

REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



Suplemento del Registro Oficial

Año I- Quito, Martes 13 de Abril del 2010 - Nº 170



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

Año I -- Quito, Martes 13 de Abril del 2010 -- N° 170

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\$ 400 + IVA -- Impreso en Editora Nacional
1.200 ejemplares -- 48 páginas -- Valor US\$ 1.25 + IVA

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
FUNCION JUDICIAL		219-2007	Augusto Reinaldo Pontón Román en contra de José Manuel Jara Armijos 12
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL:		220-2007	Elsie Urbana Perdomo Coronel viuda de Díaz en contra del abogado Mauro Padilla Ayoví, Notario Quinto del cantón Esmeraldas y otros 14
Recursos de casación en los juicios seguidos por las siguientes personas e instituciones:		221-2007	Abogada Nora Brenda Fabre Vasco de Vásconez y otro en contra de Víctor Vera Pincay y otra 17
209-2007	TELEHOLDING S. A. en contra de PACIFICTEL S. A. 2	222-2007	Juan Carlos Escaleras Medina en contra de Gladys Judith Escaleras Sigcho y otra 20
214-2007	Banco de la Producción S. A., PRODUBANCO en contra de César Enrique Fernández Cevallos y otros 7	223-2007	Rosa María Trejo en contra de los herederos conocidos y desconocidos del señor Juan Aldana Armas 23
215-2007	Servio Enrique Largo Benítez en contra de la Compañía Minanca Minera Nanguipa C. A. 9	224-2007	Gladys del Rosario Herrería en contra de Carlos Meza Rivadeneira 25
217-2007	Diamantino Jerónimo Prada en contra del Registrador de la Propiedad del Cantón Ibarra 10	225-2007	Luis Fernando Ruiz Rueda en contra de Delia de las Mercedes Proaño 26
218-2007	Cooperativa de Vivienda "María Eugenia" en contra de Gloria Isabel Alvarado Acosta viuda de Wolf 11	226-2007	Luis Fernando Aguirre Pimentel en contra de María Dolores Fernández Reinberg 28

	Págs.
227-2007 TELEHOLDING S. A. en contra de PACIFICTEL S. A.	29
228-2007 Fausto López López en contra de Martha Edilma López López y otros .	33
230-2007 Edison Marcelo Cárdenas Maldonado en contra de Edgar Renán Herrera Santacruz	35
231-2007 Presidente del Consejo Provincialicio Agustiniiano en contra de Washington Edmundo Aguayo Avilés	36
238-2008 Zoila Rosa Pesantez Ordóñez en contra de Joaquín Vicente Jaramillo Carrión	36
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:	
Recursos de casación en los juicios seguidos por las siguientes personas:	
212 Pedro Pablo Romero Mogrovejo en contra del Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones y otros...	38
214 Coronel Gualberto Napoleón Villa Barragán en contra de la Junta Calificadora de Cesantía de la Policía Nacional	40
217-08 Agustín Salcedo Montesdeoca en contra del Consejo Nacional de Electricidad y otra	41

No. 209-2007

Juicio verbal sumario No. 100-2006 que por indemnización de daños y perjuicios sigue Mahmud Samandari Sadat-Khamsi, en su calidad de Gerente General y representante legal de TELEHOLDING S. A., a PACIFICTEL S. A., representada por su Presidente Ejecutivo señor Antonio Sáenz Fernández.

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

Quito, 14 de junio del 2007; a las 09h00.

VISTOS: (100-2006): La causa que por indemnización de daños y perjuicios sigue el señor Mahmud Samandari Sadat-Khamsi, en su calidad de Gerente General y representante legal de TELEHOLDING S. A., a PACIFICTEL S. A.,

representada por su Presidente Ejecutivo señor Antonio Sáenz Fernández, sube por recurso de casación interpuesto por la parte actora, de la sentencia expedida por la Segunda Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que *“con la reforma anotada en la parte final de los considerandos”*, confirma la sentencia dictada por la señora Jueza Tercera de lo Civil de Guayaquil (E) *“cuanto declara sin lugar la demanda”*. Habiéndose radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, encontrándose al momento la causa en estado en que debe expedirse la sentencia, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** El señor Mahmud Samandari Sadat-Khamsi, Gerente General y representante legal de TELEHOLDING S. A., ha comparecido con su demanda ante el señor Juez de lo Civil de Pichincha manifestando en lo esencial lo siguiente: que el día 16 de febrero de 1996 mediante escritura pública otorgada ante el Notario Vigésimo Primero del cantón Quito, Dr. Marco Vela Vasco, la EMPRESA ESTATAL DE TELECOMUNICACIONES EMETEL ECUADOR Y TELEHOLDING S. A., celebraron el contrato para la promoción, operación, mantenimiento y cobranza del servicio de alquiler de circuitos para transmisión de datos punto a punto, punto a multipunto y otros que fuesen convenidos por las partes, bajo el esquema de prestación de servicios. Que el 18 de noviembre de 1997, ante el Notario Quinto del cantón Quito, el Dr. Edgar Patricio Terán, las mismas partes celebraron un contrato modificatorio al contrato de 16 de febrero de 1996 mencionado, que mediante la Ley No. 94 de 4 de agosto de 1995, publicada en el R. O. No. 770 de 30 de los mismos mes y año, se dispuso la transformación de la EMPRESA ESTATAL DE TELECOMUNICACIONES EMETEL ECUADOR, en una sociedad anónima que, luego de su aprobación e inscripción en el Registro Mercantil de Quito, se escindiría en las necesarias. Para cumplir el mandato legal, la Junta General de Accionistas de EMETEL S. A., de 25 de septiembre de 1997, decidió escindir a EMETEL S.A., y constituir ANDINATEL S. A., y PACIFICTEL S. A. Que por el convenio de 6 de abril de 1998, celebrado entre EMETEL S. A., y PACIFICTEL S. A., esta última reconoció y asumió los derechos y obligaciones de los contratos principal de 16 de febrero de 1996 y modificatorio de 18 de noviembre de 1997, originalmente celebrados entre la EMPRESA ESTATAL DE TELECOMUNICACIONES EMETEL ECUADOR Y TELEHOLDING S. A. Que TELEHOLDING S. A., ha cumplido todas y cada una de las obligaciones que contrajo con los contratos principal y modificatorio y que inclusive ha sugerido y propuesto acciones para mejorar la operación de prestación de servicios y obtener mayores beneficios, mientras que la EMPRESA ESTATAL DE TELECOMUNICACIONES EMETEL S. A., y especialmente PACIFICTEL S. A., han incumplido en forma continua y sistemática las obligaciones establecidas en la cláusula tercera, numeral 2, literales a), c), f), g) y la obligación especial prevista en la cláusula quinta, letra e), así: a) PACIFICTEL S. A., no ha atendido 390 solicitudes de factibilidad presentadas por TELEHOLDING S. A., impidiendo la instalación de líneas necesarias para conectar al cliente, incumplimiento que le ha causado un perjuicio, según afirma, por no facturar y dejar de percibir ingresos que sobrepasan los cinco millones doscientos mil dólares calculados hasta el 30 de septiembre del 2001; b) PACIFICTEL S. A., de su personal no ha designado a tres ingenieros a tiempo completo y bajo el concepto de “Comisión de Servicios”, lo que ha afectado a la calidad del

servicio y ha determinado la cancelación de los contratos de varios clientes por la mala calidad de las líneas y los E-1 de exclusiva responsabilidad de PACIFICTEL S. A. El perjuicio causado, ha dicho, asciende a un millón setecientos noventa y seis mil ciento ochenta dólares, equivalentes a la totalidad de la facturación de los clientes que han dejado los servicios que prestan conjuntamente PACIFICTEL S. A., y TELEHOLDING S. A., para contratar con otros proveedores; c) PACIFICTEL S. A., se obligó a *“Traspasar la cartera de clientes actuales a la Unidad de Negocios y cualquiera otra nueva solicitud de servicio presentada ante el EMETEL por potenciales nuevos clientes”* y no lo hizo. Además de que no reemplazó los circuitos analógicos por digitales conforme se comprometió, incumplimiento que ha provocado pérdidas anuales de siete millones de dólares, que calculadas entre febrero de 1998 y septiembre del 2001 sobrepasan los dieciocho millones quinientos mil dólares; d) Por la irregular operación de las redes a cargo y de responsabilidad de PACIFICTEL S. A., los clientes que han sufrido deficiencia en el servicio han obtenido un reconocimiento y compensación por el prepagado de sus cuotas, concepto por el que se ha sufrido un perjuicio superior a cuarenta mil ochocientos dólares; e) PACIFICTEL S. A., el 28 de febrero del 2000 celebró con TRANSFERDATOS S. A., un contrato de tercerización de servicios utilizando, de manera general, el mismo esquema de los contratos principal de 16 de febrero de 1996 y modificatorio de 18 de noviembre de 1997, celebrados con TELEHOLDING S. A., pero concediéndole a TRANSFERDATOS mayores beneficios, contraviniendo lo establecido en la cláusula quinta, letra e) de los mencionados contratos principal y modificatorio, en los que PACIFICTEL S. A., se obligó a mantener y aplicar un tratamiento de equidad entre los contratistas, esto es a equiparar u homologar a favor de TELEHOLDING S. A., las condiciones establecidas en beneficio de TRANSFERDATOS S. A., situación que no se ha producido hasta el momento, a pesar de que el Directorio de PACIFICTEL S. A., ADOPTO LAS RESOLUCIONES No. SD-E-328-2000, SD-0-428-2000 y SD-0-105-2001, de 19 y 23 de noviembre del 2000 y 13 de marzo del 2001, respectivamente, mediante las cuales PACIFICTEL S. A., reconoce expresamente los fundamentos y derechos que asisten a TELEHOLDING S. A., en sus reclamos y la necesidad de renegociar, analizar y actualizar las cláusulas y condiciones del contrato para la transmisión de datos, cuya vigencia se extiende hasta el 17 de noviembre del 2003; y f) PACIFICTEL S. A., ha tomado para sí misma o ha cedido a TRANSFERDATOS S. A., clientes obtenidos o presentados por TELEHOLDING S. A., ha ofrecido servicios de transmisión de datos en forma desleal y a bajo precio, ha desatendido el desarrollo de nuevos servicios detectados y sugeridos por TELEHOLDING S. A., lo que ha ocasionado perjuicios que deben repararse. Que mediante oficio No. PE-02330 de 17 de septiembre del 2001 el señor Antonino Sáenz Fernández, Presidente y representante legal de PACIFICTEL S. A., envió una comunicación al compareciente Dr. Mahmud Samandari confiriéndole la calidad de Presidente Ejecutivo de TELEHOLDING S. A., que no le corresponde, con el propósito de notificarle la no renovación de los contratos de 16 de febrero de 1996 y 18 de noviembre de 1997, bajo el supuesto errado de que la relación contractual entre PACIFICTEL S. A., y TELEHOLDING S. A., terminaría el 6 de febrero del 2002, a pesar de que por estipulación expresa la vigencia de los contratos se extiende hasta el 17 de noviembre del 2003. Notificación que no surte efectos jurídicos por cuanto: no

hay contrato de 6 de febrero de 1996 celebrado entre EMETEL S. A., y TELEHOLDING S. A., no existe un contrato entre las partes cuyo objeto sea la *“Tercerización de Servicios Portadores”*, y no, consta estipulación contractual alguna que determine como fecha de vencimiento el 6 de febrero del 2002. Que fue TELEHOLDING S. A., la que inició y desarrolló el área de prestación de servicios de transmisión de datos, abriendo un negocio y fuente de ingresos que EMETEL y luego PACIFICTEL S. A., no la tenía. Que durante la relación contractual TELEHOLDING S. A., ha cumplido sus obligaciones, sin que haya motivo de queja ni reclamo alguno; observando una conducta de buena fe, transparencia y lealtad incuestionables. Que PACIFICTEL S. A., ha persistido en la mora sistemática y el incumplimiento de sus obligaciones, sin embargo, presenta una ilegal e infundada notificación de no renovación del contrato. Que PACIFICTEL S. A., y TELEHOLDING S. A., han celebrado conjuntamente contratos de prestación de servicios con los usuarios, estipulando plazos que, exceden del 16 de febrero del 2002 e inclusive del 17 de febrero del 2003, en reconocimiento y demostración de la validez y vigencia de la relación contractual. Que en el contrato principal de 16 de febrero de 1996, las partes renunciaron domicilio sometiéndose a los jueces de la ciudad de Quito, por lo que, amparado en las disposiciones contenidas en los Arts. 1588, 1589, 1594, 1595, 1596 numeral 2, 1599, 1600 y más aplicables del Código Civil, demanda en la vía verbal sumaria a PACIFICTEL S. A., en la persona de su Presidente Ejecutivo y representante legal, señor Antonino Sáenz Fernández, para que en sentencia se le condene al pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a TELEHOLDING S. A., provenientes o derivados de los incumplimientos de las obligaciones estipuladas y asumidas en los contratos principal de 16 de febrero de 1996 y modificatorio de 18 de noviembre de 1997 celebrado con PACIFICTEL S. A., y que comprenden el daño emergente y el lucro cesante, así como al pago de las costas procesales, incluidos los honorarios de su abogado defensor. La parte actora mediante escrito que obra a fs. 59 de los autos solicita se cuente con el señor Procurador General del Estado. Sorteada que fue la causa, le correspondió su conocimiento al señor Juez Quinto de lo Civil de Pichincha, quien mediante auto de 5 de marzo del 2002, las 11h25, admite a trámite la demanda. Citado que fue legalmente el señor Procurador General del Estado, el señor Juez Noveno de lo Civil del Guayas, en su calidad de encargado del Juzgado Tercero de lo Civil del Guayas, mediante oficio No. 83 de 29 de abril del 2002, dentro del juicio de competencia No. 128/D/2002 seguido por Antonino Sáenz Fernández, por los derechos que representa en su calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de PACIFICTEL S. A., contra el Juez Quinto de lo Civil de Pichincha, le anuncia la competencia *“para que en el término de tres días ceda o contraiga la competencia por las razones en que se funda el actor”*. El señor Juez Quinto de lo Civil de Pichincha la contradice, por lo que el conflicto de competencia suscitado, para su resolución, pasa a conocimiento de la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que dirime a favor del anunciante, quien convoca a audiencia de conciliación, en la que la parte demandada contesta a la demanda, oponiendo las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2. Improcedencia de la acción propuesta, por cuando ha dicho *“la indemnización de daños y perjuicios es un derecho accesorio del acreedor y no un derecho que se pueda*

ejercer, en punto de contrato sinalagmáticos, por vía de acción directa y exclusiva, esto es, independiente de una acción de ejecución del contrato respectivo"; 3. Ilegitimidad de las pretensiones deducidas por el accionante, en razón de que PACIFICTEL S. A., no ha incumplido obligación alguna de las que sucedió a EMETEL S. A., en sus relaciones contractuales con TELEHOLDING S. A., específicamente sobre el contrato de prestación de servicios del 16 de febrero de 1996 y el contrato modificatorio del 18 de noviembre de 1997, en el que las partes concertaron en forma libre y voluntaria el contenido de la cláusula segunda que dice *"La duración del contrato será de tres años, contados a partir de la fecha de suscripción del presente contrato"*, texto que se reemplaza por el siguiente: *"La duración del contrato será de seis años contados a partir de la fecha de suscripción del presente contrato"*. De lo que se tiene que el plazo y vigencia del contrato concluyó el 16 de febrero del 2002; 5. Ineficacia jurídica de la pretensión deducida por TELEHOLDING S. A., toda vez que se han propuesto dos acciones, la una solicitando se extienda y mantenga la vigencia del contrato hasta el 17 de noviembre del 2003, y posteriormente deduce la presente acción por supuestos daños y perjuicios estando aún pendiente de resolución la anterior acción, existiendo una gran contradicción que no tiene efecto jurídico, 6. Litis pendencia; 7. Falsedad absoluta de las pretensiones demandadas que conllevan como único fin lesionar gravemente el patrocino económico de PACIFICTEL S. A., 8. Existencia de vicios de nulidad procesal. Además reclama el pago de daños y perjuicios, costas procesales y honorarios profesionales. Cumplido el trámite de la instancia, la Jueza Tercera de lo Civil de Guayaquil (E) dictó sentencia desechando la demanda y aceptando las excepciones deducidas por la demandada. De la sentencia de primer nivel, la parte actora interpuso recurso de apelación. La Corte Superior de Justicia de Guayaquil, Segunda Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, luego de tramitada la instancia, dicha sentencia confirmando el fallo subido en grado en cuanto declara sin lugar la demanda, con la reforma anotada en la parte final de sus considerandos. **SEGUNDO:** La parte actora interpone recurso de casación y al hacerlo, en lo fundamental, ha dicho lo siguiente: que las normas de derecho que se estiman infringidas en la sentencia recurrida son los Arts. 1532, 1588, 1589, 1594, 1595 numeral 2, 1599, 1600, 1603, 1604 y 1606 del Código Civil y 287 del Código de Procedimiento Civil. Que las causales en las que ampara su recurso son las previstas en los numerales 1 y 3 del Art. 3 de la Ley de Casación, referidas a la aplicación indebida y errónea interpretación de las normas de derecho y a la aplicación indebida de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que han conducido a una equivocada aplicación de las normas de derecho en la sentencia. Fundamenta su recurso manifestando que: el señor Antonio Sáenz Fernández, en su calidad de Presidente y representante legal de PACIFICTEL S. A., consideró que por la notificación causada mediante oficio No. PE-02330 de 17 de septiembre del 2001, con la que le hacía saber su voluntad de no renovar los contratos válidamente celebrados el 16 de febrero de 1996 y 18 de noviembre de 1997, entre EMETEL y luego de la escisión de aquella y como sucesora la empresa de su representación y TELEHOLDING S. A., asumió que el plazo de vigencia del contrato vencería el 6 de febrero del 2002, cuando por el contrato modificatorio (18 de noviembre de 1997) tenía vigencia hasta el 17 de noviembre del 2003, dando término

a la relación contractual como si se tratase de una condición resolutoria expresa no estipulada específicamente y por consiguiente no convenida bilateralmente. Dicha ruptura violenta tuvo por causa-según dice-preferir la prestación de servicios de la empresa TRANSFERDATOS S. A., en condiciones muy ventajosas, compañía con la que había celebrado un contrato de tercerización el 28 de octubre del 2000, eludiendo así obligaciones pendientes y otras derivadas de la abrupta terminación del contrato con TELEHOLDING S. A., empresa que planteó reiterados reclamos escritos en procura de un acuerdo conciliatorio, que al no ser atendidos le han obligado a ejercer sus derechos y demandar en juicio verbal sumario a PACIFICTEL S. A., el pago de los daños perjuicios producidos por la mora en el cumplimiento de lo pactado, conforme a las especificaciones y valores determinados en la demanda. Que la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil *"con desprecio absoluto e inconstitucional, en indebida aplicación e interpretando erróneamente las normas de derecho"*, fundamento de la demanda, afirma que *"los daños y perjuicios no pueden ser demandados independientemente, tal como se lo ha hecho, sino conjuntamente con las acciones propias de todo contrato, ya sea para que quede sin efecto o para exigir su cumplimiento"*, por lo que *"para ejecutar la acción de indemnización de daños y perjuicios, la sentencia dictada exige que, previamente, se demande la resolución o el cumplimiento del contrato de indemnización de perjuicios, aplicando indebidamente la norma del Art. 1532 e ignorando deliberadamente o interpretando erróneamente la norma que contiene el numeral 1 del Art. 1594 del Código Civil"*. Afirma el recurrente que el Tribunal ad-quem ha interpretado erróneamente la norma contenida en el Art. 1532, al decir: *"Resulta evidente que la interpretación que le ha atribuido la Sala al art. 1532 del Código Civil, tomando como base la que le ha dado, en su tiempo la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, es errada."* Admite que en efecto el mencionado artículo establece que el acreedor sinalagmático puede proponer alternativamente las acciones de resolución o cumplimiento de contrato y adicionalmente la de indemnización de daños y perjuicios, pero que los contratos materia de la litis, son de tracto sucesivo y no de ejecución única, diferencia que la considera básica al momento de analizar las normas y acciones que proceden, pues ha dicho, que mientras el contrato de ejecución única permite establecer el momento del cumplimiento de las obligaciones, el de tracto sucesivo, cuya ejecución se verifica en forma escalonada y periódica posibilita que puedan no verificarse las obligaciones de un período y sí las del siguiente, en cuyo caso no se puede proponer la resolución (porque el contrato está cumpliéndose en sus etapas posteriores) ni el cumplimiento (puesto que las obligaciones estarían actualmente cumpliéndose). Insiste en que tanto el contrato principal como el modificatorio tienen un carácter sui géneris y de innegable tracto sucesivo, en el que las obligaciones y derechos de las partes se extienden en el tiempo. Explica que TELEHOLDING S. A., *"no podía plantear ninguna de las acciones consideradas principales, pues el contrato se hallaba en plena ejecución, pese a los desfases causados por los incumplimientos de Pacifictel y a su decisión de dar por terminado en forma ilegal y de facto"*, por lo que dice: *"Existe y se produce, entonces, una aplicación indebida de la norma del artículo 1532 del código civil, pues éste regula la (sic) relaciones contractuales que generan obligaciones de ejecución única y no las de tracto sucesivo."* Afirma además, que en el fallo

