a la Ley para la Transformación Económica del Ecuador y su Reglamento, constante de la Resolución No. JB -2000-213 y reformada mediante Resolución No. JB 2000- 242- del 20 de julio del 2000... En vista de la oposición de la parte demandada, el Juez a quo ordenó que se tramitara la demanda ordinariamente. Así quedó trabada la litis; y tramitado el proceso, el Juez de la causa, dictó sentencia declarando con lugar la demanda, sentencia de la que interpuso recurso de apelación la parte demandada.. Subido el proceso a la Corte Superior de Justicia de Cuenca correspondió, por sorteo, su conocimiento a la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil; dentro del respectivo término, formalizó el recurso y determinó, en escrito de fs. 3-4 del cuaderno de segunda instancia, explícitamente los puntos a que se refiere la apelación, y que no son otros, que los hechos expuestos en la demanda y a la contestación de ésta..Consecuentemente, la litis de segunda instancia quedó limitada a lo concerniente a la demanda de pago por consignación. Y a efecto de resolver, se considera: 1°. Que el Código Civil, en el Art. 1583 indica que "las obligaciones se extinguen, en todo o en parte" entre otros modos, por la solución o pago efectivo". Consecuente con ello, el Art. 1.584 ibídem dice "Pago efectivo es la prestación de lo que se debe". El pago no es otra cosa que el cumplimiento de lo debido, ya se trate de una obligación de dar o de hacer; de ahí que, al tenor de la ley, tiene una

"acepción amplia que consiste en conceptuarla como el cumplimiento de una obligación, cualquiera que sea su especie, y una acepción restringida, que consiste en el cumplimiento de obligación de dar suma de dinero. Busso habla de una tercera acepción, en el sentido de que el pago abarcaría cualquier caso de extinción de obligaciones, sea cual fuere el modo: compensación, novación, etc.", según la Enciclopedia Jurídica Omeba T XXI. pp. 367. El Tratadista G. Ospina Fernández, en su Obra Régimen General de las Obligaciones expresa lo siguiente: "El Código Civil define este modo extintivo así: " El pago efectivo es la prestación de lo que se debe, fórmula onmicomprensiva del fenómeno, porque abarca toda clase de obligaciones, rectificando la idea vulgar de que el pago se circunscribe a la cancelación de las obligaciones a dinero. Se paga una obligación de dar cuando se hace tradición de la especie o del género objeto de la dación; paga sus obligaciones de hacer el arrendador que le entrega al arrendatario la cosa arrendada y lo mantiene en el uso de ella; y esta pagando el deudor de obligación de no hacer mientras se abstiene de ejecutar el hecho prohibido". Y este es el criterio aceptado e incorporado en el Código Civil, cuando en el Art. 1585 expresa: "El pago se hará bajo todo respecto, en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no estará obligado a recibir otra cosa que lo que se le debe, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida". El Tratadista Luis Claro Solar, en su obra "Tratado de Derecho Civil Chileno" T II De las Obligaciones pp. 93, al analizar esta norma nos enseña: "... El contrato es ley entre los contratantes y debe ser rigurosamente observado. El deudor, obligado a cumplir esta ley, no puede dar una cosa por otra que está preciado a entregar, ejecutar abstenerse de un hecho diverso del que constituye su obligación; y del mismo modo el acreedor no puede exigir una prestación distinta de aquella a que el contrato le da derecho, sólo tiene acción para exigir el pago de la prestación convenida y a que el deudor se obligó. La ley establece esta regla **bajo todos respetos** y de un modo general. El legislador quiere que se observe literalmente, en forma específica, la convención, porque ella es el resultado del concurso de las voluntades de las partes y constituye para ellos un precepto imperativo, como la ley misma, que uno solo de los contratantes no puede dejar sin efecto. Más esta regla no es absoluta. El Art. 1569 dice que ella debe ser observada **sin perjuicio de los que en casos especiales dispongan las leyes**. Así, en las obligaciones modales " si el modo sin hecho o culpa del asignatario (o del contratante) es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador (o las partes) podrá cumplirse en otra análoga que no altere la sustancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez con citación a los interesados; es un caso de cumplimiento de la obligación por equivalente, **per aequi pollens**. Así también las facultativas, aunque el deudor debe sólo una cosa determinada que es la única que el acreedor puede exigirle está autorizada para pagar su obligación entregando otra cosa distinta o ejecutando otro hecho determinado. Así en el contrato de mutuo de dinero, la ley establece que se debe la suma enunciada en el contrato y que podrá darse una clase de moneda por otra, aun a pesar del mutuante, siempre que asumas se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de monedas. En estos y otros casos determinados por las leyes, se establecen excepciones que confirman la regla que manda observar estrictamente el tenor de la convención