recurrido existe errónea interpretación de la disposición contenida en el Art. 1594 del Código Civil, por cuanto *“Tampoco es acertado afirmar, como afirma la sentencia, citando a la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, que sea necesario ‘previamente la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios sea declarado mediante sentencia, por tratarse de condición resolutoria tácita y, en consecuencia, se declare al deudor en mora, de conformidad con el art. 1594 del Código Civil.’”,* ya que sostiene que en fallos de triple reiteración la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la constitución en mora del deudor en los contratos a plazo se produce por el simple transcurso del tiempo, mientras que en aquellos que tienen obligaciones puras y simples o condicionales, tiene lugar por la citación con la demanda, que puede versar sobre el cumplimiento del contrato, su resolución o la indemnización de perjuicios, por lo que no es forzosa declaración judicial alguna para constituir al deudor en mora. Por otra parte, menciona que el Tribunal ad-quem tampoco ha examinado ni considerado el Art. 1596, numeral 2, invocado como fundamento de la demanda, que dispone que en las obligaciones de hacer en las que el deudor se constituye en mora, se podrá pedir junto con ella los perjuicios resultantes del contrato materia de la acción. Finalmente, asegura que el inferior aplicó indebidamente la norma contenida en el Art. 287 del Código de Procedimiento Civil al haberle condenado al pago de costas, fijando el 1% sobre la cuantía de la demanda, por concepto de honorarios profesionales de los defensores de la Empresa PACIFICTEL S. A., sin que se haya declarado maliciosa y temeraria a su demanda. **TERCERO:** Como quedó dicho en líneas precedentes, el casacionista ha deducido su recurso con fundamento en las causales primera y tercera del Art. 3 de la ley de la materia. Conforme el criterio reiteradamente expuesto por este Tribunal, atendiendo a un orden lógico, debe empezarse por el estudio del cargo que el recurrente sustenta en la causal tercera, para luego pasar al análisis de las impugnaciones fijadas en la causal primera. Al respecto, cabe manifestar que la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva, y para que prospere el recurso de casación por la misma, deben necesariamente, cumplirse los siguientes requisitos concurrentes: 1. Identificación precisa del medio de prueba que a criterio del recurrente ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o interpretes); 2. Determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que ha su juicio se ha infringido con indicación del vicio recaído en ella (falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación); 3. Demostración, con lógica jurídica, de la forma en que se ha violado la norma sobre valoración de la prueba; y, 4. Identificación de la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no ha sido aplicada como consecuencia del error cometido al realizar la valoración de la prueba. En definitiva, la alegación de esta causal debe basarse en la existencia de dos infracciones: la primera, de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba y la segunda, de una norma de derecho como resultado de la primera, lo que el recurrente ha omitido realizar, privando al Tribunal de Casación de los elementos de juicio necesarios para poder efectuar el análisis correspondiente, pues si bien menciona el modo de quebranto *“aplicación indebida”*, no determina cuáles son las normas de valoración de la prueba

que estima han sido violentadas en la sentencia recurrida, así como tampoco señala las consecuencias del quebranto, esto es, las normas de derecho que han dejado de aplicarse o han sido erróneamente aplicadas como resultado de la infracción acusada. **CUARTO:** La causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, invocada por el recurrente, se refiere a 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. Esta causal contiene los tres cargos que constituyen errores in judicando, que se refieren al fondo mismo de la litis, en que se analizan las normas sustantivas, no se discuten los hechos sino la calificación de éstos y los efectos de esa calificación. En lo que a aquella respecta, este Tribunal de Casación advierte que el recurrente señala como infringidas las normas contenidas en los Arts. 1532, 1588, 1589, 1594, 1595, 1596 numeral 2, 1599, 1600, 1603, 1604 y 1606 del Código Civil y 287 del Código de Procedimiento Civil, pero determina los cargos por los que acusa su quebranto únicamente respecto de las disposiciones contenidas en los Arts. 1532, 1594, 1596 del Código Civil y 287 del Código de Procedimiento Civil, obligando a este Tribunal de Casación a limitar su análisis a la consideración de dichas normas. Así: 1) El recurrente en su escrito de interposición del recurso de casación ha dicho: *“Consecuentemente para ejecutar la acción de indemnización de daños y perjuicios, la sentencia dictada exige que, previamente, se demande la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, aplicando indebidamente la norma del Art. 1532 del Código Civil”* (...) *“Resulta evidente que la interpretación que le ha atribuido la Sala al art. 1532 del Código Civil, tomando como base la que le ha dado, en su tiempo, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, es errada.”* (las negrillas y subrayado son de la Sala), de lo que se desprende que respecto al Art. 1532 (actual 1505) del Código Civil el recurrente invoca los vicios de aplicación indebida y errónea interpretación, incumpliendo de esta forma con la obligación que tiene de individualizar el vicio o modo de quebranto con que considera ha sido vulnerada la norma de derecho que a su criterio ha sido infringida. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado diciendo: *“La recurrente invoca como sinónimos la aplicación indebida y la errónea interpretación de las normas que sostiene han sido violadas, cuando verdaderamente constituyen equivocaciones diferentes que puede perpetrar un juzgador, o sea dos de las tres formas del error in judicando o error en juicio, contempladas por la ley de la materia. En tal virtud, el vicio de aplicación indebida de las normas de derecho, se comete por el juez en el proceso intelectual de dictar sentencia, al equivocadamente atribuir una disposición legal sustantiva, general, impersonal y abstracta, que regula una relación jurídica sustancial, un alcance que no tiene, utilizándola para declarar, reconocer o negar un derecho, en un caso particular, determinado y concreto, que es diferente a la relación sustancial del precepto y que por tanto no debió emplear. Mientras que, la errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juzgador a dar desacertadamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador, que utiliza para resolver la controversia judicial”*. (Gaceta Judicial, Año XCVII. Serie XVI. No. 10, pág. 2558). Sin embargo de lo cual, este Tribunal considera oportuno realizar algunas puntualizaciones: de acuerdo con la doctrina, son contratos

bilaterales o sinalagmáticos aquellos en que *“las partes se obligan recíprocamente”* (Alessandri Rodríguez, Arturo, De los Contratos, Editorial Temis S. A., Chile, pág. 18); y, son contratos de tracto sucesivos aquellos *“...en que las obligaciones de las partes o de una de ellas, a lo menos, consisten en prestaciones continuas o repetidas durante cierto espacio de tiempo.”* (Obra citada, pág. 41); consecuentemente, los últimos nombrados son también contratos bilaterales, en los que va envuelta la condición resolutoria tácita prevista en el Art. 1505 de la codificación vigente del Código Civil en virtud de la cual el contratante cumplido podrá pedir del otro, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, lo que, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, sí procede, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia así lo reconocen al realizar la distinción entre los contratos de ejecución instantánea con los de tracto sucesivo sobre los efectos que conlleva su resolución. Arturo Alessandri Rodríguez en su obra *“De los Contratos”* afirma: *“La resolución por incumplimiento de las partes sólo puede operar con efecto retroactivo en los contratos de ejecución instantánea; en ellos es posible retrotraer las cosas a su estado anterior. En los contratos de tracto sucesivo, como no cabe destruir el pasado, la resolución sólo opera para el futuro. Más que una resolución hay una terminación: el contrato dejará de seguir produciendo efectos, porque desaparece, pero sin retroactividad”*. (Ob. Citada, pág. 42). La parte diligente, o que ha cumplido el contrato, puede pedir ya el cumplimiento de la obligación o su resolución, y para ello debe acudir ante el correspondiente Juez para que mediante sentencia ordene su cumplimiento o lo declare resuelto y además podrá pedir la correspondiente indemnización de perjuicios, con el fin de que le sean resarcidos los daños a él ocasionados, es decir, como acertadamente lo sostiene el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida cuando manifiesta: *“Resulta claro, entonces, que la norma sustantiva impone, en caso de incumplimiento por parte de uno de los contratantes-como se ha alegado en el caso que se examina-o la resolución o el cumplimiento del contrato con la indemnización de perjuicios, lo cual sugiere que no procede pedir únicamente la indemnización de perjuicios, que vendría a ser una acción accesorias, improcedente en estos casos, sin que haya propuesto la acción principal, cuanto más si al momento de proponer la demanda no había terminado el plazo del contrato.”* La Corte Suprema de Justicia en resolución publicada en la Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 11. pág. 2241, se pronuncia en idéntico sentido al decir: *“El Art. 1532 del antes referido Código dispone que ‘En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado’. Es regla general de aplicación aún en los contratos de tracto sucesivo, como el de arrendamiento, por ejemplo, con la particularidad que los efectos seguidos a la resolución pronunciada por el Juez, son para el futuro”*. 2) En cuanto a la errónea interpretación del Art. 1594 del Código Civil acusada por el recurrente, al afirmar que *“...la propia Corte Suprema de Justicia, en triple reiteración de fallos de casación, que constituyen precedente jurisprudencial obligatorio para la Sala de la Corte Superior, ha establecido que la constitución en mora del deudor en los contratos a plazo se produce por el simple transcurso del tiempo, mientras que en aquellos cuyas obligaciones son puras y simples o condicionales, se produce con la citación de la demanda, la cual puede versar sobre el cumplimiento del contrato, su resolución o sobre la indemnización de perjuicios. No es cierto, por*

tanto, que sea forzosa declaración judicial alguna para constituir al deudor en mora.”, encontramos que, el propio casacionista al decir en su escrito de interposición del recurso de casación que *“Pacifictel se constituyó en mora al incumplir sus obligaciones dentro del término estipulado contractualmente, en las obligaciones que adquirió a plazo y, con la citación de la demanda, en las restantes”*, reconoce que no todas las obligaciones que según él han sido incumplidas por el demandado, eran obligaciones que estipulaban un plazo para su cumplimiento, por ello no todas se encontraban al momento de formular la demanda, en mora, de conformidad con lo prescrito por el numeral 1 del Art. 1567 del Código Civil, y que con relación a aquellas que no estipulaban plazo se constituyó al deudor en mora con la citación de la demanda propuesta en su contra para el **pago de daños y perjuicios**, lo que no se ajusta a lo prescrito por la mencionada disposición, que en su numeral 3 expresamente señala: *“En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”*, ya que no se puede hablar de que el acreedor ha reconvenido al deudor cuando por su incumplimiento ha incoado acción ordinaria para que le **indemnice** por los daños y perjuicios que le ha causado, ya que por requerimiento judicial debemos entender el *“Acto de un juez o tribunal, dirigido a una de las partes litigantes o a un tercero para que haga algo o se abstenga de lo intimado”*. (Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Ed. Heliasta, Santa Fé de Bogotá, Tomo VII, pág. 169). 3) En lo que dice relación al numeral segundo del Art. 1596, que según afirma ha sido *“omitido e inaplicable”*, se observa que la norma mencionada prescribe: *“Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya: 2. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”*. Norma que no es aplicable al caso, por cuanto el demandante debía individualizar las obligaciones de hacer que la demandada dejó de cumplir, proceder conforme lo establece el Art. 1567 para constituirlo en mora y demandar la indemnización de la mora conjuntamente con la indemnización de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato de así convenir a sus intereses, pues no podía demandar la indemnización de perjuicios llana y directamente. 4) Finalmente, sobre la aplicación indebida del Art. 287 del Código de Procedimiento Civil por haberle condenado al pago de costas, fijando el 1% sobre la cuantía de la demanda, a este respecto caben las siguientes consideraciones: la estimación de la temeridad o mala fe con la que han obrado los litigantes para efectos de la condena en costas, compete de manera exclusiva al Tribunal ad-quem, máxime que sobre este punto la resolución de la Corte Superior, más bien le es favorable, pues, modifica la resolución de la Jueza de primer grado, reduciendo el monto de los honorarios profesionales de la defensa de la parte demandada, del 2% de la cuantía que se había fijado en el fallo de primera, al 1% de la cuantía, y declara sin costas en la segunda instancia. Por los considerando expuestos, esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia y rechaza el recurso de casación interpuesto por Mahmud Samandari Sadat-Khamsi, en su calidad de Gerente y representante legal de TELEHOLDING S. A. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montañó Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la

Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Certifico que las ocho (8) fojas que anteceden son fieles y exactas a sus originales. Quito, 14 de junio del 2007.

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

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

Quito, 25 de julio del 2007; a las 09h15.

VISTOS: (100-2006): El recurrente ha comparecido a fs. 120 y 121 del cuaderno del recurso de casación manifestando en lo esencial: “...solicito que en **estricta aplicación del Art. 287 del Código de Procedimiento Civil...**” (las negrillas son de la Sala). Al respecto se observa que la mencionada disposición legal contenida en la codificación vigente del Código de Procedimiento Civil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005 establece que: “*Las sentencias, autos y decretos contendrán la fecha y hora en que fueron expedidos y la firma de los jueces que los pronunciaren*”, requisitos que se encuentran cumplidos en aquella sentencia. En cuanto a la petición de aclaración respecto de “... en qué parte y forma de las resoluciones de primera Instancia se ha establecido que **TELEHOLDING S. A., ha actuado con temeridad o mala fe**”, no le corresponde a este Tribunal de Casación referirse al particular, en virtud de lo prescrito por el Art. 289 ibídem que textualmente dice: “*Los autos y decretos pueden aclararse, ampliarse, reformarse y revocarse, por el mismo juez que los pronunció, si lo solicita alguna de las partes dentro del término fijado en el artículo 281.*” (las negrillas son de la Sala), además de que de autos consta el texto íntegro de las sentencias dictadas por el Juez a-quo y el Tribunal ad-quem, respectivamente, a las que el recurrente podrá remitirse. Por lo expuesto, se rechazan las peticiones formuladas por el señor doctor Mahmud Samandari Sadat-Khamsi, en su calidad de Gerente General y representante legal de TELEHOLDING S. A. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

La foja que antecede es fiel y exacta a su original. Certifico.- Quito, 25 de julio del 2007.

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

No. 214-2007

Juicio ordinario No. 95-2007, que por nulidad de adjudicación sigue el Banco de la Producción S. A., PRODUBANCO contra César Enrique Fernández Cevallos y otros.

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

Quito, 20 de junio del 2007; a las 08h52.

VISTOS (95-2007): En el juicio ordinario que por nulidad de adjudicación sigue el abogado José Enrique Nebot Saadi, como Procurador Judicial del Banco de la Producción S. A. PRODUBANCO a César Enrique Fernández Cevallos, Ana Margarita Bravo Román de Fernández, al “Comité Especial de Trabajadores de la Camaronera ‘Piscicula Tonchigue’ en las interpuestas personas, que a continuación menciono: Mayra Zambrano Vélez Villamar, Secretaria de actos y comisiones; Sary Sosa Zambrano, Secretaria de Defensa Jurídica; Félix Pillasua Cedeño, Secretario de Prensa y Propaganda; Lauro Avila Vera, Secretario de Finanzas; Decsy Solórzano Vera, Secretaria de Organización, José Pilay Vinces, Secretario de Beneficencia y Cooperativismo”, y al abogado Mauro Hipólito Panta Véliz, ex Inspector del Trabajo del cantón Chone, el actor deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, que confirma la dictada por el Juez Primero de lo Civil de Manabí, que declara sin lugar la demanda. Radicada que ha sido la competencia en la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en virtud del sorteo de ley, para resolver, se considera: **PRIMERO:** Respecto de los requisitos que obligatoriamente debe contener el escrito de interposición del recurso de casación el artículo 6 de la ley de la materia dispone: “1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales; 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido; 3. La determinación de las causales en que se funda; 4. Los fundamentos en que se apoya”. **SEGUNDO:** De fojas 53 a 55 del cuaderno de segundo nivel consta el escrito de interposición del recurso de casación, el mismo que no cumple con los requisitos obligatorios expuestos en el artículo 6 de la ley de la materia, pues si bien el recurrente determina la causal en la que basa su recurso (causal tercera), no señala ningún precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba que se haya infringido. Las normas que enuncia son los artículos 299, 1014, 439, 447 del Código de Procedimiento Civil, 500 y 501 del Código del Trabajo y 23 numerales 23, 26 y 27 de la Constitución Política, ninguno de los cuales se refiere a valoración probatoria. Con ello, el recurrente no cumple con las exigencias formales establecidas en la Ley de Casación para la causal tercera. La Sala considera que esta causal “...comprende tres modos de infracción o tres vicios de juzgamiento por los cuales se puede interponer el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Cortes Superiores en procesos de conocimiento, vicios que, a su vez deben dar lugar a otros dos modos de infracción. Entonces, en la sentencia, el primer yerro, objeto del recurso de casación, puede ocurrir por aplicación indebida (1) o por falta de aplicación (2) o por errónea interpretación (3) de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”; y el segundo, por equivocada aplicación (1) o por no aplicación de “normas de derecho” (2); de modo que, para la procedencia del recurso por la causal tercera de casación, es indispensable la concurrencia de dos infracciones sucesivas: la primera, de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”; y la segunda, de “normas de derecho”, en cualquiera de los tres o dos modos

de infracción antes indicados que son los establecidos por la ley para cada uno de ellos. De acuerdo con esto, cuando el recurrente invoca la causal tercera -como en este caso-, para que proceda la alegación, está en la obligación de presentar la concurrencia de las dos violaciones sucesivas previstas en esta causal, es decir, primero la violación de los preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba; y, segundo, la violación de normas de derecho producida como consecuencia de lo anterior, con la precisión en cada caso, del precepto o norma infringidos...". (juicio No. 221-2002, Res. No. 21-2004, juicio No. 79-2006, Res. No. 125-2006, juicio No. 125-2006, Res. No. 344-2006), lo que no ha sucedido en el presente caso. Por lo tanto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, rechaza el recurso de casación presentado por el recurrente. Sin costas ni multa. Agréguese a los autos los escritos y anexo que anteceden. Tómese en cuenta la calidad en que comparece el abogado José Enrique Nebot Saadi como Procurador Judicial del Banco de la Producción S. A. Produbanco, así como el casillero judicial No. 3938 y la autorización que confiere a sus patrocinadores. De conformidad con el artículo 14 de la Ley de Casación, se niega por prematura la audiencia en estrados solicitada. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Secretaria Relatora.

Las dos fojas que anteceden son fieles copias de su original. Certifico.- Quito, 20 de junio del 2007.

f.) Secretaria Relatora.

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

Quito, 11 de julio del 2007; a las 08h57.

Vistos (95-2007): Téngase por legitimada la intervención de la abogada Gabriela Bedón a nombre del abogado José Nebot Saadi. Tómese en cuenta la autorización dada a dicha profesional y el casillero judicial No. 933 que señala para futuras notificaciones. En lo principal, el artículo 282 de la Codificación vigente del Código de Procedimiento Civil establece que "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura, y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas..."; y, en el Art. 289 del mismo cuerpo de leyes, se dice que "Los autos y decretos pueden aclararse, ampliarse, reformarse o revocarse, por el mismo juez que los pronunció, si lo solicita alguna de las partes dentro del término fijado en el Art. 281"; que por lógica jurídica hemos de entender que procede cuando en ellos no se hubiere resuelto los puntos controvertidos. En el caso, la aclaración no procede en virtud de que el auto es lo suficientemente claro e inteligible; y, en cuanto a la ampliación, en el momento procesal en que se decidió rechazar el recurso, la Sala realizó el análisis de procedencia y formalidades del mismo y determinó de forma completa la razón de su resolución. Consecuentemente, se rechaza la solicitud de aclaración y ampliación solicitada por el abogado José Enrique Nebot

Saadi, Procurador Judicial del Banco de la Producción S. A. Produbanco. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Secretaria Relatora.

La foja que antecede es fiel y exacta a su original. Certifico.- Quito, 11 de julio del 2007.

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

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

Quito, 25 de septiembre del 2007; a las 08h52.

VISTOS: (95-2007): El abogado José Enrique Nebot Saadi, en su calidad de Procurador Judicial del Banco de la Producción S. A. Produbanco, mediante escrito de 12 de julio del 2007 interpone recurso de hecho del auto dictado por esta Sala el 20 de junio del 2007, de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Casación, solicitando además que esta petición sea "atendida por la Sala de Conjucees" en virtud de que "al haberse pronunciado ya en sentido negativo, perjudicando los intereses de mi representado, es improcedente dejar a merced de los Ministros Titulares el conceder o negar el Recurso de Hecho o (sic) de Queja interpuesto contra su propio fallo". La Sala considera: **PRIMERO:** El artículo 9 de la Ley de Casación dispone: "Si se denegare el trámite del recurso, podrá la parte recurrente, en el término de tres días, interponer el recurso de hecho. Interpuesto ante el Juez u órgano judicial respectivo, éste sin calificarlo elevará todo el expediente a la Corte Suprema de Justicia. La denegación del trámite del recurso deberá ser fundamentada. /Concedido el recurso de hecho, se dejarán copias de la sentencia o auto recurridos para continuar la ejecución, salvo que el recurrente solicite la suspensión de ésta, constituyendo caución conforme lo previsto en esta ley./ La Sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia, en la primera providencia y dentro del término de quince días, declarará si admite o rechaza el recurso de hecho; y, si lo admite, procederá conforme lo expuesto en el artículo 13", de lo que se desprende, con claridad meridiana, que este recurso cabe cuando las salas de las cortes superiores o tribunales distritales de lo fiscal o contencioso administrativo niegan el recurso de casación interpuesto, mas no cuando las salas de la Corte Suprema, cumpliendo el mandato del inciso tercero del artículo 8 de la Ley de Casación, rechazan este recurso por falta de cumplimiento de requisitos formales. Al presentar recurso de hecho en tales circunstancias, el peticionario está realizando una interpretación antojadiza y equivocada del artículo 9 de la Ley de Casación y no entiende al mismo en su totalidad y en el contexto general de la ley de la materia. **SEGUNDO:** Por otro lado, no determina el fundamento jurídico del pedido de que el recurso se atienda por la Sala de Conjucees. Un proceso que se encuentra en una de las salas de la Corte Suprema de Justicia por recurso de casación, únicamente pasa a la Sala de conjucees en virtud del artículo 17 de la Ley de Casación, es decir, cuando no se ha despachado dicho recurso en el término de noventa días, más un día por cada cien fojas, en cuyo caso es facultad de la Sala titular remitirlo o no a la Sala de conjucees, lo que

no sucede en el presente caso, ya que consta de autos que el recurso ha sido resuelto mediante auto de 20 de junio del 2007 (fojas 11 del cuaderno de casación) a través del cual se lo niega por falta de requisitos formales, y con el auto de 11 de julio del 2007 (fojas 17 del cuaderno de casación) se ha negado la aclaración y ampliación solicitada. Con estas consideraciones, se niega la petición realizada por el abogado José Nebot Saadi y se le previene, que de insistir con peticiones improcedentes, será sancionado de conformidad con el artículo 293 del Código de Procedimiento Civil. Tómese en cuenta el casillero judicial No. 382 señalado por Ana Margarita Bravo Román, así como la autorización que confiere a sus patrocinadores. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Secretaria Relatora.

La foja que antecede es fiel y exacta a su original. Certifico.- Quito, 25 de septiembre del 2007.

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

No. 215-2007

Juicio ordinario No. 99-2007, que por cobro de dinero sigue Servio Enrique Largo Benítez en contra de Luis Arturo Martínez Bucaram, por sus propios derechos y por los que representa de la Compañía Minanca Minera Nanguipa C. A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 20 de junio del 2007; a las 09h22.

VISTOS (99-2007): En el juicio ordinario que por cobro de dinero sigue Servio Enrique Largo Benítez en contra de Luis Arturo Martínez Bucaram, por sus propios derechos y por los que representa de la Compañía Minanca Minera Nanguipa C. A., la parte actora deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral y de la Niñez de la Corte Superior de Justicia de Machala, la misma que confirma la sentencia dictada por el Juez Duodécimo de lo Civil de El Oro, la cual declara sin lugar la demanda. Radicada que ha sido la competencia en la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del sorteo de ley, para resolver, se considera: **PRIMERO:** Respecto de los requisitos que obligatoriamente debe contener el escrito de interposición del recurso de casación el Art. 6 de la ley de la materia dispone: "1. *Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;* 2. *Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;* 3. *La determinación de las causales en que se funda;* 4. *Los fundamentos en que se apoya*".

SEGUNDO: A fojas 63 a 64 vlta., del cuaderno de segundo nivel consta el escrito de interposición del recurso de casación, el mismo que no cumple con los requisitos obligatorios expuestos en el Art. 6 de la ley de la materia para su admisibilidad, pues si bien la parte recurrente basa su recurso en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, y nomina como infringidos los artículos "113, 114, 115, 116, 117, 119, 242, 243, 244, 248, 250, 273, 274, 275 del Código de Procedimiento Civil en armonía con el Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política"; no concreta ni precisa con cual de los tres vicios previstos en la causal tercera del Art. 3 de la ley de la materia, y que son fundamento de su recurso se han afectado a dichas normas, ya que, dado el carácter formal del recurso de casación, es obligación de la parte recurrente puntualizar, no solo las normas legales y la causal bajo la cual se ha producido la infracción de la ley, sino también el modo por el cual se ha incurrido en ella, o sea por aplicación indebida, o por falta de aplicación o por errónea interpretación, elementos que son necesarios para el análisis que debe realizar el Tribunal de Casación, situación que no permite que prospere este recurso extraordinario, criterio que ha sido adoptado anteriormente por este Tribunal en las resoluciones Nos. 127-2006 dictada en el juicio No. 89-2006; 288-2006 dictada en el juicio No. 250-2006; y 320-2006 dictada en el juicio No. 301-2006. **TERCERO:** Por otro lado, para cumplir con la fundamentación de la causal tercera, la parte recurrente debió a más de determinar con claridad el vicio, justificar conforme a derecho, la infracción de los "preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba", y como consecuencia de ello, la infracción de normas de derecho, sea por equivocada aplicación o por la no aplicación de las mismas. La causal tercera de casación prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación se configura por: "3. *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;*". Por tanto, esta causal -lo mismo que la primera y la segunda- comprende tres modos de infracción o tres vicios de juzgamiento por los cuales se puede interponer el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las cortes superiores en procesos de conocimiento, vicios que, a su vez, deben dar lugar a otros dos modos de infracción. Entonces, en la sentencia, el primer yerro, objeto del recurso de casación, puede ocurrir por aplicación indebida (1) o por falta de aplicación (2) o por errónea interpretación (3) de "preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba"; y, el segundo, por equivocada aplicación (1) o por no aplicación de "normas de derecho" (2); de modo que, para la procedencia del recurso por la causal tercera de casación, es indispensable la concurrencia de **dos infracciones sucesivas:** la primera de "preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba"; y, la segunda, de "normas de derecho", lo que no ocurre en el presente caso. Este criterio ha sido adoptado por la Sala en las resoluciones Nos. 21-2004, dictada en el juicio No. 221-2002, publicada en el R. O. 371 de 6 de julio del 2004; 118-2006 dictada en el juicio No. 26-2006 publicada en el R. O. No. 385 de 26 de octubre del 2006, y 124-2006 dictada en el juicio No. 78-2006 publicada en el R. O. No. 385 de 26 de octubre del 2006. Además, se aprecia que el recurrente nomina como infringido el artículo 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República; sin embargo, no apoya su recurso en la causal pertinente (causal quinta), lo que le impide a la Sala determinar cómo y de qué manera se ha transgredido la ley. **CUARTO:**

Finalmente, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 6 de la Ley de Casación, el recurrente está obligado a determinar los fundamentos en los que apoya su recurso, pues, sin fundamentación, esto es sin razonar las infracciones denunciadas, no cumple con la fundamentación. Así lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia acogida por esta Sala en varias resoluciones, ya que la fundamentación es *“la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia”*, dice el tratadista Núñez Aristimuño, añadiendo: *“Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y, al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. /La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imprecisiones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción”*. (Resolución 29-2004, dictada en el juicio No. 270-2002, publicada en el R. O. 372 de 7 de julio del 2004). Por las consideraciones que anteceden, esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia rechaza el recurso de casación interpuesto por Servio Enrique Largo Benítez. Sin costas, ni multa. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las dos fojas que anteceden son fieles y exactas a sus originales. Certifico.- Quito, 20 de junio del 2007.

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

No. 217-2007

Juicio ordinario No. 110-2007, que por inscripción de escritura pública sigue Diamantino Jerónimo Prada contra el Registrador de la Propiedad del Cantón Ibarra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 20 de junio del 2007, a las 08h35.

VISTOS: (110-2007): Diamantino Jerónimo Prada, a través de su Procurador Judicial doctor René Proaño Recalde, deduce recurso de hecho ante la negativa al de casación que interpusiera contra la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Ibarra, que confirma en todas sus partes la dictada por el Juez Primero de lo Civil de Imbabura que rechaza la demanda por improcedente, en el

juicio ordinario que por inscripción de escritura pública sigue contra el Registrador de la Propiedad del Cantón Ibarra. Radicada que ha sido la competencia en la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en virtud del sorteo de ley, para resolver, se considera: **PRIMERO:** Respecto de los requisitos que obligatoriamente debe contener el escrito de interposición del recurso de casación, el artículo 6 de la ley de la materia dispone: “1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales; 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido; 3. La determinación de las causales en que se funda; 4. Los fundamentos en que se apoya”. **SEGUNDO:** A fojas 50 a 51 del cuaderno de segundo nivel consta el escrito de interposición del recurso de casación, el mismo que no cumple con los requisitos obligatorios expuestos en el artículo 6 de la ley de la materia; puesto que, si bien el recurrente nomina las causales en las que basa su recurso (causales primera y tercera), no las justifica. En primer lugar, el desarrollar la causal primera, el recurrente nomina como infringidos, de manera general, los artículos 23 numeral 26 y 24 de la Constitución Política, sin especificar el vicio respecto de cada uno de ellos, y luego, expresa que existe aplicación indebida del artículo 1561 del Código Civil, pero no realiza el ataque de ninguna de las normas, no las confronta con la sentencia recurrida y por ende no demuestra al Tribunal de Casación cómo la trasgresión de éstas ha sido determinante de su parte dispositiva. Es decir, no cumple con el requisito de la fundamentación. Esta Sala ha considerado que “La fundamentación del recurso ‘es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia’, dice el tratadista Núñez Aristimuño, añadiendo: ‘Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y, al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. /La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imprecisiones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción’ (juicio No. 270-2002, Resolución No. 29-2004). **TERCERO:** Respecto de la causal tercera, el recurrente afirma que existe “Aplicación indebida, falta de aplicación y errada interpretación a la valoración de la prueba”, para luego referirse a los artículos 113 y 115 del Código de Procedimiento Civil, es decir, no detalla con precisión el vicio recaído en cada uno de los preceptos nominados (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación). Al no individualizar ni precisar el vicio existente en cada una de las normas que señala, se impide a este Tribunal apreciar cómo y de qué manera se ha transgredido la ley. Además, no señala las normas de derecho que, como producto de la violación de los preceptos de la prueba que enuncia, fueron aplicadas erróneamente o no aplicadas en la sentencia recurrida. La Sala considera que la causal tercera “...comprende tres modos de infracción o tres vicios de juzgamiento por los cuales se puede interponer el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Cortes Superiores en procesos de conocimiento, vicios que, a su vez, deben dar lugar a otros dos modos de infracción. Entonces, en la sentencia, el

primer yerro, objeto del recurso de casación, puede ocurrir por aplicación indebida (1) o por falta de aplicación (2) o por errónea interpretación (3) de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”; y, el segundo, por equivocada aplicación (1) o por no aplicación de “normas de derecho” (2); de modo que, para la procedencia del recurso por la causal tercera de casación, es indispensable la concurrencia de dos infracciones sucesivas: la primera, de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”; y la segunda, de “normas de derecho”, en cualquiera de los tres o dos modos de infracción antes indicados que son los establecidos por la ley para cada uno de ellos. De acuerdo con esto, cuando el recurrente invoca la causal tercera -como en este caso-, para que proceda la alegación, está en la obligación de presentar la concurrencia de las dos violaciones sucesivas previstas en esta causal; es decir, primero la violación de los preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba, y segundo, la violación de normas de derecho producida como consecuencia de lo anterior, con la precisión en cada caso, del precepto o norma infringidos...” (Estos criterios viene manteniendo el Tribunal y los ha aplicado en varias resoluciones como en las siguientes: juicio No. 221-2002, Res. No. 21-2004; juicio No. 79-2006, Res. No. 125-2006; juicio No. 125-2006, Res. No. 344-2006), lo que no ha sucedido en el presente caso. Por lo tanto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, rechaza el recurso de hecho y por ende el de casación presentado por el recurrente. Sin costas, ni multa. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Secretaria Relatora.

Las dos fojas que anteceden son fieles copias de sus originales. Certifico.- Quito, 20 de junio del 2007.

f.) Secretaria Relatora.

No. 218-2007

Juicio verbal sumario No. 114-2007 que por amparo posesorio sigue Porfirio Nicomedes Alvarado Carranzo en calidad de Gerente de la Cooperativa de Vivienda “María Eugenia” en contra de Gloria Isabel Alvarado viuda de Wolf.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 20 de junio del 2007; a las 10h30.

VISTOS (114-2007): En el juicio verbal sumario que por amparo posesorio sigue Porfirio Nicomedes Alvarado Carranzo en calidad de Gerente de la Cooperativa de Vivienda “María Eugenia” en contra de Gloria Isabel Alvarado Acosta viuda de Wolf, el actor deduce recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Segunda

Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil que confirma la sentencia dictada por la Jueza Décimo Octavo de lo Civil del Guayas con asiento en el cantón Yaguachi la que a su vez declara sin lugar la demanda por no haber probado los fundamentos de hecho y de derecho de su demanda. Concedido el recurso, por el sorteo de ley, ha correspondido su conocimiento a esta Sala, la misma que, para resolver, hace las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** Como el Art. 2 de la Ley de Casación vigente prescribe la procedencia del recurso “...contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo”, hay que examinar, en primer término, si el juicio de amparo de posesión en estudio **pone fin** al proceso. Al respecto, el Art. 691 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil contenido en el Título II Sección 11ª. “De los Juicios Posesorios” dispone que: “Las sentencias dictadas en estos juicios se ejecutarán, no obstante cualesquiera reclamaciones de terceros, las que se tramitarán por separado. El fallo que se pronuncie al respecto de dichas reclamaciones podrá rectificar la sentencia dictada en el juicio posesorio...”. Por tanto, si la sentencia dictada en un juicio posesorio puede ser rectificadora por otra que decida reclamaciones de terceros, no puede considerarse como **definitivo** al primer pronunciamiento. **SEGUNDO:** La necesidad de que las decisiones sean **definitivas** para que haya lugar al recurso de casación, es reconocida por la doctrina, Así: Manuel de la Plaza dice que: “...No son definitivas las sentencias que recaen en juicio ejecutivo..., porque no producen excepción de cosa juzgada y son susceptibles de otro juicio...”. Añade que: “No cabe tampoco la casación contra las sentencias, dictadas en los juicios **posesorios**... y ello, porque en los de esta naturaleza, de igual modo que en los ejecutivos, la sentencia, a pesar de ser final en el juicio de posesión, no impide que la cuestión de la propiedad se ventile en el ordinario.” (Subrayado de la Sala). También, sostiene que: “...d) Normalmente, y lógicamente además, la casación, con estas y otras limitaciones, no considera más que las sentencias recaídas en el proceso de cognición, no las que se dictan en el de ejecución que le subsigue;...”. (La Casación Civil, págs. 141 a 145); Humberto Murcia Ballén, al referirse a las “sentencias recurribles en casación” dice que, dado el carácter extraordinario del recurso de casación “...la ley lo reserva para impugnar únicamente ciertas y determinadas sentencias: las proferidas en procesos que, ora por la naturaleza de la cuestión controvertida, o ya por la cuantía del negocio, revisten mayor entidad o trascendencia.” (Recurso de Casación, pág. 174). También otros tratadistas sostienen que el recurso de casación procede tan solo cuando se trata de **sentencias definitivas**, entre otros Murcia Ballén, pág. 131, Fernando de la Rúa, págs. 193, 483, 519 y 547; Manuel de la Plaza, págs. 135, 138, 139 y 142. **TERCERO:** En cuanto al hecho de que los juicios posesorios no son **procesos de conocimiento**, tanto la doctrina como la jurisprudencia están acordes en sostener que dichos juicios no tienen ese carácter pues se originan en los interdictos romanos establecidos para regular de urgencia determinado estado posesorio, y sus decisiones, como queda dicho, no son inmutables, como se desprende de las siguientes opiniones del tratadista Víctor Manuel Peñaherrera: “...Mediante juicio posesorio, el poseedor recobra o afianza su posesión; pero no de modo definitivo, sino precario: es el dueño **presunto** y nada más aunque eso en sí vale mucho. El triunfo en ese juicio no impide en manera alguna el que enseguida pueda disputarse el derecho

en juicio petitorio, y declararse que esa posesión amparada y protegida en el posesorio, ha sido injusta e ilegal. /El fallo expedido en juicio posesorio no produce excepción de cosa juzgada en el petitorio y aun respecto de la materia propia del juicio.” Añade que, si no hay excepción perentoria de cosa juzgada, no hay dilatoria de litis pendencia y anota las siguientes consecuencias: “a) Pendiente el juicio posesorio promovido por el poseedor despojado o perturbado, puede su contrincante suscitarle el juicio ordinario de propiedad...b) el mismo actor en el juicio posesorio, si prevé el mal éxito de su acción o tiene algún otro motivo puede suscitar el juicio petitorio, sin que haya derecho a oponerle la excepción de litis pendencia...” (Víctor Manuel Peñaherrera-La Posesión, pág. 169 y sgts.); a criterio de Eduardo Couture, “... El proceso posesorio es, normalmente, abreviado y de trámites acelerados, tal como corresponde a la necesidad de amparar la posesión, y en más de un caso, el simple orden de cosas establecido, en forma inmediata, casi policial, contra cualquier clase de perturbaciones. Tales razones no corresponden al proceso en que se debate la propiedad”. (Así, con correcta fundamentación, el fallo que aparece en “Rev. D. J. A.”, T. 32, P.113.) (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 86); Ugo Rocco sostiene: “Las providencias inmediatas emitidas por el pretor en juicio posesorio... pueden ser objeto de revocación, y, por tanto, de suspensión, que es una revocación temporal del acto. No están sujetas a impugnación” (Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo V, pág. 322); Francesco Carnelutti enseña que: “El carácter común entre el proceso cautelar y el proceso posesorio está en que *tanto éste como aquel no son definitivos, en el sentido de que puede desplegarse después de ellos otro proceso (definitivo, tradicionalmente llamado petitorio...)*” (Instituciones del Proceso Civil, pág. 89); Enrique Vescovi, en el título: “5) Providencias excluidas de la casación a texto expreso”, dice: “C) ‘Cuando la ley concede el beneficio del juicio ordinario posterior’ (...): Tienen juicio ordinario posterior, el ejecutivo, la entrega de la cosa, los posesorios...” (La Casación Civil, pág. 51); y, el Diccionario Jurídico de Joaquín Escriche en la definición de juicio petitorio y juicio posesorio después de la definición del petitorio, dice: “...Tienen por el contrario el nombre de *posesorio* el juicio en que no disputamos sobre la propiedad, dominio o cuasi dominio de alguna cosa o derecho, sino sobre la adquisición, retención o recobro de la posesión o cuasi-posesión de una cosa corporal o incorporal.” (Diccionario Jurídico, pág. 996). Además, dada la naturaleza cautelar propia de esta acción no puede considerarse como un proceso de conocimiento cuya sentencia le ponga fin como exige la ley para la procedencia del recurso, criterio que ha sido aplicado por la Sala en los siguientes fallos: Res. No. 232-2002 de 24 de octubre del 2002, Res. No. 92-2003 de 9 de abril del 2003; Res. No. 134-2003 de 6 de junio del 2003. Por todo lo expuesto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia **rechaza el recurso de casación** interpuesto por Porfirio Nicomedes Alvarado Carranzo en calidad de Gerente de la Cooperativa de Vivienda “María Eugenia” y ordena la devolución del proceso al inferior para los fines legales pertinentes. Tómese en cuenta el casillero judicial No. 1359 para notificaciones posteriores así como la autorización conferida a las doctoras María Eugenia de Jurado y Martha Granda Vega por parte del recurrente. Sin costas ni multa. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la

Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Certifico que las dos (2) fojas que anteceden son fieles y exactas a sus originales. Quito, 20 de junio del 2007.

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

No. 219-2007

Juicio ordinario por terminación y liquidación de sociedad de hecho No. 148-2005 seguido por Augusto Reinaldo Pontón Román contra José Manuel Jara Armijos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 21 de junio del 2007; a las 10h00.

VISTOS (148-2005): En el juicio ordinario que por terminación y liquidación de una sociedad de hecho sigue Augusto Reinaldo Pontón Román a José Manuel Jara Armijos, el actor interpone recurso de casación de la sentencia de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Machala que confirma la del Juez Segundo de lo Civil de El Oro, en la que se acepta la demanda. Habiéndose radicado la competencia en esta Sala para conocer del recurso en cuestión, para resolver, se considera: **PRIMERO:** Este Tribunal es competente para conocer del recurso de casación planteado en razón de lo previsto en el Art. 200 de la Constitución Política de la República y en la Ley de Casación. **SEGUNDO:** El ingeniero Augusto Reinaldo Pontón Román comparece con su demanda a fs. 5 y 6 del proceso, expresando en lo principal: que con fecha 24 de mayo del 2000 mediante escritura pública otorgada ante el Notario Sexto del cantón Machala, constituyó con el señor José Manuel Jara Armijos una sociedad de hecho denominada “JARA PONTÓN” COMERCIALIZADORA, que tenía por objeto la actividad comercial ilimitada de toda clase de uso (sic), sea para el hogar o la industria, que la constitución inicial se hizo con un capital social de cuatrocientos dólares, que tal sociedad estuvo administrada conjuntamente por los dos asociados ya que ningún acto realizado unilateralmente tendría valor, que por situaciones que se estaban poniendo oscuras decidió separarse de la sociedad cuyos balances económicos se cerraron el 30 de octubre del 2001; que quedó establecido que se reunirían con su socio para repartirse las utilidades, lo que no ha ocurrido por el quebrantamiento de esta cláusula de parte de éste, quien tiene en su poder más del 90% de todas las acreencias de la sociedad y de la mercadería que les han enviado los acreedores, y que, con tales antecedentes, demanda, a José Manuel Jara Armijos la terminación y liquidación de la mencionada sociedad, amparado en los Arts. 1588, 1988, 2036 y 2046 del Código Civil agregando que su demanda se tramitará en juicio ordinario y que la cuantía es indeterminada. Ha correspondido conocer de la causa al Juzgado Segundo de lo Civil de El Oro, con asiento en la ciudad de Machala,

ante el cual ha comparecido después de ser citado el demandado, quien en la audiencia de conciliación ha opuesto a la demanda las siguientes excepciones: Primera (1), falsedad de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, segunda (2), improcedencia de la demanda por no reunir los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley, tercera (3), negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, y cuarta (4), que el actor ha actuado dolosamente para con la empresa y debe responder penalmente por el faltante, que existiere, y además, reconviene al actor para que entregue el dinero que dice tiene en su poder y las facturas impagas, "que pasan de los TRES MIL DOLARES". A esa reconvención tacha de falsa, tendenciosa, calumniosa y mal intencionada el actor con su escrito de fs. 25 de la primera instancia, y plantea en contra de la misma las excepciones de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, y de que la reconvención no reúne los requisitos exigidos por la ley. Cumplidos los actos procesales previos, el Juez Segundo de lo Civil de El Oro dicta sentencia a fs. 149, 150, 151 y 152 del segundo cuaderno del primer nivel, el 4 de junio del 2003; a las 17h46, declarando con lugar la demanda y por ende terminada la sociedad de hecho mencionada en la misma, y liquidada en la forma prevista en el considerando octavo del fallo, del que en la parte pertinente consta: "Restando a los activos el pasivo, da una diferencia de \$ US 1.512,11 de ganancias que tiene a favor la dicha Sociedad, dividiendo esta utilidad para 2, le corresponde a cada socio la cantidad de \$756.055; pero como el Ing. Augusto Pontón Román, ha retenido en su provecho personal la suma de \$ US 3.483, 84, tiene que pagarle al señor José Manuel Jara Armijos, la suma de \$ US 2.727.29..."; y al ampliar la sentencia a fs. 157, atendiendo en parte la petición formulada al respecto por el demandado, el mencionado Juez ordena que el valor definitivo que el actor debe pagar al demandado es de **dos mil ochocientos dos dólares americanos con veintinueve centavos** (las negrillas corresponden a la Sala de Casación), dándose tal variación al disponer que el actor responda también por el valor de setenta y cinco dólares americanos, que corresponde al cincuenta por ciento del valor que se ha pagado al perito según recibo incorporado a fs. 130 del proceso. Por el recurso de apelación de esta sentencia interpuesto por el actor, y la adhesión de parte del demandado respecto de los puntos que dice no haber sido atendido en la aclaración y ampliación que ha solicitado respecto de ese fallo, ha correspondido conocer de la causa a la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Machala, la que pronuncia sentencia a fs. 62 del cuaderno de segunda instancia, en mayo 30 del 2005; a las 09h45, confirmando la subida en grado, sin costas ni honorarios que regular. **TERCERO:** En el escrito de fs. 66, 67 y 68 del cuaderno de segundo nivel, de interposición del recurso de casación, el recurrente en lo sustancial expresa: que en la sentencia del Tribunal de instancia se han infringido las normas de derecho de los artículos 242, 243 (numeral 4), 244 (numerales 1, 2 y 4) y 245 de la Constitución Política de la República, 1588, 1988, 2032 y 2046 del Código Civil; 117, 118, 119 y 120 del Código de Procedimiento Civil, y que fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, por "*Falta de aplicación de las normas de derecho incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, y que han sido determinadas en sus partes dispositivas*" y por "*Falta de valoración de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba*", respectivamente. Luego formula lo que desde su perspectiva personal