en la ejecución de las obligaciones.” En igual sentido se expresa, en la pp. 362 de la obra citada, el tratadista G. Ospina Fernández: “Corolario natural del principio que requiere la cabal ejecución de las obligaciones para que estas se reputen debidamente pagadas, es el que enuncia el inciso 2° del Art. 1.627: “El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser igual o mayor la ofrecida”. Incurrir en casuismo este texto legal, pues al decir que el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le debe, contrae indebidamente la regla a las obligaciones de dar o entregar la cosa, siendo así que ella es aplicable, por igual, a las obligaciones de hacer o no hacer. Quien debe pintar un retrato al acreedor o abstenerse de abrir un establecimiento comercial competitivo, no puede obligar a dicho acreedor recibir una prestación distinta, por ejemplo, la entrega de un caballo. Además, la regla es incompleta, porque omite el aspecto inverso de la cuestión, cual es el de que el acreedor tampoco puede exigir al deudor prestación distinta de la debida, aun a pretexto de que el cambio es ventajoso para éste. El final del inciso 1° del Art. 1627 deja a salvo los casos en que la ley expresamente autorice el pago de la prestación debida se realice mediante la ejecución de otra distinta, v. gr. el de que en un acto jurídico, como el testamento o el contrato, al atribuírsele un derecho a una persona, se le imponga también un modo, consistente en la obligación de darle una destinación especial o en una carga... Esta las llama excepciones legales. Pero también explica que hay excepciones convencionales cuando dice: “También suelen citar como casos de excepción legal al comentado principio el de las obligaciones facultativas y el de la dación en pago... No compartimos esta opinión, porque la autorización que el deudor tiene en estos casos para liberarse cumpliendo prestación distinta no emana de la ley sino del convenio entre el deudor y el acreedor. Así, pueden ellos pactar de antemano esa facultad para el deudor, con lo cual la obligación se hace facultativa, o pueden en el momento mismo del pago convenir que se lo haga en dicha forma, configurándose entonces una dación en pago”. 2° El pago por consignación: En nuestra legislación, hay lugar al pago por consignación cuando el acreedor se niega sin causa legítima alguna a recibir, del deudor, el pago de la obligación debida. Esta institución tiene su origen “en el derecho romano, en el cual se consagró ya como derecho del deudor para contrarrestar la mora de su acreedor: conviene tener como pagado aquello que el acreedor está en mora de recibir (*oportet esse pro soluto id in quo creditor accipiendo moram fecit*). Así, en caso de renuncia de dicho acreedor, el deudor se liberaba mediante la consignación de lo debido en el lugar designado por el magistrado (G. Ospina Fernández ob.cit. pp. 404). El Código Civil, a más de definir a la “consignación” en el Art. 1.615 como “el depósito de la cosa que se debe, hecha en virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona”, señala los requisitos para que sea procedente: a) Que esté precedida de oferta; b) Que la oferta la haga una persona capaz de pagar; c) Que sea hecha al acreedor, capaz de recibir, o a su representante legal; d) Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido; y e) Que el deudor ponga en manos del juez una minuta de lo que debe, con los intereses vencidos, si los hubiere, y los demás cargos líquidos, con la descripción individual de la cosa ofrecida”. (Art. 1616 C. C.). Por su parte, el Código de Procedimiento

Civil reglamenta el trámite de la consignación en los Arts. 807 y siguientes. 3° De fs. 102 a 104 del cuaderno de primera instancia consta el “Convenio de Reprogramación de Pasivos Menores a \$50.000.00” celebrado en la ciudad de Cuenca el 17 de agosto del año 2000 entre las partes litigantes. De este instrumento aparece que las partes han establecido: 1°. El pasivo a reprogramar de la siguiente manera: “saldo de capital.\$10.000.00. Saldo de intereses vencidos: US \$ 1,317.73. Saldo de mora: US \$1.03583”. 2°. Que “en las obligaciones pendientes de pago objeto de la reprogramación, se incluye al inicio y dentro del plazo de tres años en el cual se incluye un periodo de reactivación económica de dos años, estableciendo un nuevo calendario de vencimientos, que consta en la tabla de pagos suscrita por las partes forma parte integrante de este convenio; y, renunciando el plazo original por convenir a sus particulares intereses, etc.” Y bajo el número 5 consta la siguiente cláusula: “La parte deudora podrá efectuar pagos parciales o totales al capital pendiente, durante y después del periodo de reactivación económica, sin recargo alguno, consecuentemente las cuotas restantes se ajustarán para lo cual la parte deudora autoriza irrevocablemente al Banco, para que cada vez que se realice un pago parcial del capital pendiente, proceda a modificar o regenerar unilateralmente la tabla de pagos, por el saldo del capital y plazo, tabla que se adjunta y forma parte integrante de este documento”. De este instrumento, que es ley para las partes, y que en consecuencia debe ejecutarse de buena fe, conforme a los artículos 1561 y 1562 del Código Civil, aparece con claridad que la parte deudora, durante y después del periodo de reactivación económica, puede realizar pagos parciales o el pago total del capital debido y que por lo tanto no constituye, en forma alguna, un impedimento para estos fines como lo sostienen los señores Ministros de la Segunda Sala de lo Civil de Cuenca en la sentencia materia del recurso. 4°. La parte actora, comparece a pagar por consignación la obligación adeudada y que consiste en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y hace la oferta de pago en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Es decir, ofrece pagar la cantidad debida en la moneda debida. Lo que no hace es entregar dinero en efectivo, sino que lo hace mediante documentos - Certificados de Depósitos Reprogramados CDR ‘S - que tienen la fuerza liberatoria y que han sido emitidos por institución financiera legalmente autorizado para ello-Banco del Progreso S. A., - por la ley y que las instituciones financieras privadas están obligadas a recibir a su valor nominal. Al respecto, el Decreto No. 1492 dictado por el Presidente de la República el 10 de noviembre de 1999, y que como tal integra el régimen de la legalidad del país, como ya se ha dejado anotado, publicado en el R. O. 320 del 17 de noviembre de 1999, dispone que los certificados de depósitos reprogramados tienen la naturaleza liberatoria de obligaciones. En efecto, en el Art. 2 reformado a su vez por el Decreto Ejecutivo No. 75, publicado en el Registro Oficial No. 19, de 17 de febrero del 2000, se dice lo siguiente: “Los certificados de depósitos reprogramados de la misma institución u otra institución financiera, incluyendo los de las entidades off-shore, amparados por la garantía de depósitos de acuerdo con la ley, deberán ser obligatoriamente recibidos por las instituciones financieras privadas y por la Corporación Financiera Nacional, para cancelar la totalidad o parte del capital de las obligaciones, por vencer y vencidas, incluyendo intereses y otros recargos concedidas hasta e 31 de julio de 1999. Los certificados