constituyen los fundamentos que apoyan su recurso, y, concluye solicitando que se casa la sentencia recurrida, concediéndole sus derechos reclamados en la demanda, ordenando que, para ello, se practique la liquidación que corresponde. **CUARTO:** Por razones de lógica jurídica corresponde analizar en primer lugar la causal tercera de casación, y al respecto cabe las siguientes reflexiones: a) Por lo previsto en el numeral 3 del Art. 3 de la Ley de Casación la causal invocada se configura por "*Aplicación indebida, falta de aflicción 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*". b) En la doctrina se concibe a esta causal como de violación indirecta de la ley material en tres supuestos previstos en la disposición transcrita respecto de los preceptos de valoración de la prueba. c) En la jurisprudencia se viene reiterando que la causal tercera "*...comprende tres modos de infracción o tres vicios de juzgamiento por los cuales se puede interponer el recurso de casación...vicios que, a su vez, deben dar lugar a otros dos modos de infracción. Entonces, en la sentencia, el primer vicio, objeto del recurso de casación, puede ocurrir por aplicación indebida (1) o por falta de aplicación (2) o por errónea interpretación (3) de "preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba"; y el segundo, por equivocada aplicación (1) o por no aplicación de "normas de derecho" (2); de modo que, para la procedencia del recurso por la causal tercera de casación, es indispensable la concurrencia de dos infracciones sucesivas: la primera, de "preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba"; y la segunda, de "normas de derecho"...De acuerdo con esto, cuando el recurrente invoca la causal tercera -como en este caso-, para que proceda la alegación, está en la obligación de presentar la concurrencia de las dos violaciones sucesivas previstas en esta causal, es decir, primero la violación de los preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba; y, segundo, la violación de normas de derecho producida como consecuencia de lo anterior, con la precisión en cada caso, del precepto o norma infringidos...". (Así lo ha expresado este Tribunal en varias resoluciones, como en las signadas con los números 125-2006, 126-2006 y 128-2006, publicadas en el R. O. No. 388, de 31 de octubre del 2006). d) En la especie, si bien el recurrente imputa esta causal al fallo del Tribunal de instancia, "Por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba" y señala como infringidos los artículos 117, 118, 119 y 120 del Código de Procedimiento Civil (113, 114, 115 y 116 de la codificación vigente), no precisa qué preceptos de valoración de la prueba no han sido aplicados, ni cómo esto ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo o material en la sentencia, con la circunstancia de que aparte de la sana crítica que debe ser apreciada por el juzgador en todos los medios de prueba, que se infiere de la calidad y certeza en las decisiones del juzgador en los casos en que puede evidenciarse sus atributos de preparación, conocimiento, experiencia, entereza y ponderación, y de su deducción lógica para correlacionar los hechos con el derecho que se aplica en la resolución, aquellos preceptos son varios y diferentes para cada medio probatorio. En la fundamentación el casacionista alega en definitiva que el Tribunal ad-quem no ha considerado en su fallo el informe de la perita Ing. Adelaida Rodríguez designada en la segunda instancia sobre la liquidación de aquella sociedad, en el que se establece que existe un saldo en la cuenta*

corriente de la misma de “TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES 84/100 DOLARES”, dinero que en el criterio del recurrente debe ser repartido entre el actor y el demandado; mas, de la sentencia que se analiza se desprende que el Tribunal de instancia no apreció este informe y aprobó la liquidación practicada por el Juez a-quo en base del informe de fs. 122 a 126 de la primera instancia del perito Ing. Otto Yunga Izquierdo, seguramente por considerarlo objetivo y veraz. Es cierto que el Art. 119 (115 actual) del Código de Procedimiento Civil dispone que la prueba debe ser apreciada por el Juez en su conjunto; apreciando las reglas de la sana crítica, en el presente caso, correspondió a los juzgadores de instancia analizar la prueba y decidir precisamente aplicando aquel principio a cuál de esas pericias acogía; deduciéndose por lo que consta en su fallo que desestimaron tácitamente el informe de la perita Adelaida Rodríguez, lo que no puede conducir necesariamente a la conclusión de que no habría sido analizado tal informe, a ello se agrega que al tiempo de expedirse la sentencia recurrida el juzgador no tenía obligación de expresar en su resolución todas las pruebas producidas sino únicamente las que fueren decisivas para el fallo, conforme lo establecía el inciso segundo del Art. 119 del Código de Procedimiento Civil que ha sido modificado (Art. 115 de la codificación vigente). De lo expresado se desprende que el cargo analizado no se justifica. **QUINTO:** Respecto de la causal primera de casación que también imputa el recurrente al fallo del Tribunal ad-quem, se estima lo siguiente: a) Esta causal se configura “Por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva” (Art. 3.1 de la Ley de Casación). b) En la doctrina y en la jurisprudencia se establece que esta causal se basa en un vicio in judicando o de violación directa de la ley. c) El recurrente alega que ésta se ha producido por “Falta de aplicación de las norma (sic) de derecho incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, y que han sido determinadas en sus partes dispositivas”, relacionadas con los artículos: 242, 243 (numeral 4), 244 (numerales 1, 2 y 4) y 245 de la Constitución Política de la República, y 1588, 1988, 2032 y 2046 del Código Civil. Las disposiciones de la Constitución Política del Estado que el recurrente dice no han sido aplicadas por el Tribunal de instancia en su sentencia, no son pertinentes al asunto controvertido, por ello, se desestima tal alegación, con cuanta mayor razón que la impugnación se limita a cuestionar la forma y el resultado de la liquidación de la sociedad hecha por el Juez de primer nivel, y en lo que concierne a la imputación de violación de los Arts. 1588, 1988, 2032 y 2046 del Código Civil (1561, 1961, 2005 y 2019 de la codificación vigente), que el recurrente alega que no han sido aplicados por el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida, se advierte: El Art. 1588 (1561 actual), dispone en lo principal, que todo contrato legalmente celebrado, es una ley para los contratantes, el Art. 1988 (1961 actual), en los sustancial prescribe que en las sociedades de hecho que no puedan subsistir cada socio tiene la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes; el Art. 2032 (2005 actual), dispone en lo principal que si alguno de los socios, por su hecho o culpa, falta a la promesa de poner en común las cosas o la industria a las que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar por disuelta la sociedad, y el Art. 2046 (2019 vigente), en síntesis regula que disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su

haber, y que para ello se aplicarán las reglas relativas a la partición de bienes hereditarios. No se advierte de autos que tales normas de derecho hubieren sido infringidas, con cuanta mayor razón si se tiene en cuenta que en aquella sentencia ha sido aceptada en lo principal la demanda, en cuanto declara la terminación y liquidación de la sociedad de hecho, que constituyen los puntos principales de la acción deducida por el demandante, y el recurso de casación se limita a cuestionar el resultado de esa liquidación, y en lo que al trámite respecta, al haberse sustanciado la causa en la vía ordinaria y no en la verbal sumaria que ha sido estipulada en la cláusula final del contrato de constitución de la sociedad de hecho, ni en la señalada en el Art. 2019 del Código Civil, en razón de lo previsto en el Art. 192 de la Constitución Política de la República y en el Art. 59 del Código de Procedimiento Civil (63 de la codificación anterior), no se ha producido indefensión a los litigantes, ni esa situación ha influido en la decisión de la causa, por lo que se reconoce la validez procesal, máxime que, en rigor jurídico, aquella sociedad por haber sido constituida por escritura pública constituya una sociedad civil que quedó sometida a las regulaciones del Código Civil y del contrato de su constitución. Con tales antecedentes, la Tercera 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 recurrida y rechaza el recurso de casación interpuesto por el actor. Sin costas ni multa. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las cuatro fojas que anteceden, son fieles y exactas a sus originales. Certifico.- Quito, 21 de junio del 2007.

f.) Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

No. 220-2007

Juicio ordinario No. 154-2005 que por nulidad de escritura pública de compraventa sigue Elsie Urbana Perdomo Coronel en contra del abogado Mauro Padilla Ayoví, Notario Quinto del cantón Esmeraldas y de los señores Cesar Vicente y Carlos Danilo Cevallos Vinces.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 21 de junio del 2007; a las 09h22.

VISTOS (154-2005): En el juicio ordinario que sigue la señora Elsie Urbana Perdomo Coronel viuda de Díaz en contra del abogado Mauro Padilla Ayoví, Notario Quinto del cantón Esmeraldas y de los señores César Vicente y Carlos Danilo Cevallos Vinces por nulidad de escritura pública de compraventa de un lote de terreno, la actora

interpone recurso de casación de la sentencia de la Sala de conjuces de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, en la que se confirma la del Juez Primero de lo Civil de Esmeraldas que rechaza la demanda. En virtud de ese recurso se ha radicado la competencia en esta Sala, la misma que, para resolver considera: **PRIMERO:** Este Tribunal es competente para conocer del recurso de casación interpuesto, en razón de lo previsto en el Art. 200 de la Constitución Política del Estado y en la Ley de Casación. **SEGUNDO:** A fs. 9 y 10 del proceso comparece el 10 de julio de 1998 la señora Elsie Urbana Perdomo Coronel viuda de Díaz con su demanda, exponiendo en lo principal: Que por escritura pública celebrada en la Notaría Quinta del cantón Esmeraldas, a cargo del abogado Mauro Padilla Ayoví, el cinco de septiembre de mil novecientos noventa y seis, se ha otorgado el instrumento público de contrato de compraventa de un lote de terreno que dice corresponde a los vendedores en comunidad, en el que aparecen por una parte, como vendedores, los señores, Teófilo Díaz Estupiñán, su cónyuge María Hanze de Díaz, Elba Luisa Díaz Estupiñán y la demandante; y por otra parte, como compradores, en partes iguales, los señores, César Vicente y Carlos Danilo Cevallos Vinces, señalas las dimensiones y linderos del inmueble, prosigue, que es el caso que ella no ha comparecido con su amplia voluntad y capacidad legal a la suscripción del mencionado acto, de lo que se desprende que ese instrumento público carece de valor legal, y que por ello, con fundamento en los artículos 714, 618, 1486, 1761, 1767, 1488 numeral 2°, 1724, 1726 y 1733 del Código Civil, en concordancia con los Arts. 168, 182, 183 y 184 del Código de Procedimiento Civil demanda al abogado Mauro Padilla Ayoví, Notario Quinto del cantón Esmeraldas, y a los señores César Vicente y Carlos Danilo Cevallos Vinces “para que en sentencia sea declarada la nulidad del instrumento público contratado de compraventa celebrado en la Notaría Quinta del Cantón Esmeraldas, con fecha cinco de septiembre de mil novecientos noventa y seis”, que su demanda debe tramitarse en juicio ordinario y que la cuantía es indeterminada. Ha correspondido el conocimiento de la causa en la primera instancia al Juzgado Primero de lo Civil de Esmeraldas. En su secuela, ha comparecido a fs. 54 del proceso el abogado Benjamín Mauro Padilla Ayoví oponiéndose a la demanda y planteando las siguientes excepciones: Primera (1) negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, segunda (2), falta de derecho de la actora para demandar, tercera (3) que por no ser actualmente el Notario Quinto del cantón Esmeraldas, no es a él a quien la actora debió demandar; cuarta (4), que los vendedores y compradores que constan en la escritura pública mencionada en la demanda firmaron la escritura pública sin “coasión” (sic) de ninguna clase, quinta (5) que la copia del contrato de compraventa reposa en los archivos de la Notaría Quinta del Cantón Esmeraldas, sexta (6), falta de legítimo contradictor, séptima (7), que no se allana con la demanda y ninguna de las afirmaciones; octava (10) ilegitimidad de personería “de parte de la acusadora”, y pide el rechazo de la demanda por improcedente. A fs. 56 de la primera instancia comparecen Carlos Danilo y César Vicente Cevallos Vinces, oponiendo a la demanda las siguientes excepciones: Primera, improcedencia de la demanda porque “no es lo mismo la nulidad de la escritura pública que la nulidad de un contrato como el de compraventa”, que los Arts. 1488, numeral 2°, 1724, 1726 y 1733 del Código Civil, citados en la demanda, se refieren a vicios del consentimiento y a la nulidad de los contratos, y que si la actora demanda la nulidad del instrumento público,

aquello excluye los vicios del consentimiento que serían aplicables al contrato y no a la escritura, segunda; que los señores Teófilo Díaz Estupiñán, María Hanze de Díaz y Elba Luisa Díaz Estupiñán que también han intervenido en calidad de vendedores no han comparecido como codemandantes ni han sido tomados en cuenta como demandados, por lo que existe falta de legítimos contradictores y falta de derecho de la actora, y tercera, que alegan la negativa de la afirmación de la demandante de no haber comparecido ante el Notario, que antes de la celebración del contrato y de la elaboración de la escritura pública existió una larga negociación y que la actora recibió su parte del precio pactado que fue de tres millones de sucres, aclarando que fue el señor Teófilo Díaz quien recibió el dinero para repartirlo con los demás vendedores, y que como hay mala fe en la actora, ésta debe ser condenada en costas. Tramitados los actos procesales previos, a fs. 148 y 149 del primer nivel el Juez Primero de lo Civil de Esmeraldas con fecha marzo 15 del 2001, a las 15h30, dicta sentencia, declarando sin lugar la demanda, sin costas, aceptando las excepciones de los demandados. Por el recurso de apelación interpuesto por la actora respecto de la sentencia del Juez de Primera Instancia, al que se han adherido los demandados Carlos Danilo y César Vicente Cevallos Vinces, para que se condene a la actora al pago de costas, se ha radicado la competencia en la Sala de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, y posteriormente ha pasado a conocimiento de la Sala de conjuces por petición de aquellos demandados, alegando que no se ha dictado oportunamente el fallo de segunda instancia, y la mencionada Sala de conjuces pronuncia su sentencia a fs. 114 y 115 del cuaderno de segunda instancia el 13 de septiembre del 2004; las 17h00, rechazando el recurso de apelación y confirmando el fallo del inferior en cuanto declara sin lugar la demanda. **TERCERO:** En el escrito de interposición del recurso de casación la demandante Elsie Urbana Perdomo Coronel viuda de Díaz, en lo sustancial expresa: que las normas de derecho que se han infringido en la sentencia de la Sala de conjuces del Tribunal de instancia son las establecidas en los artículos 74 del Código de Procedimiento Civil, 44 y 48 de la Ley Notarial; 168, 173, 174, 184, 33 y 355 numeral 3° del Código de Procedimiento Civil; 363, 364, 365 y 366 del Código Civil, y que las causales en las que fundamenta su recurso son la 1ª y 4ª de la Ley de Casación. También expresa la fundamentación que desde su perspectiva corresponde al recurso interpuesto, conforme se analiza más adelante. **CUARTO:** En cuanto a la causal cuarta de casación, que en el caso, por lógica jurídica corresponde analizar en primer lugar, caben las siguientes reflexiones: a) Que esta causal se configura por “*Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis*” (Art. 3, numeral 4 de la Ley de Casación). b) Que en la doctrina y en la jurisprudencia se produce esta causal por vicios de inconsonancia e incongruencia. Que el juzgador incurre en ella cuando se da en su sentencia o auto extra, ultra o citra petita, es decir, cuando se resuelve concediendo algo que no ha sido demandado o sobre lo que no se trabó la litis, o se resuelve dando más de lo reclamado, o no se ha resuelto sobre uno o más de los puntos controvertidos. c) La recurrente al sustentar el cargo dice: que la causal que alega “*encuadra en cuanto realiza un análisis de puntos no controversiales, tanto así que de hecho y como lo demuestro en estricto derecho, no fuera materia de litigio como la legitimación de personería que, ni el juez a quo ni las partes procesales invocan* (Art. 365 numeral 3ro. Código de Procedimiento

Civil) y, más bien en clara omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis como es en cuestión y de acuerdo a los Arts. 168, 173 y 184 del Código de Procedimiento Civil, en lo principal, no se hace ni la más mínima referencia de lo que tanto en la demanda como en el proceso se observa, dejando en indefensión a la parte recurrente...". En resumen, en su sentencia los conjuces del Tribunal de instancia expresan: En el considerando tercero, que lo que ha presentado la actora de fs. 69 a 71 del proceso es una nueva demanda y no reforma a la primeramente propuesta, toda vez que en ésta se demanda la nulidad del instrumento público que contiene el contrato de venta, y en la segunda, la nulidad del contrato de compraventa y la reivindicación; que cambiar la acción es reemplazarla por otra diversa, mientras que reformar es mudar en ella lo accesorio, conservando lo principal, en el considerando cuarto, que los demandados Cevallos Vinces al contestar la demanda alegaron la improcedencia de la demanda de nulidad del instrumento público porque la situación alegada por la actora no se encuadra en ninguna de las causales previstas en la Ley Notarial, que no se ha alegado ni demostrado que la escritura otorgada el 5 de septiembre de 1996 contenga alguno de los vicios a que se refieren los Arts. 44, 45, 47 y 48 de la Ley Notarial, y en el considerando quinto, que los demandados alegaron falta de legítimo contradictor, por no haberse demandado a Teófilo Díaz Estupiñán, María Hanze y Elba Luisa Díaz Estupiñán, quienes han intervenido también como vendedores en el contrato de venta, lo que constituye falta de legitimación en causa que no hace posible dictar sentencia de mérito o de fondo, citando incluso jurisprudencia sobre el particular. d) Analizando tales razonamientos se advierte que si bien no resulta acertado el criterio de los mencionados conjuces respecto del cambio de acción, porque la petición de fs. 69 a 71 presentada a título de reforma a la demanda no ha sido tramitada por el Juez de primer nivel, sin que la actora hubiere persistido en ello, en cambio los demás argumentos resultan ser jurídicamente acertados, aparte de que con aquella petición de reforma a la demanda la actora ha ratificado que su demanda inicial se refirió precisamente a la nulidad de la escritura pública del contrato de compraventa del inmueble mencionado en los autos. Sobre lo primero en la jurisprudencia se expresa: "La reforma a la demanda puede obedecer a la parte objetiva o subjetiva de la demanda y lleva consigo el deber del Juez de comenzar el procedimiento en atención a tal reforma: sin consideración a lo que hubiere practicado a raíz de la demanda que se la reforma; esto es, como si la reformatoria fuere la única que en verdad contiene la acción en todos sus elementos, así por ejemplo, en el juicio ordinario al existir reforma a la demanda, el juez tendrá la obligación ineludible de providenciar concediendo nuevo término para que el demandado la conteste y con el derecho de éste para deducir nuevas excepciones, sean dilatorias o perentorias, y no obstante haber existido con anterioridad a la reforma de la demanda, otra providencia de igual naturaleza; y como consecuencia la sentencia o providencia final que se expidiese en el juicio, tendría la fuerza ejecutoriada, en relación a la demanda reformada y no a la primitiva, sobre el punto que se hubiere modificado la acción, sea sobre la persona, la cosa o el derecho". (Resolución de 27 de mayo de 1976, publicada en la G. J. No. 12 de la Serie XII, página 2501). En el juicio ordinario se puede cambiar la acción hasta antes de la contestación a la demanda, y reformarla mientras no se conceda el término de prueba (Art. 70 del Código de Procedimiento Civil). e) Constituyen situaciones distintas la legitimidad de

personería con la legitimación en causa, como lo vienen reiterando la doctrina y la jurisprudencia. Personería, es según Couture "la calidad jurídica o atributo inherente a la condición de persona o representante de alguien. Es un americanismo que en Derecho Procesal se emplea en el sentido de personalidad (v.) o de capacidad legal para comparecer en juicio, así como también en el de representación legal suficiente para litigar. Trátase, pues, tanto de la aptitud para ser sujeto de Derecho cuanto para defenderse en juicio. La falta de personalidad o personería permite a la contraria alegar ese defecto por vía de excepción (v.) (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Manuel Osorio, páginas 743 y 744. Edición 21ª. Heliasta, 1994). En la jurisprudencia se dice que la ilegitimidad de personería o la falta de "legitimatío ad processum" se produce cuando comparece a juicio: 1) Por sí solo quien no es capaz de hacerlo ("la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra", artículo 1448 inciso final del Código Civil); 2) El que afirma ser representante legal y no lo es ("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 artículo 589", artículo 28 del Código Civil); 3) El que afirma ser procurador y no tiene poder ("Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio", artículo 40 del Código de Procedimiento Civil); 4) El procurador cuyo poder es insuficiente; y, 5) El que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquél, pues se puede comparecer a nombre de otro sin poder, pero con oferta de ratificación (gestión de negocios). En cambio, la falta de legítimo contradictor, o falta de legitimación en causa "Legitimatío 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..." Criterios sustentados en varios fallos como en la sentencia de 24 de julio del 2002, de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en el proceso No. 162-2002, publicada en el R. O. 664, de 17 de septiembre del 2002, y en el repertorio de jurisprudencia, de Juan Larrea Holguín, Tomo LIV, páginas 109 a 113). En síntesis, de lo expresado fluye que el cargo presentado por la recurrente que ha sido analizado no se justifica. **QUINTO:** Con relación a la causal primera que también invoca la recurrente, caben las siguientes reflexiones: a) La causal primera de casación se configura por 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, conforme lo establece el numeral 1 del Art. 3 de la Ley de Casación. b) En la doctrina se expresa que esta causal se da por vicio de juzgamiento in judicando o de violación directa de la ley, en los siguientes casos: "1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida, 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma,

atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene..." (La Casación Civil. Santiago Andrade Ubidia. Quito, 2005, página 182). c) La recurrente en la fundamentación, en resumen manifiesta: que la Sala de conjueces de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas en su sentencia ha hecho una errónea interpretación del Art. 74 del Código de Procedimiento Civil, que prohíbe cambiar la acción después de contestada la demanda por el demandado, que no existe cambio de la acción, que la nulidad del instrumento público conlleva la nulidad del contrato, entendiéndose así de acuerdo a lo preceptuado en el Art. 168 del Código de Procedimiento Civil; que "*Siendo por consiguiente que existe de hecho una aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, considerando que en el caso se demandó la nulidad del instrumento público, que no es sino y como consta en la misma sentencia, la escritura pública No. 734 otorgada el 5 de Septiembre de 1996, ante el Notario Ab. Mauro Padilla Ayoví, demanda en la cual, como acción principal, se recurría a que se declare la falsedad del instrumento público y como consecuencia la nulidad del mismo, que no es sino, la nulidad del contrato de compra-venta...*"; agrega, que en lo referente a los Arts. 44, 45, 47 y 48 de la Ley Notarial los juzgadores de instancia han incurrido en errónea interpretación de normas de derecho, y que en la aplicación indebida y en la errónea interpretación de la norma del Art. 48 ibidem "*por defecto en la forma son nulas las escrituras públicas que no tienen la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes...*". Sobre tales alegaciones se advierte que los vicios de aplicación indebida y falta de aplicación de normas de derecho son contradictorios, incompatibles y excluyentes entre sí; y que los juzgadores de instancia a quienes correspondió analizar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica se han pronunciado analizando los artículos de la Ley Notarial que menciona la casacionista, declarando expresamente que no advierten que se hubiere quebrantado los mismos, y al respecto en el considerando cuarto de su sentencia manifiestan: "*En efecto, ni se alegó ni se demostró que la escritura No. 734 otorgada el 5 de septiembre de 1996 contenga alguno de los vicio a que se refieren los Art. 44, 45, 47 y 48 de la Ley Notarial, como: autorizar una escritura a favor de personas incapaces sin los requisitos legales, autorizar una escritura en la que tengan interés directo él, su cónyuge o parientes cercanos; otorgar una escritura simulada a sabiendas sin determinar la cuantía o que se haya estipulado su alteración mediante carta o documento privado, no encontrarse la escritura en la página del protocolo que por orden cronológico le corresponden, omisión de la designación de tiempo y lugar, de los nombres de los otorgantes, de las firmas de las partes o de los habilitantes*". A lo señalado se suma la circunstancia de que a petición de la demandante han sido nombrados dos peritos que han presentado informes discordantes, en el uno, afirmando que la firma que consta de la escritura matriz que ha sido inspeccionada corresponde a la accionante, y en el otro, sosteniendo lo contrario, de lo que se desprende que no existe prueba suficiente para justificar la demanda. En los fallos jurisprudenciales de 29 de noviembre de 1989, que se publica en la página 2047 de la G. J. No. 7 de la Serie XV, de 31 de mayo del 2001, que se publica en la página 1587 de la G. J. No. 6 de la Serie XVII y de 3 de febrero del 2004, que se publica en la página 4185 de la G. J. No. 13 de la Serie XVII, se reitera el criterio jurídico de que son situaciones distintas la nulidad de la escritura pública y la

nulidad del contrato contenido en ella, así como las causales de nulidad de las escrituras, de las de nulidad de los contratos. De lo que se concluye que este cargo tampoco ha sido demostrado. Con tales antecedentes, la Tercera 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 recurrida y rechaza el recurso de casación interpuesto. Sin costas ni multa. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las cinco fojas que anteceden son fieles y exactas a sus originales. Certifico.- Quito, 21 de junio del 2007.

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

No. 221-2007

Juicio ordinario No. 316-2006 que por demarcación de linderos sigue Abg. Nora Brenda Fabre Vasco de Vásconez y Vicente Ramón Vásconez Gómez en contra de Víctor Vera Pincay y Glenda Cárdenas López.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 22 de junio del 2007; a las 09h25.

VISTOS (Juicio 316-2006): En virtud del recurso de casación interpuesto por Víctor Vera Pincay y Glenda Cárdenas López, respecto de la sentencia expedida por la Primera de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el 24 de enero del 2006, a las 10h34, dentro del juicio ordinario de demarcación de linderos No. 1780-2004, que siguen en su contra los cónyuges Vicente Ramón Vásconez Gómez y Abg. Nora Brenda Fabre Vasco de Vásconez, se ha radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, por el sorteo de ley, la misma que mediante providencia de 6 de octubre del 2006; a las 09h15, ha admitido a trámite el recurso de casación. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Los cónyuges Vicente Ramón Vásconez Gómez y Nora Brenda Fabre Vasco de Vásconez comparecieron con su demanda ante el Juez de lo Civil de la ciudad de Guayaquil, para que de conformidad a lo previsto en el actual artículo 666 del Código de Procedimiento Civil se proceda al restablecimiento de los linderos entre la propiedad de los actores y la de los demandados, Víctor Vera Pincay y Glenda Cárdenas López. Correspondió el conocimiento de esta causa al Juez Vigésimo Octavo de lo Civil de Guayaquil, en mismo que de acuerdo a lo previsto en la mencionada disposición legal ordenó citar a los demandados y señaló día y hora a fin de

que tenga lugar la diligencia de apeo y deslinde, luego de la cual, al no haber existido acuerdo entre las partes ni haberse producido ninguno de los supuestos determinados en el actual artículo 670 del dicho código, la causa continuó sustanciándose en juicio ordinario. Luego de varios incidentes, como es la declaratoria de nulidad de todo lo actuado mediante providencia de 27 de agosto del 2002; a las 09h00, que obra de fojas 84 del cuaderno de primera instancia, así como un juicio de recusación, el Juez Décimo Octavo de lo Civil del Guayas reasumió la competencia y en sentencia expedida el 12 de julio del 2004; a las 16h12, declaró sin lugar la demanda, por no haberse justificado por los actores, como era su obligación, los presupuestos de la acción demarcatoria. En virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la adhesión al mismo presentada por los demandados, correspondió conocer este proceso judicial a la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, la misma que en sentencia expedida el 24 de enero del 2006; a las 10h34, resolvió revocar la sentencia recurrida y en su lugar declaró con lugar la demanda, determinando los linderos de las propiedades de los actores y demandados. **SEGUNDO:** En el recurso de casación, que obra de fojas 56 a 64 del cuaderno de segundo nivel, los recurrentes manifiestan que se han infringido las disposiciones legales contenidas en los artículos 103, 113, 114, 116, 142, 115, 117, 140, 165, 166, 176, 274, 276, 282, 671 inciso segundo, 672 y 283 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 18, numeral 1ero., 878, 1561, 1562, 1730, 1760, 1768 y 1773 del Código Civil, el artículo 24 numerales 13 y 17 y el artículo 192 de la Constitución Política de la República. Fundamentan su recurso en las causales tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. **TERCERO:** Al sustentar el recurso de casación por la causal tercera los recurrentes expresan que el Tribunal ad-quem soslayó en la sentencia la valoración de la mayoría de pruebas producidas y que no apreció la prueba en su conjunto, ni se ha hecho uso de los principios de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que componen la sana crítica, con violación de los artículos 115, 117, 140, 165, 166 y 176 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha conducido a la no aplicación de los artículos 18, regla 1era, 878, 1561, 1562, 1730, 1760, 1768 y 1773 del Código Civil, a la no aplicación también de los artículos 103, 113, 114, 116, 142, 282 y 671, inciso 2do., del Código de Procedimiento Civil y a la equivocada aplicación del artículo 283 del mismo código. Indican que la sentencia recurrida violentó los artículos 115, 165 y 166 del Código Adjetivo Civil al excluirse y no valorarse los instrumentos públicos producidos como prueba, como el acta del Concejo Cantonal de Guayaquil, el plano de subdivisión de los solares de los actores y demandados, las informaciones registrales donde constan sus linderos técnica y legalmente establecidos, la denuncia que por invasión presentaron los accionantes en su contra, el informe municipal que indica que su solar (5.2) tiene una franja excedente municipal de la que están tramitando su compra. Además que la prueba presentada por los actores hace relación a una supuesta invasión, asunto que no tiene relación con un juicio de linderos. No se valoró su título de propiedad conforme el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil al haberse dividido su fuerza probatoria violentándose los artículos 1561, 1562 y 1768 del Código Civil, porque no se respetó el contrato de compraventa en cuya cláusula tercera se indicaba que se incluye un edificación existente sin reservarse los vendedores nada para ellos; institución prevista en los

artículos 773 y 1760 de ese código, normas que también dejaron de aplicarse. Que la sentencia atropella su derecho establecido en el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, no obstante las pruebas que presentaron en defensa de sus derechos se les condena al pago de las costas procesales. Que en la sentencia se violó el artículo 140 de ese código al dejarse de aplicar el artículo 1730 del Código Civil, en lo que respecta a la confesión judicial, pues por una parte no se toma en cuenta la confesión de la accionante, Abg. Nora Fabre Vasco, en la que reconoce que existe una franja de terreno excedente y por otra parte, se violenta el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil cuando se considera solo una parte de la confesión del demandado, Víctor Vera Pincay, en la que reconoce que la extensión del terreno que adquirió es de 180 m², frase inepta y diminuta para demostrar la oscuridad y trastorno de los linderos. Indican que además se dejó de aplicar el artículo 671 del Código Adjetivo Civil al considerarse como contestación a la demanda el escrito de fojas 65, en el cual simplemente comparecieron al llamado judicial de deslinde, cuando en realidad se viola los artículos 103, 115 y 117 de dicho código en cuanto a que la falta de proposición de excepciones se tendrá como negativa pura y simple de la demanda y que para que se considere como indicio de prueba en contra de los demandados, debió primeramente valorarse todas las pruebas que hacen fe en el juicio, en su conjunto. Añaden que en la sentencia se acogen los informes periciales, pero violentando la norma del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil violentan las reglas de la sana crítica mediante una aseveración arbitraria al afirmar el Tribunal ad-quem que de los informes se pone de manifiesto y acreditan que los demandados han transformado los linderos del solar 5(2), pero los informes nada dicen de lo afirmado por los juzgadores de instancia. Indican los recurrentes que éstos han violentado el artículo 18, regla 1era., del Código Civil contraviniendo la letra del artículo 878 ibídem, norma que omiten establecer en la sentencia, la cual se refiere al derecho de todo dueño de un terreno a que se fijen los límites que lo separan de los predios vecinos, disposición legal que requiere comprobar previamente que el predio de los demandantes tenía linderos establecidos anteriormente y luego establecer si éstos fueron alterados, sin embargo aquello no se ha hecho en la sentencia, como tampoco hacen mención a la inspección ocular realizada por el Juez de primera instancia, prueba en la que se estableció que no existió alteración u ocultamiento de linderos y no se hace referencia alguna al predio de la parte actora el cual también tiene 180 m², es decir igual al de los recurrentes pues lo que en realidad existe es una franja excedente de terreno entre los dos predios. Respecto de la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, los recurrentes afirman que en el fallo de segunda instancia se ha incurrido en el vicio de extra petita, pues se ha dejado de resolver lo que fue materia del litigio, esto es la oscuridad o trastorno de linderos reclamada por los accionantes y establecer los verdaderos límites entre dos propiedades inmuebles conforme lo dispone el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil, para pronunciarse sobre una verdadera reivindicación, disfrazada de demarcación, respecto de una franja municipal y además ordena dejar libre un metro hacia el lindero norte a favor del propietario del predio que colinda hacia ese lado, quien no ha intervenido en este juicio. Finalmente respecto de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación porque la sentencia recurrida no se fundamenta en la ley ni en los méritos del proceso, porque existen decisiones contradictorias e incompatibles entre sí, que unidas a las

incoherencias descritas con la supuesta motivación no constituye sino una arbitrariedad en la sentencia dictada por el Tribunal ad-quem. Indican los recurrentes que se violentó el artículo 274 del Código Procedimiento Civil, por las contradicciones en el considerando sexto de la sentencia al señalar que los informes periciales acreditan que los demandados han transformado los linderos y penetrado en el predio vecino de propiedad de los actores, conclusión que no es compatible con una demarcación por oscuridad o trastorno de linderos, pues más bien es una consideración que corresponde a un delito de usurpación tipificado en el inciso segundo del artículo 580 del Código Penal, que el Tribunal de instancia, para ilustrar su criterio hace una cita de la obra “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado” del tratadista Luis Claro Solar, la misma que no guarda relación con el juicio de demarcación de linderos, sino con el delito de usurpación, habiéndose mutilado la cita de este autor al omitir lo expresado por él a reglón seguido. Indican los recurrentes que la sentencia carece de motivación real y lógica como lo ordena el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política de la República y en el artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, puesto que en la primera parte de la ilustración doctrinaria, en el considerando quinto de la sentencia, tomada de la misma obra y autor, los jueces ad-quem mutilan una vez más partes esenciales de dicha cita, para cambiar el sentido global de la ilustración y amoldarla a su arbitrio e ilógica motivación al confundir los ejemplos que ese tratadista indica en su obra y confundirlos en uno solo sacando partes esenciales de la ilustración doctrinaria para hacerlos coincidir con el incompatible fallo. Existiría también contradicción en la sentencia del Tribunal ad-quem, según los recurrentes, cuando en su parte resolutive dicen: “Guardando conformidad con las escrituras públicas aportadas por las partes, fijase la línea demarcatoria entre las dos propiedades, quedando el predio número 5 (2) de propiedad de los demandados dentro de una cabida de 180 m2;”, cuando en realidad ambos predios, de los actores y demandados tienen la misma cabida (180 m2) y tienen un excedente, entonces se pretende hacer creer que su resolución guarda conformidad con los títulos escriturados presentados por las partes, añaden que es más evidente la contradicción e incoherencia del fallo al señalar que los informes ponen de manifiesto y acreditan que los demandados han transformado los linderos del solar 5(2) penetrando al predio vecino de propiedad de los accionantes, el solar 5 (1), cuando en realidad de los informes periciales se demuestra que **“...TANTO ACTORES COMO DEMANDADOS CONTAMOS CON UN EXCEDENTE DE TERRENO...”**. Finalmente expresan que es contradictorio que los juzgadores de segunda instancia resuelvan como procedente la demarcación por oscuridad o trastorno de linderos cuando en los antecedentes describen los linderos que técnica y legalmente dieron origen a los dos solares. **CUARTO:** El artículo 3 de la Ley de Casación contiene cinco causales por las cuales se puede interponer este extraordinario recurso, tres de ellas (segunda, cuarta y quinta), corresponden a vicios *in procedendo* y dos (primera y tercera) en cambio a vicios *in indicando*; la técnica jurídica determina el orden en que deben ser analizadas las causales de casación, correspondiendo en primer término las causales relativas al proceso, en primer lugar la segunda, luego la quinta y cuarta; a continuación las causales respecto a la violación de normas de derecho, en primer término la tercera y finalmente la primera. Siguiendo este orden corresponde a esta Sala analizar la causal quinta del artículo 3 de la Ley de

Casación la cual dispone: “5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.”; esta causal contiene dos posibles infracciones a) Incumplimiento en la sentencia de los requisitos de ley; y, b) Resoluciones en la sentencia incompatibles o contradictorias. Sobre esta causal, en primer término los recurrentes acusan que la sentencia no contiene el requisito de motivación que exige el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política de la República. La motivación consiste en la expresión clara y concreta de las razones que determinan la decisión del Juez, es una valoración lógica de los hechos específicos y su confrontación con las normas de derecho para llegar a una conclusión, tal motivación se encuentra expresada en la parte considerativa de la sentencia y constituye además el requisito esencial de un fallo judicial pues, sin ella no se podría saber las razones o justificativos que ha llevado al juzgador a tomar su decisión, requisito contenido en nuestra legislación en el actual artículo 276 del Código de Procedimiento Civil y elevado a la categoría de norma constitucional. La sentencia del Tribunal ad-quem contiene su motivación en los considerandos cuarto, quinto y sexto del fallo materia del recurso de casación, en las cuales se explica los razonamientos y evaluación de los hechos y pruebas que a criterio de ese Tribunal son determinantes para la adopción de su resolución, por lo que a criterio de esta Sala cumple con el requisito de motivación, ya que al analizar la procedencia de la causa quinta por falta de motivación, únicamente se debe establecer si el fallo del Tribunal de Instancia carece o no de este elemento. Distinto es el caso de que al motivar la sentencia se incurra en errores respecto de normas de derecho o de preceptos de valoración de prueba, pues entonces estaríamos frente a las causales de casación primera y/o tercera. La cita que realiza el Tribunal ad-quem en el considerando quinto de su fallo de un criterio doctrinal, constituye un elemento de apoyo a auxiliar para ilustrar su razonamiento principal que es el definir la acción de demarcación prevista en el artículo 666 del Código de Procedimiento Civil, sin que por ello la cita del tratadista Luis Claro Solar sea lo esencial de la motivación del fallo, pues en nuestro sistema legal la fuente primordial de derecho lo constituye la ley, conforme la regla 1era., del artículo 18 del Código Civil, sin que tampoco se observe una mutilación o alteración de la cita doctrinaria, pues lo que el indicado autor hace a continuación es establecer un parangón entre la acción demarcatoria con otras acciones como la penal de usurpación y la acción civil de reivindicación, que el Tribunal ad-quem no consideró necesario señalar en su cita. Respecto de la misma causal se acusa que existe decisiones contradictorias e incompatibles en la sentencia motivo del recurso de casación. Para los recurrentes existe una contradicción cuando en el considerando sexto del fallo impugnado, se dice que los demandados han **“transformado los linderos, que hemos penetrado en el predio vecino de propiedad de los actores”** (sic), lo cual no es compatible con lo que constituye una demarcación por oscuridad o trastorno de linderos cuyo origen es la confusión de límites cuestionados, pues corresponde más bien al delito de usurpación tipificado en el artículo 580 del Código Penal; y, acusan además otra contradicción cuando en la parte resolutive se fijan los límites del lote 5(2) con una cabida de 180 m2, sin indicar que también el lote de los actores tiene igual cabida y sin expresar que existe una franja excedente entre los dos lotes. Sobre estas acusaciones es necesario señalar: a) El Tribunal de Instancia en el considerando sexto

de su fallo ha dicho: “Las inspecciones judiciales efectuadas por el inferior y sus consecuentes informes, tanto del perito ingeniero José Avila (fojas 192-193), como del perito arquitecto Francisco Andrade (fojas 325 a 330) ponen de manifiesto y acreditan que los demandados han transformado los linderos del solar 5(2) de la manzana 137, penetrando en el predio vecino de propiedad de los accionantes, el solar 5(1), y están ocupando una superficie de terreno mayor a la que les fuera vendida...”; apreciación que guarda coherencia con la resolución en la sentencia al aceptar la demanda y ordenar la demarcación de los linderos entre los lotes de actores y demandados, de tal manera que no se aprecia que exista una contradicción o incompatibilidad entre lo expresado en la parte considerativa y resolutive del fallo. b) De conformidad con lo previsto en el actual artículo 666 del Código de Procedimiento Civil, el juicio de demarcación de linderos puede proponerse en los siguientes casos: 1.- En caso de que los linderos se hubieren obscurecido, desaparecido o experimentado algún trastorno; y, 2.- Cuando entre dos heredades no se hubieren fijado los linderos con anterioridad. En el presente caso la sentencia del Tribunal ad-quem se refiere a una alteración o trastorno de los linderos entre los lotes de actores y demandados, que es la acción pertinente, sin que se la pueda confundir con la acción penal de usurpación que contiene el elemento doloso, cuando una propiedad ha sido ocupada violentamente despojando a su titular de la posesión de la misma. c) Conforme obra del proceso los actores adquirieron un lote de terreno identificado con el número 5 de la manzana 137 ubicado en las calles Pedro Pablo Gómez y la Octava de la ciudad de Guayaquil, con una superficie de trescientos sesenta metros cuadrados. Respecto del lote, con resolución de 13 de junio de 1984 el Municipio de Guayaquil aprobó la división del predio en dos sub-lotes, el 5(1) y el 5(2), cada uno de ellos con sus respectivos números catastrales, linderos y una cabida de 180 m², habiéndose vendido a los demandados el solar No. 5(2). d) De acuerdo a los informes periciales, entre estos lotes existe una franja excedentes de quince metros de largo por tres metros de ancho aproximadamente, el cual, no pertenece a ninguno de los propietarios en conflicto, sino que de acuerdo al artículo 280 de la Ley de Régimen Municipal, es de propiedad del I. Municipio de Guayaquil. d) La sentencia del Tribunal ad-quem en su parte resolutive, al referirse al lindero sur del lote 5(2) de la calle Pedro Pablo Gómez, señala que los 12 metros lineales que constan en la escritura debe medírseles a partir de la línea de fábrica donde se colocarán los hitos demarcatorios, “...**dejando libres los tres, cero seis metros hacia el lindero oeste.**”, (lo resaltado es de la Sala), los cuales corresponden a la franja excedente entre los lotes que no pertenecería a ninguno de los propietarios colindantes, pues la sentencia del Tribunal ad-quem no ha señalado expresamente que esa franja sea de propiedad de los actores y deba restituírselas. e) Finalmente cabe señalar que la sentencia motivo del recurso de casación, en su parte resolutive se limita a indicar los linderos del lote 5(2) de los demandados, pero no fija los linderos del lote de los actores 5(1), omisión que en todo caso correspondería a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación por citra o mínima petita, que ocurre cuando se ha dejado de resolver todo aquello que es materia del litigio, esta infracción no ha sido propuesta por los recurrentes, sin que esta Sala pueda entonces casar la sentencia por tal motivo, habida cuenta que el recurso de casación, por su carácter formalista y cerrado, se limita exclusivamente a los cargos señalados por quien interpone

tal recurso. **QUINTO:** Los recurrentes también acusan la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación la misma que dispone: “Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis.”; por cuanto consideran que en la sentencia al resolver sobre la demarcación, se han pronunciado realmente sobre una reivindicación de una franja municipal de 3.10 metros lineales así como en el lindero norte al ordenar se deje libre un metro, a favor de otro colindante quien no ha sido parte en el proceso. Como se dejó indicado en el considerando anterior de este fallo, el Tribunal ad-quem dispuso que el lindero sur del lote 5(2) se dejen libres los 3.06 metros lineales hacia el oeste, lo cual no significa ni se puede interpretar como que esa franja haya sido reivindicada a favor de los actores, por no indicarlo así la sentencia y porque no fue de competencia de este Tribunal adjudicar tal franja, sino de la I. Municipalidad de Guayaquil, conforme a la norma del artículo 280 de la Ley de Régimen Municipal. **SEXTO:** Finalmente Se acusa la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, que dice: “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”, sin embargo, si bien los recurrentes expresan las normas de valoración de prueba que estiman infringidas, los medios probatorios relacionados y las normas de derecho que también han sido objeto de infracción por vía del primer yerro, no indican el vicio atribuible a cada uno de los preceptos de valoración de prueba, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, pues se limitan a expresar que se han “violado” ciertas disposiciones legales, empero sin indicar el vicio que afecta a cada una de las normas supuestamente infringidas, situación que no permite a esta Sala apreciar con certeza la infracción acusada. Por lo expuesto, la Tercera 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 expedida por la Primera de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el 24 de enero del 2006; a las 10h34, motivo del recurso de casación. Sin cotas ni honorarios. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las seis fojas que anteceden son fieles y exactas a sus originales. Certifico.- Quito, 22 de junio del 2007.