se recibirán a valor nominal, incluyendo los intereses devengados y no pagados a la fecha de la transacción y podrá estar emitidos a nombre del titular del pasivo o transferido a nombre de la persona que solicita la cancelación... Las instituciones financieras, incluyendo aquellas que se encuentran en proceso de saneamiento o reestructuración que reciban certificados de depósitos reprogramados que se encuentren amparados por la garantía de depósito de acuerdo con la ley, por operaciones con recursos de la Corporación Financiera Nacional, están obligadas a transferir y entregar en forma inmediata dichos certificados a la Corporación Financiera Nacional...” En la especie los certificados de depósitos reprogramados presentados por los accionantes están amparados por la garantía de depósitos, y endosados a la orden del Banco del Pacífico S. A. por lo que ésta institución financiera está en la obligación de recibirlos al valor nominal de los mismos por mandato. No está por demás recordar la causa de la emisión del Decreto Presidencial aludido, y consecuentemente el origen del sistema de emisión de los certificados de depósitos reprogramados: en el año de 1999 el país sufrió una de las más grandes crisis financieras de su historia al extremo que se hizo necesario establecer un estado de feriado bancario, y del cual, para paliar en forma alguna, los efectos de la misma, el Presidente de la República dispuso la emisión de tales certificados; y sería una burla cruel que los tribunales de justicia mediante resoluciones aparentemente legales traten de restarles los méritos a los indicados documentos. Los tribunales de justicia tienen la obligación de resolver los asuntos que le son sometidos respetando y aplicando esencialmente las normas que integran la gran pirámide de la legalidad, la doctrina, la justicia y los principios universales del derecho natural. Conforme se ha visto, al no aceptarse los CDR'S presentados por los consignatarios como medio de pago, se ha violado el artículo 1615 del Código Civil, hallándose la sentencia del Tribunal ad quem incurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia recurrida y en consecuencia declara con lugar la demanda confirmando la de primer grado. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcivar, Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

f.) Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora.

RAZON: Es fiel copia de su original.- Certifico.- Quito, 17 de enero del 2008.

f.) Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora de la Primera Sala Civil y Mercantil Corte Suprema.

ACLARACION:

Dentro del juicio ordinario No. 312-2006 que por pago por consignación sigue Carlos Heredia Fiallo y Jenny Teresita Muñoz Amoroso en contra de Dr. Ernesto Rovalino Peña, Procurador Judicial del Vicepresidente Ejecutivo en subrogación del representante legal del Banco del Pacífico S. A., se ha dictado lo que sigue:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 24 de marzo del 2008; a las 15h30.

VISTOS: Una vez que se ha satisfecho el traslado, para resolver la solicitud de ampliación presentada por el Ing. Carlos Heredia Fiallo, se señala que, según el Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, las partes pueden pedir ampliación cuando no se hubieren resuelto alguno de los puntos controvertidos. En la especie, el recurrente solicita se amplíe el fallo dictado respecto de varias pretensiones, las cuales no fueron materia del controvertido, por lo que, el Tribunal de Casación no puede pronunciarse sobre ellas. En consecuencia se niega, por improcedente, la petición de ampliación presentada. Notifíquese.

f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrado.

f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado.

f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente.

Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada.

RAZON: Es fiel copia de su original.- Certifico.- Quito, 24 de marzo del 2008.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora encargada.