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

No. 222-2007

Juicio ordinario No. 145-2004, que por nulidad y rescisión de escritura pública sigue Juan Carlos Escaleras Medina contra Gladys Judith Escaleras Sigcho y otros.

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

Quito, 25 de junio del 2007, a las 08h58.

VISTOS (145-2004): El juicio ordinario que por nulidad y rescisión de la escritura pública celebrada en la Notaría Tercera del cantón Machala, el día 19 de septiembre del año 2000 entre el señor Angel Benigno Escaleras Gómez a favor de sus hijas Lic. Gladys Judith Escaleras Sigcho e Ing. Jenny Herminia Escaleras Sigcho, inscrita en el Registro de la Propiedad con el No. 5918 el 30 de noviembre del año 2000, sigue Juan Carlos Escaleras Medina contra Gladys Judith y Jenny Herminia Escaleras Sigcho, así como también contra los herederos presuntos y desconocidos de Angel Benigno Escaleras Gómez, sube de grado por recurso de casación interpuesto por la parte actora de la sentencia de mayoría expedida por la Segunda Sala de la H. Corte Superior de Justicia de El Oro, que revoca la sentencia dictada por el señor Juez Segundo de lo Civil de Machala y declara sin lugar la demanda. Habiéndose radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, encontrándose al momento la causa en estado en que debe expedirse la sentencia, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** El actor, señor Juan Carlos Escaleras Medina, ha comparecido con su demanda ante el Juez de lo Civil de El Oro manifestando en lo esencial lo siguiente: que de la copia de la escritura pública que adjunta se desprende que su difunto padre, el señor ingeniero Galo Angel Escaleras Sigcho le asignó a través de testamento los derechos que le correspondían de la herencia dejada por su difunta madre (abuela del compareciente) señora Graciela Sigcho Espinoza de Escaleras, así como los derechos que le corresponderían de los bienes que dejara su padre señor Angel Benigno Escaleras Gómez (abuelo del compareciente) cuando llegare a fallecer, que habiendo fallecido los progenitores de su difunto padre quedó como herencia una casa de habitación cuya ubicación, linderos y dimensiones deja señalados en la demanda, que el día martes 19 de septiembre del año 2000 ante la abogada Betty Gálvez Espinoza, Notaria Pública del Cantón Machala se ha celebrado la escritura pública de compraventa entre el señor Angel Benigno Escaleras Gómez a favor de sus hijas señoras Gladys Judith y Jenny Herminia Escaleras Sigcho, del inmueble y casa singularizados en la demanda, inscrita en el Registro de la Propiedad con el No. 5918 el 30 de noviembre del año 2000, esto es después de que el vendedor falleciera, hecho que ocurrió el 17 de los mismos mes y año, que a partir del mes de septiembre del año 2000, el señor Angel Benigno Escaleras Gómez se encontraba gravemente enfermo e inconciente, tanto que no se levantaba de la cama, lo que se deduce del hecho de que cuando el I. Municipio del cantón Machala otorgó escritura de compraventa a favor del señor Angel Benigno Escaleras Gómez, a través de la Notaría Tercera, éste aún pudo firmar, pero cuando éste otorga la escritura de compraventa a favor de sus hijas Gladys Judith y Jenny Herminia Escaleras Sigcho ya no podía firmar, por lo que consta estampada una huella digital, en tal virtud, amparado en lo que disponen los Arts. 1724 y siguientes del Código Civil, por existir dolo y falsedad en la forma y fondo de la escritura celebrada en la Notaría Tercera del Cantón Machala aludida en líneas precedentes el compareciente, en juicio ordinario, demanda a las señoras Gladys Judith y Jenny Herminia Escaleras Sigcho la declaratoria de nulidad y rescisión de la tantas

veces mencionada escritura pública. Admitida la demanda a trámite y una vez citadas las demandadas, la señora Gladys Judith Escaleras Sigcho de Ríos ha comparecido a juicio contestando la demanda y oponiendo las siguientes excepciones: a. Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho; b. Improcedencia de la demanda, por no tener los requisitos formales No. 3 y 4 del Art. 71 del Código de Procedimiento Civil, ya que no es claro el fundamento de hecho y de derecho como tampoco la cosa, cantidad o hecho que se exige; c. Nulidad por falta de citación a las señoritas Evelyn Omaira y Tamara Elizabeth Escaleras Ríos, hermanas del actor e hijas del Ing. Galo Escaleras Sigcho; d. Nulidad por falta de citación a la Ab. Betty Gálvez Espinoza, Notaria Tercera del cantón Machala a quien no se le da derecho a la defensa ni al debido proceso, en un acto en el que da fe pública de una compraventa celebrada el 19 de septiembre del 2000 entre el señor Angel Escaleras Gómez a favor de sus hijas Gladys Judith y Jenny Herminia Escaleras Sigcho; e. Falta de causa legal para proponer la acción, pues la señorita Notaria ha observado las disposiciones del Art. 20, numeral 3, Art. 29 numerales 7 y 9, Arts. 44, 45, 46, 47 y 48 de la Ley Notarial, y Arts. 169 y 174 del Código de Procedimiento Civil; f. Falta de derecho al accionante para proponer la nulidad y rescisión de la escritura pública celebrada por su abuelo señor Angel Escaleras Gómez, con la cual dispuso lo que por ley y derecho le correspondía cuando vivía; y, g.) Que no existe transgresión de la ley con la suscripción de la escritura cuya nulidad se demanda. Comparece también la señorita Carol García Escaleras, en su calidad de apoderada especial de su madre la señora Jenny Herminia Escaleras Sigcho, quien contesta la demanda y opone idénticas excepciones a las deducidas por la demandada Gladys Judith Escaleras Sigcho, las que quedan señaladas en líneas precedentes. A fs. 75 y 76 del cuaderno de primera instancia, el Juez Segundo de lo Civil de Machala dicta auto de nulidad de todo lo actuado a partir de la demanda inclusive, a cargo del actor, por cuanto -según ha dicho- en la tramitación de la causa no se demandó ni citó a la Notaria Ab. Betty Gómez, omitiéndose el cumplimiento de una solemnidad sustancial prevista en el numeral 4 del Art. 355 del Código de Procedimiento Civil. El actor ha solicitado la aclaración del mencionado auto, petición que ha sido atendida por el señor Juez, quien mediante auto de 22 de mayo del 2002; a las 16h50 afirma haber cometido un lapsus calami al decir en la parte resolutive que declara la nulidad de todo lo actuado a partir de la demanda inclusive, cuando debía decir al estado de citar con la demanda a la Notaria abogada Betty Gálvez Espinoza, aclarando su auto en ese sentido. El accionante señor Juan Carlos Escaleras Medina aduciendo no haber dirigido su acción contra la Ab. Betty Gálvez Espinoza, Notaria Tercera del Cantón Machala, apela ante el superior del auto de nulidad dictado. Habiéndole correspondido el conocimiento y resolución del recurso a la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Machala, este Tribunal ha declarado sin lugar el auto de nulidad por no haber sido enjuiciada la Notaria Tercera, abogada Betty Gálvez Espinoza, en cuyo caso mal podía haberse citado con la demanda, ordenando consecuentemente, se devuelva el proceso al inferior para que resuelva sobre lo principal. Cumplido el trámite de la instancia, el Juez Segundo de lo Civil de Machala ha dictado sentencia declarando con lugar la demanda y por ende la nulidad de la escritura pública referida en aquella. De la sentencia de primer nivel, la parte demandada ha interpuesto recurso de apelación, que la Segunda Sala de la Corte Superior de justicia de El Oro, luego de tramitada la

instancia, ha resuelto revocando la sentencia subida en grado y declarando sin lugar la demanda. **SEGUNDO:** El actor, señor Juan Carlos Escaleras Medina en el escrito de interposición del recurso de casación, ha dicho en lo fundamental lo siguiente: que las normas de derecho que se han infringido en la sentencia recurrida son los Arts. 29 numeral 11 de la Ley Notarial, 1724 y 1726 del Código Civil, 119, 121 y 125 del Código de Procedimiento Civil y 192 de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano. Que las causales en la que apoya su recurso son la primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del numeral 11 del Art. 29 de la Ley Notarial, de los Arts. 1724 y 1726 del Código Civil y del Art. 192 de la Constitución Política de la República del Ecuador, y la tercera íbidem, por falta de aplicación de los Arts. 119, 121 y 125 del Código de Procedimiento Civil. **TERCERO:** Conforme el criterio reiteradamente expuesto por este Tribunal, atendiendo a un orden lógico, debe empezarse por el estudio del cargo que el casacionista sustenta en la causal tercera, para luego pasar al análisis de las impugnaciones fijadas en la causal primera. En cuanto a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación que se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva, es preciso mencionar que para que prospere el recurso de casación por esta causal, deben necesariamente cumplirse los siguientes requisitos concurrentes: 1. Identificación precisa del medio de prueba que a criterio del recurrente ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o intérpretes); 2. Determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que a su juicio se ha infringido; 3. Demostración, con lógica jurídica, de la forma en que se ha violado la norma sobre valoración de la prueba; y, 4. Identificación de la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no ha sido aplicada como consecuencia del error cometido al realizar la valoración de la prueba. En definitiva, la alegación de esta causal debe basarse en la existencia de dos infracciones: la primera, la de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba y la segunda, de una norma de derecho, como resultado de la primera, lo que el recurrente ha omitido realizar privando al Tribunal de Casación de los elementos de juicio necesarios para poder efectuar el análisis correspondiente, pues si bien señala, las normas de valoración de la prueba que estima han sido violentados en la sentencia recurrida y determina la forma del quebranto, no señala sus consecuencias, esto es, las normas de derecho que han dejado de aplicarse o han sido erróneamente aplicadas como resultado de la infracción acusada. **CUARTO:** En cuanto al cargo sustentado en la causal primera, este Tribunal observa que: el Art. 29 de la Ley Notarial señala taxativamente los requisitos formales que ha de contener toda escritura pública, estableciendo en el numeral once, que el recurrente considera infringido: “11. La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, en un solo acto, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere. Si las partes no supieren o no pudieren firmar, firmará por estas la persona que aquéllas designen, expresándose esta circunstancia en el instrumento.”; en tanto que, el inciso primero del Art. 48 íbidem determina los defectos de forma capaces de producir la nulidad de dichos instrumentos públicos, al disponer: “Por defecto en la forma son nulas las escrituras públicas que no tienen la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el

nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes, o de un testigo por ellas, cuando no saben o no pueden escribir, las procuraciones o documentos habilitantes, la presencia de dos testigos cuando intervengan en el acto y la del notario o del que haga sus veces. La inobservancia de las otras formalidades no anulará las escrituras; pero los notarios podrán ser penados por sus omisiones con multas que no pasen de mil sucres.”. La escritura de compraventa cuya nulidad se demanda, dice: “...Y, leída que fue íntegramente por mí la Notaria a los comparecientes, aquéllos se ratifican en lo expuesto y firman conmigo en nulidad de acto, a excepción del señor ANGEL BENIGNO ESCALERAS GOMEZ, quien manifiesta no poder firmar en este momento por imposibilidad física, por lo que estampa la huella digital del pulgar derecho y a su ruego firman por él las testigos de este domicilio señóritas Oliva Argentina Coronel San Martín y Lesbia del Pilar Sánchez Reyes, ecuatorianas, mayores de edad, capaces ante la Ley, hábiles y conocidas por mí, de todo lo cual doy fe.”; texto del que se desprende que a su otorgamiento se ha dado cumplimiento lo dispuesto en el Art. 29 de la Ley Notarial, no habiéndose configurado ninguna de las causales de nulidad que por defecto de forma prevé la ley, sin que pueda alegarse como causa de aquella el hecho de que no se ha expuesto con exactitud y detalle el motivo que constituyó el impedimento para que el otorgante no haya consignado su firma a pesar de saber leer y escribir; pues, la ley exige para el evento de que la persona supiere firmar, pero no pudiese hacerlo, la suscripción del instrumento por parte de un testigo designado para el efecto, dejándose constancia de tal circunstancia en el instrumento. **QUINTO:** Por otra parte, de conformidad con lo que prescribe el inciso primero del Art. 113 del Código de Procedimiento Civil que dice: “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo.”, el recurrente debía justificar el estado de gravedad y de inconciencia en que afirma se encontraba el señor Angel Benigno Escaleras Gómez, otorgante de la escritura pública cuya nulidad demanda, haciendo uso de los medios idóneos, como son las certificaciones conferidas por los galenos que evaluaron su estado de salud, las copias de las historias clínicas conferidas por las casas de salud en las que fue atendido, etc., pues resulta aventurado colegir que si para el día lunes siete de agosto del año dos mil, el señor Angel Benigno Escaleras Gómez pudo suscribir la escritura de compraventa otorgada a su favor por la I. Municipalidad del Cantón Machala (fs. 25 a 33 del cuaderno de primera instancia), debía también poder hacerlo al momento de suscribir la escritura de compraventa que otorgó el día diecinueve de septiembre del año dos mil a favor de sus hijas las señoras Gladys Judith y Jenny Herminia Escaleras Sigcho (fs. 15 a 24 íbidem), pues es imprescindible contar con mayores elementos de juicio que permitan presumir el estado de inconciencia e incapacidad alegado por el recurrente. La función fedataria del notario que interviene en la celebración de la escritura tiende justamente a asegurar la libre expresión del consentimiento de los otorgantes y su intervención constituye garantía de su cumplimiento que no puede ser contrarrestado sino con prueba plena en contrario, que en el caso no existe. Por lo expuesto, sin que sea necesaria ninguna otra consideración, la Tercera 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, rechaza el recurso de casación interpuesto por la parte actora y no casa la sentencia. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese y devuélvanse los autos.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Secretaria Relatora.

Las cuatro fojas que anteceden son fieles copias de su original. Certifico.- Quito, 25 de junio del 2007.

f.) Secretaria Relatora.

No. 223-2007

Juicio ordinario No. 141-2005, que por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sigue Rosa María Trejo contra herederos conocidos y desconocidos del señor Juan Aldana Armas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 25 de junio del 2007; a las 08h47.

VISTOS (141-2005): La causa sube en grado por recurso de casación interpuesto por la señora Rosa María Trejo en el juicio ordinario que por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sigue en contra de los herederos conocidos y desconocidos del señor Juan Aldana Armas, de la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito que confirma la dictada por el señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha que desecha tanto la demanda como la reconvencción por improcedentes. Habiéndose radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, y encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** La señora Rosa María Trejo al presentar su demanda ha dicho: que desde 1976 está posesionada de manera pacífica, continua y pública, en calidad de señora y dueña de un bien inmueble ubicado en el sitio denominado La Morita, de la parroquia Tumbaco, del cantón Quito, circunscrito dentro de los linderos y dimensiones que deja señalados en su demanda, que en el interior de su propiedad tiene una construcción de dos plantas, edificada con ladrillo, hormigón y loza y, conformada en la planta baja de sala, comedor, cocina y patio y, en la segunda planta de cuatro dormitorios, un baño y un comedor, en la que habita con toda su familia, que al mencionado lote de terreno, dentro de la división que han realizado los herederos del señor Juan Aldana Armas, se le ha asignado el número cuatro, que ha mantenido la posesión sobre dicha propiedad aproximadamente por veinte y cuatro años, habiéndola usado, gozado y usufructuado. Por lo que amparada en lo que disponen los Arts. 734 y 2435 del Código Civil, en la vía ordinaria, demanda “a los herederos conocidos y desconocidos del señor **JUAN ALDANA ARMAS**, a los conocidos sus hijos señores **CARMELINA ALDANA TREJO, MARIA PRESENTACION ALDANA TREJO, CELIA MARIA ALDANA TREJO, MERCEDES ALDANA TREJO Y JUAN ALDANA TREJO**, estos dos

últimos señores, **MERCEDES ALDANA TREJO, Y JUAN ALDANA TREJO**, los demando por ser compradores de los derechos y acciones del 50% de la propiedad adquirida a nuestra madre señora **CELIA MARIA TREJO CRUZ VIUDA DE ALDANA**”, a fin de que en sentencia se declare adquirido a su favor, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el bien singularizado y descrito en el libelo. Citados que fueron legalmente los demandados, así como los personeros del Municipio del Distrito Metropolitano de la ciudad de Quito, la señora Mercedes Aldana Trejo, ha contestado la demanda, deduciendo las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta; 2) Improcedencia de la acción por no reunir los requisitos de fondo y de forma determinados en el Art. 71 del Código de Procedimiento Civil; 3) Falta de derecho de la actora para proponer la demanda en la forma y condiciones que lo ha hecho; 4) Falta de personería de la parte demandada al no haber demandado a todas las personas que de conformidad con la ley debió demandar y citar; 5) Cosa juzgada, ya que desistió de la anterior demanda, que fue archivada; 6) No se allana a los vicios de nulidad que pudiera darse en la tramitación de la causa, por la omisión de solemnidades comunes a los juicios e instancias, determinadas en el Art. 355 del Código de Procedimiento Civil. Además, subsidiariamente, reconviene a la actora para que en forma inmediata proceda a la entrega del inmueble que ilegal e indebidamente se encuentra ocupando con todos los frutos percibidos. Por su parte, el doctor Carlos Jaramillo Díaz, en su calidad de Procurador Judicial del Distrito Metropolitano de Quito, compareció a juicio y propuso las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; 2. Falta de derecho del actor para proponer la demanda; 3. Falta de legítimo contradictor; 4. No se allana a ninguna nulidad que por omisión de trámite pudiera existir. La actora, no contestó la reconvencción planteada, lo que se tiene como negativa simple y llana de sus fundamentos de hecho y de derecho. Cumplido el trámite de la instancia, el señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, aceptando la quinta excepción formulada por la demandada desechó tanto la demanda como la reconvencción por improcedentes. De la sentencia de primer nivel, la actora señora Rosa María Trejo ha interpuesto recurso de apelación. Subido en grado el conocimiento de la causa y cumplido el trámite de la instancia, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito dictó su fallo desechando el recurso de apelación y con los argumentos que en él expone confirmó la sentencia subida en grado. **SEGUNDO:** La actora en su escrito de interposición del recurso de casación menciona como infringidos los Arts. 30 de la Constitución Política de la República del Ecuador, 622, 734, 737, 2416 y 2435 del Código Civil. Funda su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, “por errónea interpretación del Art. 2416 del Código Civil y de los artículos invocados”. Fundamenta su recurso manifestando que el Tribunal de instancia al realizar el análisis de los requisitos cuya concurrencia es indispensable para que opere la prescripción extraordinaria de dominio, al referirse a la posesión menciona que las declaraciones realizadas por los testigos presentados por la actora “...no proporcionan la suficiente convicción puesto que se limitan a señalar que fue la madre de la actora la que le entregó el terreno en calidad de herencia, de lo que se concluye que hubo una liberalidad de la propietaria y que la demandante ocupó el inmueble no con ánimo de señora y dueña sino por la tolerancia de una de las

titulares del derecho de dominio. En definitiva, no se ha probado que la demandante tenga la posesión del bien, es decir que pueda alegar a su favor la existencia de un hecho generador de derecho”, criterio que la recurrente rechaza afirmando que el acto de liberalidad de su madre dio lugar a que se posea del inmueble, posesión que la tiene con ánimo de señora y dueña desde hace más de veinte y ocho años, en razón de lo cual construyó la vivienda que actualmente le sirve de residencia a ella y a toda su familia. Por otra parte, ha dicho, que el Tribunal ad-quem al referirse a la singularización del inmueble materia de la litis, sostiene que: *“Tampoco se ha logrado determinar, exactamente los linderos del inmueble que se pretende adquirir”*, deficiencia que se comprueba con el simple examen de los informes practicados en primera y segunda instancias cotejándolos con los que constan en el escrito de demanda, lo que a su criterio tampoco se apega a la verdad, puesto que, según afirma la casacionista, ha individualizado, demarcado y linderado en forma perfecta el bien raíz materia de la litis. **TERCERO:** De conformidad con lo establecido por el Art. 2392 (Ex 2416) del Código Civil, la prescripción *“es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”*. La prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio es un modo originario de adquirir el dominio, y para que operen deben cumplirse varios requisitos, a saber: que el bien cuya prescripción se persigue se encuentre dentro del comercio humano, que la posesión de la cosa se haya extendido por el lapso que señala la ley sin violencia, clandestinidad ni interrupción, que la titularidad del dominio la tengan las personas contra quienes va dirigida la acción, y que la cosa se encuentre debidamente individualizada y singularizada. La posesión de la cosa deberá ajustarse a los términos que señala el Art. 715 del Código Civil, es decir, la tenencia deberá ser con ánimo de señor y dueño (no basta la mera tenencia), lo que implica la concurrencia de dos requisitos: el corpus o elemento material y el animus o elemento subjetivo, intelectual, psicológico, anímico, que constituye la predisposición de usar, gozar y disponer de la cosa como propia por parte de aquel que la tiene. **CUARTO:** En el presente caso, el Tribunal ad-quem en la sentencia recurrida afirma que *“La actora trata de demostrar la posesión por el tiempo que exige la ley con los testimonios (...), pero estas declaraciones no proporcionan la suficiente convicción porque los testigos se limitan a señalar que fue la madre de la actora la que le entregó el terreno en calidad de herencia, de lo que se concluye que existió una liberalidad de la propietaria y que la demandante ocupó el inmueble no con ánimo de señora y dueña sino por la tolerancia de una de las titulares del derecho de dominio”* (las negrillas y subrayado son de la Sala), confundiendo con tolerancia los efectos que conlleva un acto de liberalidad. De acuerdo a la definición que trae el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas liberalidad es *“Generosidad.// Altruismo.// Desinterés.// Donación o dádiva de bienes propios hecha a favor de una persona o entidad, sin pretender compensación ni recompensa alguna...”* (Editorial Heliasta, Santa Fe de Bogotá, pág. 175), consecuentemente, se trata de un acto por el cual opera -en el ánimo- la sustitución de la persona que ostenta el dominio o titularidad del bien por aquella que la ha recibido como dádiva o regalo, quien asume la condición de dueño y por tanto la facultad de usar, gozar y disponer a su arbitrio de

aquello que recibió en calidad de obsequio. Sin perjuicio de reconocer que los actos de liberalidad que se refieren a bienes inmuebles deben sujetarse a las condiciones que la ley prescribe para su validez, debemos puntualizar que si la accionante entró en posesión del inmueble cuya prescripción demanda, según afirma ella y sus testigos los señores Carlos Elicio Parra Pérez, Mario Enrique Escobar Yáñez y Nelly Graciela del Rosario Narváez Campaña, amparada en la entrega que le hizo su madre del terreno en calidad de herencia, asumiendo que se lo daba como un acto de liberalidad, es obvio pensar que tomó posesión de él con ánimo de señora y dueña, tanto que edificó una casa de dos plantas -que según palabras de la propia demandada tiene aproximadamente diez años de antigüedad (fs. 20 del cuaderno de segunda instancia)- y se preocupó de dotarle de los servicios básicos de agua y luz, pues de las facturas que obran a fs. 24 y 25 de los autos se observa por una parte que el medidor de luz consta a nombre del señor Luis Tipantuña, cónyuge de la actora, fallecido en el año de 1997; y, por otra, que el de agua está a nombre de la demandante, actos que no los ha realizado a nombre de otro, ni para servir a otros, sino bajo la certeza de ser dueña del inmueble y para aprovecharse de aquellos en forma personal. Consecuentemente la tenencia del inmueble por parte de la accionante no obedecía a un simple acto de tolerancia por parte de sus dueños sino que es el resultado de la entrega que de éste le hizo su madre, en un acto de desprendimiento para que lo tenga con ánimo de señora y dueña. **QUINTO:** En cuanto a la aseveración realizada por el Tribunal ad-quem, en el sentido de que. *“Tampoco se ha logrado demostrar, exactamente, los linderos del inmueble que se pretende adquirir y para comprobar esta deficiencia es suficiente examinar los informe (sic) periciales practicados en primera y segunda instancias y cotejar los linderos con aquellos que constan en el libelo inicial...”*, que también es impugnada por la recurrente, es necesario puntualizar que la singularización o individualización del bien raíz que pretende ganarse por medio de la prescripción está dada no solamente por la determinación de los linderos del inmueble, sino también por su superficie, ubicación geográfica y particularidades. Al respecto este Tribunal de Casación observa que la accionante al formular su demanda identifica al inmueble como *“ubicado en el sitio denominado La Morita de la parroquia de Tumbaco, de este cantón Quito, provincia de Pichincha, con los linderos y extensiones siguientes: NORTE, en diez metros, con ochenta y cinco centímetros (10,85m.) lote de terreno signado con el número cinco, propiedad de los herederos de Juan Aldana Armas, y de los señores MERCEDES ALDANA TREJO, Y JUAN ALDANA TREJO; SUR, en diez metros, con ochenta y cinco centímetros (10,85m.) lote de terreno signado con el número tres propiedad de los herederos de Juan Aldana Armas, y de los señores MERCEDES ALDANA TREJO, Y JUAN ALDANA TREJO; ESTE, nueve metros con quince centímetros (9,15m.) pasaje sin nombre; y, OESTE, nueve metros con quince centímetros (9,15m.) propiedad del señor Valerio Escobar, con una superficie de noventa y nueve metros cuadrados, con veintiocho centímetros cuadrados (99, 28m2)”*. Comparando estos datos con los consignados por el señor ingeniero Manuel J. Silva, perito designado por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia, que dice: *“1.- El inmueble motivo de prescripción, se encuentra identificado como el Lote No. 4, de un inmueble de mayor extensión ubicado en el sector La Morita, con frente a un Pasaje sin nombre, jurisdicción de la Parroquia Tumbaco, del Cantón Quito, Provincia de Pichincha.*

Inmueble que tiene la siguiente linderación: (...) Norte: Lote No. 5, ocupado por el Sr. Juan Aldana Trejo, en 11,15m.- Sur: Lote No. 3 ocupado por la Sra. Mercedes Aldana Trejo, en 11,10m.- Este: Propiedad del Sr. Valerio Escobar, hoy Hugo Coello, en 9,15m.- Oeste: Pasaje Peatonal S/Nombre, en 9,15m.- AREA: 99,28 m2.”, se advierte que en lo que respecta a los linderos ESTE Y OESTE, la demandante consigna los datos de manera invertida, lo que puede atribuirse a un error de orientación, sin embargo de lo cual en lo que respecta a la medida de cada uno de ellos y a la determinación de los bienes con los que colinda no existe equívoco, sino aquel de haberlos ubicado en el punto cardinal contrario, en tanto que respecto de los linderos NORTE Y SUR existe una diferencia en cuanto a su extensión, de treinta y veinticinco centímetros respectivamente, en tanto que respecto de los propietarios de los inmuebles que quedan a uno y otros lados no cabe comparación por cuanto en el informe pericial no se ha consignado el nombre de aquellos. Dichos yerro y desfase no inciden de manera determinante en la singularización del inmueble, por lo que este Tribunal considera que la accionante ha cumplido con su obligación de individualizar el inmueble materia del litigio. Por lo expuesto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia y dicta una de mérito que aceptando la demanda declara que la señora Rosa María Trejo ha adquirido por prescripción extraordinaria de dominio el inmueble identificado como el lote No. 4, ubicado en el sector La Morita, jurisdicción de la parroquia Tumbaco, del cantón Quito, provincia de Pichincha, dentro de los siguientes linderos: Norte: lote No. 5, ocupado por el Sr. Juan Aldana Trejo, en 11,15 m.; Sur: lote No. 3 ocupado por la Sra. Mercedes Aldana Trejo, en 11,10 m.; Este: propiedad del Sr. Valerio Escobar, hoy Hugo Coello, en 9,15m.; Oeste: Pasaje Peatonal s/nombre, en 9,15m., con una superficie total de 99,28 m2. Ejecutoriada la sentencia protocolícese en una de las notarías de ese cantón e inscribáse dicha protocolización en el Registro de la Propiedad del cantón Quito, para que sirva <0/5 de título de propiedad a la demandante y cancélese la inscripción de la demanda dispuesta en el auto de 20 de febrero del 2001, dictado por el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, para lo cual se notificará al Registrador de la Propiedad. Sin costas, ni multa. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Secretaria Relatora.

Las cuatro fojas que anteceden son fieles copias de su original. Certifico.- Quito, 25 de junio del 2007.

f.) Secretaria Relatora.

No. 224-2007

Juicio ordinario No. 50-2006, que por devolución de dinero sigue Gladys del Rosario Herrería contra Carlos Meza Rivadeneira.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 21 de junio del 2007; a las 08h42.

VISTOS (Juicio 50-2006): En el juicio ordinario que por devolución de dinero sigue Gladys del Rosario Herrería contra Carlos Meza Rivadeneira, el Dr. Luis Cervantes Silva, en su calidad de Procurador Judicial de la parte actora ha interpuesto recurso de casación respecto de la sentencia expedida por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ibarra, el 16 de junio del 2005, a las 09h00. Por el sorteo de ley se ha radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, la misma que mediante providencia de 25 de agosto del 2006; a las 08h34, ha admitido a trámite el recurso de casación. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** La señora Gladys del Rosario Herrería García compareció con su demanda ante el Juez de lo Civil de la ciudad de Ibarra, en contra del señor Carlos Alfredo Meza Rivadeneira, a fin de que en sentencia sea condenado al pago por devolución de nueve mil quinientos dólares americanos, más los intereses de ley. Citado el demandado, al contestar la demanda propone las siguientes excepciones: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2.- Improcedencia de la acción por el fondo y la forma. 3.- Falta de derecho de la actora para demandar. 4.- Ausencia de causa y objeto lícitos que le facultan a la demandante. 5.- Inexistencia de contrato de préstamo o mutuo. 6.- Ilegitimidad de personería de la parte actora. 7.- Falta de legítimo contradictor. 8.- Que alega expresamente la existencia de un contrato de cuentas en participación celebrado entre Carlos Raúl Meza Herrería y Carlos Alfredo Meza Rivadeneira. Además reconviene a la actora a la reparación de daño moral por la cantidad de mil dólares americanos. En primera instancia correspondió conocer de esta causal al Juez Quinto de lo Civil de Ibarra, quien en sentencia expedida el 6 de febrero del 2004; a las 8h30, resolvió acoger en parte las excepciones formuladas por el demandado y rechazar la demanda y reconvenición propuestas. En virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, correspondió conocer este proceso judicial a la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ibarra, la misma que en sentencia de segunda instancia expedida el 16 de junio del 2005; a las 09h00, confirmó en todas sus partes la sentencia del Juez a-quo. **SEGUNDO:** En el recurso de casación, que obra a fojas 14 a 16 del cuaderno de segundo nivel, la recurrente manifiesta que se han infringido las disposiciones legales contenidas en los artículos 1471, 1486, 1719 y 2020 del Código Civil, así como en los artículos 113, 114, 115, 207, 208 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso de casación en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. De acuerdo al orden lógico en que deben analizarse las causales de casación, corresponde en primer lugar lo relativo a la causal tercera y posteriormente a la causal primera. La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación establece: “*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.*”; esta causal, que en la doctrina se la conoce como de violación indirecta, para su procedencia debe contener varios requisitos o elementos que son: a) La indicación de la

norma de valoración de la prueba, con señalamiento del vicio en que se haya incurrido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación); b) Señalar el medio de prueba (confesión judicial, instrumento público o privado, testimonio, inspección judicial, informe pericial, etc.) que está relacionado con la infracción acusada; c) La indicación de la norma de derecho que ha sido infringida con expresión del vicio (por no haber sido aplicada o por una equivocada aplicación) como consecuencia del error en la primera violación de la norma de valoración de prueba; y, d) Explicar de manera lógica y coherente la conexión que debe existir entre la primera violación (norma de valoración de prueba) y como producto de aquella, la forma en que se ha producido la segunda infracción (de norma de derecho), que debe ser determinante en la decisión contenida en el fallo motivo del recurso de casación. En el presente caso la recurrente acusa: "...errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba..." y en la fundamentación del recurso, si bien indica las normas de los artículos 113, 114, 115, 207 y 208 del Código de Procedimiento Civil, no explica en forma individual en qué consiste la errónea interpretación de las disposiciones de valoración de prueba y cómo se ha producido tal infracción en la sentencia del Tribunal de instancia, además no indica la norma o normas de derecho que como consecuencia de la primera infracción, han sido no aplicadas o aplicadas equivocadamente. La ausencia de estos requisitos al formular el recurso de casación impide a esta Sala evaluar si efectivamente se ha producido la infracción acusada, motivo por el cual se la desecha. Cabe señalar adicionalmente que el Tribunal ad-quem en su sentencia ha realizado un análisis de toda la prueba en su conjunto (instrumental y testimonial) para llegar a la conclusión de que la actora no pudo comparecer a demandar por sus propios derechos, toda vez que el dinero entregado al demandado, Carlos Alfredo Meza Rivadeneira, fue proporcionado por su hijo, Carlos Paúl Meza Herrera, para que sea invertido en un negocio para la adquisición y producción de árboles frutales, según lo habían acordado, sin que el dinero reclamado hubiese provenido del patrimonio de la actora, quien además no tenía poder o mandato de su hijo para comparecer a juicio. **TERCERO:** Con respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, que establece: "*Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva*"; la recurrente igualmente manifiesta que el vicio en que se ha incurrido es el de errónea interpretación de las normas sustantivas de derecho, que han sido determinantes en la parte dispositiva del fallo recurrido. La errónea interpretación es un vicio autónomo e independiente de los otros dos (falta de aplicación e indebida aplicación) que tiene lugar cuando el Juez de instancia al fundamentar su sentencia, aplica la disposición legal que es pertinente al caso, pero da una interpretación distinta o ajena sobre el contenido y alcance del texto de la norma legal; para una correcta formulación del recurso de casación por el vicio de errónea interpretación, es necesario que el recurrente señale con precisión cuál es la interpretación equivocada que ha hecho el juzgador de instancia y precisar cuál entonces es la correcta interpretación que corresponde a la norma, para luego establecer cómo y de qué manera este error ha sido determinante en la sentencia materia del recurso de casación. En el presente caso, la recurrente no ha expresado con la debida precisión en qué consiste la errónea

interpretación en que ha incurrido el Tribunal ad-quem de las disposiciones de los artículos 1719, 1486 y 2020 del Código Civil, que menciona como infringidos, tanto más que en la sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ibarra de 16 de junio del 2005, a las 09h00, no se aplican las citadas normas, sin que entonces pueda ocurrir el yerro de errónea interpretación. Por lo expuesto, la Tercera 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 motivo del recurso de casación. Sin costas ni honorarios que fijar. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Secretaria Relatora.

Las tres fojas que anteceden son fieles copias de sus originales. Certifico.- Quito, 21 de junio del 2007.

f.) Secretaria Relatora.

No. 225-2007

Juicio verbal sumario de divorcio No. 115-2006 seguido por Luis Fernando Ruiz Rueda contra Delia de las Mercedes Proaño.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 25 de junio del 2007; a las 10h00.

VISTOS (Juicio 115-2006): El recurso de casación interpuesto por la señora Delia de las Mercedes Proaño respecto de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Latacunga, el 5 de octubre del 2005, dentro del juicio verbal sumario No. 166-05 que sigue en su contra Luis Fernando Ruiz Rueda, mediante la cual confirmó en todas sus partes la sentencia del Juez de Primera instancia que declaró disuelto el vínculo matrimonial entre las partes. Radicada que ha sido la competencia en la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en virtud del sorteo de ley, admitido a trámite el recurso de casación mediante providencia de esta Sala de 29 de mayo del 2006, siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO:** La recurrente señala como infringidas las disposiciones de los artículos 115, 207, 208 y 216 numeral 6 del Código de Procedimiento Civil. **SEGUNDO:** Fundamenta su recurso en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley de Casación y al sustentarlo señala que: "La sentencia luego de citar algunos fallos jurisprudenciales, nos indica que es lo que se debe entender por habitual o sea que se haya tornado en expresión continuada, sin que baste este estado habitual de falta de armonía se produzca en cualquier

circunstancia, indica que es requisito EXPRESO QUE ELLO SE OPERE Y SE MANIFIESTE EN LA VIDA MATRIMONIAL”; por ello se pregunta cómo es posible probar tal aserto con dos testigos no idóneos que viven en Conocoto, mientras que la vida matrimonial se desarrollo en la ciudad de Latacunga, para que alguien certifique sobre la habitualidad de un hecho, se requiere que por lo menos sea vecino. Según la recurrente se demuestra de manera clara que las pruebas no fueron analizadas, constituyendo aquello falta de aplicación de las normas adjetivas o de procedimiento para la apreciación de las justificaciones procesales. Señala también la recurrente que hay falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil pues la prueba no ha sido apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, además manifiesta que hay falta de aplicación del artículo 207 ibídem, pues que los “jueces y tribunales apreciarán la fuerza obligatoria de las declaraciones de los testigos conforme las reglas de la sana crítica, si se argumenta que hay que demostrar en forma clara el estado habitual de falta de armonía, aquello no se puede justificar jamás con testigos que no son del domicilio de la demandada, que los testigos Segundo Luis Catota Remache y Nancy Elizabeth Morales Tasiguano no pueden ser considerados idóneos porque les falta conocimiento e imparcialidad ya que son dependientes del actor. **TERCERO:** Con respecto al numeral 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, invocado por la recurrente, éste corresponde a la causal de 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 la Sala expresa que la recurrente no ha precisado en forma individual y pormenorizada cuál de los tres vicios que constan en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, ha infringido las normas de valoración de la prueba y tampoco ha señalado cuáles son tales normas, lo que no le ha permitido dar a conocer a este Tribunal las normas de derecho que han sido aplicadas equivocadamente o que no han sido aplicadas en el fallo recurrido. Con respecto a esta causal, la Sala ha expresado lo siguiente: “Por tanto, esta causal -lo mismo que la primera y la segunda- comprende tres modos de infracción o tres vicios de juzgamiento por los cuales se puede interponer el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las cortes superiores en procesos de conocimiento, vicios que, a su vez, deben dar lugar a otros dos modos de infracción. Entonces, en la sentencia, el primer yerro, objeto del recurso de casación, puede ocurrir por aplicación indebida (1) o por falta de aplicación (2) o por errónea interpretación (3) de ‘preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba’; y, el segundo, por equivocada aplicación (1) o por no aplicación de ‘normas de derecho’ (2); de modo que, para la procedencia del recurso por la causal tercera de casación, es indispensable la concurrencia de dos infracciones sucesivas, la primera, de ‘preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba’; y, la segunda, de ‘normas de derecho’, en cualquiera de los tres o dos modos de infracción antes indicados que son los establecidos por la ley para cada uno de ellos. De acuerdo con esto, cuando el recurrente invoca la causal tercera -como en este caso-, para que proceda la alegación, está en la obligación de presentar la concurrencia de las dos violaciones sucesivas previstas en esta causal, es decir, primero la violación de los preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba; y, segundo, la violación de normas de derecho producida como consecuencia de lo anterior, con la precisión en cada caso,

del precepto o norma infringidos...” (Juicio No. 221-2002-Resolución No. 21-2004; juicio No. 55-2003, Resolución No. 126-2007)”. **CUARTO:** En cuanto a la falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que: “Este artículo no contiene, entonces, una regla sobre valoración de la prueba sino un método para que el juzgador valore la prueba... El Tribunal de Casación no tiene atribución para rehacer este proceso de valoración ni para revisar el método utilizado para llegar a esa valoración que es una operación netamente mental, salvo que se acredite que la conclusión a la que el juzgador arriba es absurda o arbitraria...” (R. O. No. 282-12/marzo/2001, pág. 32.); “...lo que en realidad pretende es que el Tribunal de Casación revise nuevamente el proceso de valoración de esa prueba, lo cual le está prohibido, pues el recurso supremo y extraordinario de casación no es de tercera instancia, y no está en la órbita de las facultades del Tribunal de Casación el juzgar los motivos que formaron la convicción del Tribunal de última instancia a menos de que se justifique que la resolución a la que ha arribado el juzgador de instancia es absurda o arbitraria, lo que no sucede en la especie...” (R. O. No. 282-12/marzo/2001)”. En cuanto a la falta de aplicación del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil relativo a la apreciación de la declaración testimonial, dispone que los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurren. Esta Sala en el presente caso considera que las conclusiones del Tribunal ad-quem en su fallo de 5 de octubre del 2005 si ha aplicado la disposición de este artículo, así como también del artículo 208 ibídem, pues corresponde a los jueces y tribunales apreciar la fuerza probatoria de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, fundamentándose para ello en un fallo de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de 31 de agosto del 2000, promulgado en el Registro Oficial No. 201 de 10 de noviembre del 2000, que en la parte pertinente dice: “La vida privada de los cónyuges no está en vitrina para que pueda ser presenciada por todos, por esto, en el juicio de divorcio son admisibles las declaraciones testimoniales de empleados domésticos, de familiares y amigos comunes que estén en posibilidad de conocer hechos íntimos que no trasciendan fuera del hogar, aunque no reúnan las condiciones de idoneidad, cuando el juzgador tenga el convencimiento de que el testigo ha declarado la verdad, como lo disponen los artículos 211 y 212 del Código de Procedimiento Civil...” (Actuales 207 y 208 ibídem). El Tribunal ad-quem en su fallo que confirma en todas sus partes la sentencia del Juez de primera instancia, considera que los testimonios rendidos por Segundo Luis Catota Remache (fojas 25) y de Nancy Elizabeth Morales Tasiguano (fojas 26 vta.) son idóneos, uniformes y concordantes y lo han llevado a la convicción de que se ha justificado plenamente la causal de divorcio invocada por el actor. Por lo expuesto, la Tercera 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 del recurso de casación. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las tres fojas que anteceden, son fieles y exactas a sus originales. Certifico.- Quito, 25 de junio del 2007.

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

No. 226-2007

Juicio verbal sumario de divorcio No. 170-2006 seguido por Luis Fernando Aguirre Pimentel contra María Dolores Fernández Reinberg.

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

Quito, 27 de junio del 2007; a las 10h20.

VISTOS (juicio 170-2006): En el juicio verbal sumario que por divorcio sigue el señor Luis Fernando Aguirre Pimentel en contra de la señora María Dolores Fernández Reinberg, tanto el actor como la demandada han interpuesto sendos recursos de casación respecto de la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el 17 de mayo del 2005, a las 15h19. Por el sorteo de ley se ha radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, la misma que mediante providencia de 25 de agosto del 2006; a las 08h35, ha admitido a trámite el recurso de casación interpuesto por la demandada, rechazando aquel del actor por estimarlo improcedente. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** El señor Luis Fernando Aguirre Pimentel compareció con su demanda ante el Juez de lo Civil del cantón Samborondón a fin de que en sentencia se declare disuelto el vínculo matrimonial que lo une con la demandada, su cónyuge, la señora María Dolores Fernández Reinberg. Citada que fue la demandada y convocada a la audiencia de conciliación, no compareció a la misma, por lo que esta situación se la considera como de negativa simple de los fundamentos de la demanda. En primera instancia correspondió conocer de esta causal al Juez Vigésimo Primero de lo Civil del Guayas con sede en el cantón Samborondón, quien en sentencia expedida el 6 de febrero del 2004; a las 08h30; resolvió declarar sin lugar la demanda de divorcio propuesta. En virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, correspondió conocer este proceso a la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, la misma que en sentencia de segunda instancia expedida el 17 de mayo del 2005; a las 15h19, revocó la sentencia recurrida, y en su lugar, aceptó la demanda declarando disuelto el vínculo matrimonial entre actor y demandado. **SEGUNDO:** En el recurso de casación, que obra de fojas 36 a 38 del cuaderno de segundo nivel, la recurrente manifiesta que se han infringido las disposiciones legales contenidas en los artículos 119, 212, 214, 217 y 220 del Código de Procedimiento Civil (actuales 115, 208, 210, 213 y 216). Fundamenta su recurso de casación en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Al fundamentar el recurso,

manifiesta que ha existido falta de aplicación de los preceptos judiciales (sic) aplicables a la valoración de la prueba establecidos en el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil lo que ha llevado a una falta de aplicación de los artículos 212, 214, 217 y 220 del mismo código, para a continuación expresar que en el fallo materia del recurso de casación ha existido una errónea interpretación del artículo 119 ibídem en la valoración de la prueba, pues esta norma establece que aquella deberá ser apreciada en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos; y, el Tribunal ad-quem al emitir su fallo no ha considerado los siguientes aspectos: a) Que se haya 'proferido por un cónyuge contra el otro injurias graves; b) Que la actitud del primero para con el segundo se caracterice por ser hostil, que supone cierta permanencia; y, c) Que las injurias graves y actitud hostil revelen habitual falta de las dos voluntades, empero en la demanda no se ha detallado en orden de tiempo, lugar y modo de las injurias y actitud hostil en la forma que indica la ley y que la Corte Suprema de Justicia en diversos casos ha sentado jurisprudencia y que en la especie no se han concretado las injurias con precisión de lugar y tiempo, ya que los testigos de la parte actora, no especifican ni la hora y lugar en que vieron y escucharon alguna agresión verbal inferida en contra del actor y solo se limitan a decir que conocen los hechos por haber frecuentado el Condominio Atrium donde vive la demandada. Expresa finamente la recurrente que el Tribunal ad-quem ha dado una errónea o equivocada aplicación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil (actual 115), al no valorar de acuerdo a las reglas de la sana crítica las pruebas aportadas por el demandado (sic), como lo hizo el Juez de primera instancia al no considerar los testimonios, por lo que no se ha probado la causal tercera del artículo 109 del Código Civil. **TERCERO:** La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, invocada por la recurrente, procede cuando ha existido aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a la no aplicación o equivocada aplicación de una norma de derecho. Respecto de esta causal, la Sala ha manifestado en varios y reiterados fallos lo siguiente: *"Por tanto, esta causal -lo mismo que la primera y la segunda- comprende tres modos de infracción o tres vicios de juzgamiento por los cuales se puede interponer el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Cortes Superiores en procesos de conocimiento, vicios que, a su vez, deben dar lugar a otros dos modos de infracción. Entonces, en la sentencia, el primer yerro, objeto del recurso de casación, puede ocurrir por aplicación indebida (1) o por falta de aplicación (2) o por errónea interpretación (3) de 'preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba'; y, el segundo, por equivocada aplicación (1) o por no aplicación de 'normas de derecho' (2); de modo que, para la procedencia del recurso por la causal tercera de casación, es indispensable la concurrencia de dos infracciones sucesivas, la primera, de 'preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba'; y, la segunda, de 'normas de derecho', en cualquiera de los tres o dos modos de infracción antes indicados que son los establecidos por la Ley para cada uno de ellos. De acuerdo con esto, cuando el recurrente invoca la causal tercera -como en este caso-, para que proceda la alegación, está en la obligación de presentar la concurrencia de las dos violaciones sucesivas previstas en esta causal, es decir, primero la violación de los preceptos*

jurídicos sobre la valoración de la prueba, y segundo, la violación de normas de derecho producida como consecuencia de lo anterior, con la precisión en cada caso, del precepto o norma infringidos..." (Juicio No. 221-2002-Resolución No. 21-2004; juicio No. 55-2003, Resolución No. 126-2007)". Entonces para que opere esta causal, que en doctrina se conoce como de "violación indirecta", es necesario que el recurrente con lógica jurídica demuestre en primer lugar la violación del precepto de valoración de prueba, para luego, relacionarlo con una infracción a la norma sustantiva o material, situación que debe ser además determinante en la sentencia motivo de la casación. En el presente caso, la recurrente no ha dado cumplimiento a esta exigencia, pues por una parte acusa simultáneamente dos formas de violación al decir que ha existido "indebida aplicación y errónea interpretación de una misma norma (el artículo 115 C. P. C), situación no admisible, ya que cada uno de los yerros atribuibles a la normas son autónomos e inclusive excluyentes entre sí, y por otra, no hace la relación necesaria para demostrar la segunda violación de una norma de derecho, toda vez que se limita a mencionar como no aplicados a los artículos 208, 210, 213 y 216 de la actual Codificación del Código de Procedimiento Civil (normas adjetivas o de procedimiento y no de derecho material), relativos a la idoneidad, probidad e imparcialidad de testigos, pero sin sustentarlo. **CUARTO:** Finalmente se debe añadir que en cuanto al actual artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación, ha considerado que: *"Este artículo no contiene, entonces, una regla sobre valoración de la prueba sino un método para que el juzgador valore la prueba... El Tribunal de Casación no tiene atribución para rehacer este proceso de valoración ni para revisar el método utilizado para llegar a esa valoración que es una operación netamente mental, salvo que se acredite que la conclusión a la que el juzgador arriba es absurda o arbitraria..."* (R. O. No. 282-12/marzo/2001. Pág. 32); *"...lo que en realidad pretende es que el Tribunal de Casación revise nuevamente el proceso de valoración de esa prueba, lo cual le está prohibido, pues el recurso supremo y extraordinario de casación no es de tercera instancia, y no está en la órbita de las facultades del Tribunal de Casación el juzgar los motivos que formaron la convicción del Tribunal de última instancia a menos de que se justifique que la resolución a la que ha arribado el juzgador de instancia es absurda o arbitraria, lo que no sucede en la especie..."* (R. O. No. 282-12/marzo/2001)". (Criterio acogido por esta Sala en Resolución No. 196-2007, de 6 de junio del 2007, dentro de la causa No. 120-2004). Cabe señalar que en el considerando tercero de la sentencia, el Tribunal ad-quem al valorar la prueba testimonial expresa que la tacha de los testigos no ha sido probada por lo que puede considerárselos como idóneos y que de sus versiones *"...ponen en evidencia que efectivamente ha habido un estado permanente de desarmonía en el hogar de los justiciables..."*, valoración de prueba que ha correspondido a la autonomía de ese Tribunal en la cual no se observa arbitrariedad o valoración absurda. Por lo expuesto, la Tercera 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 del recurso de casación. Sin costa ni honorarios que regular. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la

Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las tres fojas que anteceden, son fieles y exactas a sus originales. Certifico.- Quito, 27 de junio del 2007.

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

No. 227-2007

Juicio verbal sumario No. 277-2006 que por daños y perjuicios sigue el Dr. Mahmud Samandari Sadat-Khamsi, en calidad de Gerente General y representante legal de TELEHOLDING S. A., en contra de "Antonio Sáenz Fernández", en calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de PACIFICTEL S. A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 27 de junio del 2007; a las 09h09.

VISTOS (277-2006): El juicio verbal sumario que sigue el señor Mahmud Samandari Sadat-Khamsi, en su calidad de Gerente General y representante legal de TELEHOLDING S. A., a PACIFICTEL S. A. en la persona de su Presidente Ejecutivo y representante legal, señor Antonino Sáenz Fernández, sube por recurso de casación interpuesto por la parte actora, de la sentencia expedida por la Segunda Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil que confirma la sentencia dictada por el señor Juez Séptimo de lo Civil del Guayas. Habiéndose radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, encontrándose al momento la causa en estado en que debe expedirse la sentencia, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** El señor Mahmud Samandari Sadat-Khamsi, Gerente General y representante legal de TELEHOLDING S. A., ha comparecido con su demanda ante el señor Juez de lo Civil de Pichincha manifestando en lo esencial lo siguiente: que el día 16 de febrero de 1996 ante el Notario Vigésimo Primero del cantón Quito, Dr. Marco Vela Vasco, la Empresa Estatal de Telecomunicaciones EMETEL ECUADOR y TELEHOLDING S. A., celebraron el contrato para la promoción, operación, mantenimiento y cobranza del servicio de alquiler de circuitos para transmisión de datos punto a punto, punto a multipunto y otros que fuesen convenidos por las partes, bajo el esquema de prestación de servicios. Que las mismas partes, el 18 de noviembre de 1997, ante el Notario Quinto del cantón Quito, Dr. Edgar Patricio Terán, celebraron un contrato modificatorio al de 16 de febrero de 1996 mencionado. La Ley No. 94 de 4 de agosto de 1995, publicada en el R. O. No. 770 de 30 de los mismos mes y año, dispuso la transformación de la Empresa Estatal de Telecomunicaciones EMETEL ECUADOR en una sociedad anónima que, luego de su aprobación e inscripción en el Registro Mercantil de Quito, se escindiría

en las necesarias. Que en cumplimiento de ese mandato legal la Junta General de Accionistas de EMETEL S. A., de 25 de septiembre de 1997, decidió escindir a EMETEL S. A., y constituir ANDINATEL S. A., y PACIFICTEL S. A. Que por el convenio celebrado con fecha 6 de abril de 1998 entre EMETEL S. A., y PACIFICTEL S. A., esta última reconoció y asumió los derechos y obligaciones de los contratos principales de 16 de febrero de 1996 y modificatorio de 18 de noviembre de 1997, originalmente celebrados entre la Empresa Estatal de Telecomunicaciones EMETEL ECUADOR y TELEHOLDING S. A. Que en los referidos contratos, en relación al plazo las partes estipularon lo siguiente: a) En el contrato principal de 16 de febrero de 1996, en la Cláusula Sexta: **“La duración del contrato será de tres años, contados a partir de la fecha de suscripción del presente instrumento. Luego de dicho plazo el contrato se renovará automáticamente por períodos sucesivos de un año, a menos que cualquiera de las partes notifique a la otra de su intención de no renovar el presente contrato, con al menos una anticipación de 120 días calendario, anteriores al vencimiento de cada periodo./ Si antes de la terminación del plazo, una de las partes desea dar por concluido (sic) el contrato, deberá notificar a la otra parte con por lo menos 120 días.”** b) En el contrato modificatorio de 18 de noviembre de 1997, luego de reseñar los antecedentes y motivaciones entre los cuales se reconoce y destaca que TELEHOLDING S. A., ha implementado de manera oportuna y puntual el contrato y que los resultados han sido satisfactorios para las partes; así como que el propósito de la modificación era el de facilitar y concretar las inversiones adicionales necesarias para incrementar las ventas, y consecuentemente, los ingresos de las partes como resultado de los servicios brindados, se acordó: **“2.1.- En la Cláusula Sexta el texto que dice: “la duración del contrato será de tres años, contados a partir del presente contrato”, se reemplaza por el siguiente texto: “La duración del presente contrato será de seis años contados a partir de la fecha de la suscripción del presente contrato”**. Siendo que para el contrato principal el plazo se contaba desde la fecha de su suscripción, es decir desde el 16 de febrero de 1996, mientras que en el contrato modificatorio de 18 de noviembre de 1997, se estipula que el plazo de duración de seis años se contará a partir de la fecha de la suscripción del contrato modificatorio, esto es desde el 18 de noviembre de 1997, por lo que dicho plazo se mantiene vigente hasta el 17 de noviembre del 2003. Que mediante oficio de 17 de septiembre del 2001, el señor Antonino Sáenz Fernández, en calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de PACIFICTEL S. A., dirigió una comunicación al compareciente Mahmud Samadari, Presidente Ejecutivo de TELEHOLDING S. A., la que no fue contestada ni objetada por las siguientes razones: a) Porque no existe contrato alguno celebrado entre EMETEL S. A., y TELEHOLDING S. A., el 6 de febrero de 1996; b) Porque no existe contrato alguno de “Tercerización de Servicios Portadores” entre EMETEL S. A., -ahora PACIFICTEL S. A.,- y TELEHOLDING S. A.; c) Porque no existe estipulación alguna contractual cuya fecha de vencimiento sea el 6 de febrero del 2002; d) Porque la comunicación no contaba con la resolución del órgano competente de PACIFICTEL S. A., por lo que carecía de eficacia jurídica; y, e) Porque dicha comunicación no se remitió al domicilio legal de TELEHOLDING S. A., contractualmente establecido en la ciudad de Quito. Que la realidad contractual y legal de la relación original entre EMETEL -ahora PACIFICTEL S. A.,- y TELEHOLDING S. A., es la siguiente: a) El contrato

principal se celebró el 16 de febrero de 1996 y su modificatorio el 18 de noviembre de 1997; b) El objeto del contrato es la “Promoción, Operación, Mantenimiento y Cobranza del servicio de alquiler de circuitos para transmisión de datos punto a punto o punto a multipunto y otros que fuesen convenidos por las partes, bajo el esquema del presente contratote Prestación se Servicios Portadores”, distinto al de “Tercerización de Servicios Portadores”; y, c) El plazo y vigencia de la relación contractual original entre EMETEL (actual PACIFICTEL S. A.) y TELEHOLDING S. A., se encuentra establecido y determinado en los instrumentos públicos mencionados y en los demás originados en la ejecución, y que se extienden hasta el 17 de noviembre del 2003. Que el Directorio de PACIFICTEL S. A., adoptó las siguientes resoluciones: “a) SD-E-328-2000 de 19 de septiembre del 2000, en la que unánimemente dispuso: ‘2.- QUE LA PRESIDENCIA EJECUTIVA RENEGOCIE CON TELEHOLDING DE MANERA EQUITATIVA EL CONTRATO PARA LA TRANSMISION DE DATOS EN IGUALES Y/O MEJORES CONDICIONES QUE EL DE TRANSFERDATOS’. b) SD-O-428-2000, de 23 de noviembre del 2000, por la cual resolvió: ‘2.- DELEGAR AL INGENIERO ALBERTO PEREZ ENDARA, DIRECTOR PRINCIPAL, ECONOMISTA NICOLAS LANDAZURI, VICEPRESIDENTE DE NEGOCIOS; Y, AB. ALEXANDRA IZA DE DIAZ, ASESORA JURIDICA DE LA PRESIDENCIA DEL DIRECTORIO, A FIN DE QUE ANALICEN CONJUNTAMENTE CON TRANSFERDATOS Y TELEHOLDING CADA UNA DE LAS CLAUSULAS DEL CONTRATO A CELEBRARSE CON DICHAS COMPAÑIAS.’ c) SD-O-105-2001 de 13 de marzo del 2001, que decidió: ‘1.ACELERAR Y TERMINAR LA ELABORACION DE LOS CONTRATOS PARA LA IMPLEMENTACION DEL SERVICIO DE TRANSMISION DE DATOS, CON LAS COMPAÑIAS TRANSFERDATOS Y TELEHOLDING”, dichas resoluciones -dice- establecen y demuestran que PACIFICTEL S. A., se auto obligó a renegociar y analizar las cláusulas del contrato a celebrarse con TELEHOLDING y acelerar la contratación, lo que ha determinado que la ahora accionante actúe de buena fe y con la certeza de que los contratos celebrados se respetarían hasta su normal terminación y consecuente renegociación y/o recontractación para la prestación del servicio de transmisión de datos, tanto más que la terminación previsible se extiende hasta el 17 de noviembre del 2003. Que PACIFICTEL S. A., y TELEHOLDING S. A., han celebrado múltiples contratos de prestación de servicios con los usuarios, cuyo plazo de duración se extiende más allá del 17 de noviembre del 2003, lo que demuestra la validez y vigencia de la relación contractual. Que en la cláusula décima del contrato principal de 16 de febrero de 1996 se estableció: “Para todos los efectos legales y contractuales se tendrá como domicilio la ciudad de Quito, República del Ecuador. En caso de controversias que no pudieren ser amistosamente resueltas por las partes, éstas renuncian domicilio y se someten a los Jueces de lo Civil del cantón Quito, y al trámite verbal sumario”. Tal estipulación se ratificó en el contrato modificatorio y se mantiene y obliga a PACIFICTEL S. A. Que para que la infundada e ilegal comunicación número PE-02330 de 17 de septiembre del 2001 no pueda ser invocada ni utilizada por PACIFICTEL S. A., para conculcar o desconocer los derechos de TELEHOLDING S. A., establecidos en la relación contractual mencionada, demanda en juicio verbal sumario a PACIFICTEL S. A., al amparo de lo que prescriben los

Arts. 33, 1588, 1589, 1603, 1605, 1607, 1724, 1725, 1726, 1731 y más pertinentes del Código Civil, para que en sentencia se declare: 1) Que el plazo contractual convenido entre EMETEL -ahora PACIFICTEL S. A.- y TELEHOLDING S. A., en los contratos principal de 16 de febrero de 1996 y modificatorio de 18 de noviembre de 1997 se extiende y mantiene su vigencia hasta el 17 de noviembre del 2003; 2) Que se disponga el pago de daños y perjuicios que pudiere ocasionar cualquier acción de PACIFICTEL S. A., que afecte los derechos de TELEHOLDING S. A., en relación al plazo contractual vigente hasta el 17 de noviembre del 2003; y, 3) El pago de las costas procesales entre las que se incluirán los honorarios de la defensa. Admitida que fue a trámite la demanda, el accionante mediante escrito que obra a fs. 54 de los autos solicita se cuente con el señor Procurador General del Estado, quien es citado legalmente. El señor Juez Séptimo de lo Civil del Guayas, mediante oficio No. 70/2002.CSJG de 6 de marzo del 2002, dentro del juicio de competencia No. 68-2002 seguido por Antonio Sáenz Fernández en contra del Dr. Juan Tozcano Garzón, Juez Segundo de lo Civil de Pichincha “anuncia la competencia si no cede al Señor Juez Segundo de lo Civil de Pichincha”. El señor Juez Segundo de lo Civil de Pichincha mediante auto de 11 de marzo del 2002 no la cede y contradice la competencia, por lo que el conflicto de competencia suscitado, para su resolución, pasa a conocimiento de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que dirime a favor del anunciante, quien en consecuencia continúa con la tramitación de la causa, convocando a las partes a audiencia de conciliación, diligencia en la que la parte demandada contesta la demanda deduciendo las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2) Falsedad absoluta sobre la interpretación dada por TELEHOLDING S. A., del plazo contractual convenido entre EMETEL -ahora PACIFICTEL S. A.- por cuanto según afirma “no se ha extendido ni puede mantenerse en vigencia el contrato hasta el 17 de noviembre del 2003, toda vez que el acto modificatorio llevado a cabo por escritura pública el 18 de noviembre de 1997, modificó el texto de la cláusula sexta, referente al plazo contenida en el contrato principal del 16 de Febrero de 1996, y acorde a ello concluyó el contrato de 16 de Febrero del 2002”; 3) Falta de derecho de la parte actora para comparecer a proponer la presente demanda, por cuanto habiéndose dado cumplimiento a lo convenido por las partes en las escrituras públicas aludidas, concluyó el derecho para efectuar reclamos sobre la vigencia del plazo, en consideración a la validez de la contratación por la intención clara y concreta de los intervinientes, conforme lo dispuesto por los Arts. 1588 y 1603 del Código Civil; 4) Improcedencia de la acción propuesta; 5) No se allana a las nulidades procesales existentes ni devinientes, lo que alega expresamente. Además, reclama indemnización de daños y perjuicios y las costas procesales y honorarios de la defensa. Cumplido el trámite de la instancia, el Juez Séptimo de lo Civil del Guayas dictó sentencia aceptando las excepciones de la demandada y declarando sin lugar la demanda. La parte actora ha interpuesto recurso de apelación, en virtud del cual ha pasado el conocimiento de la causa a la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, radicándose la competencia previo el sorteo de ley en la Segunda Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, que dicta sentencia confirmando el fallo subido en grado. **SEGUNDO:** La parte actora interpone recurso de casación y al hacerlo, en lo fundamental, ha dicho lo

siguiente: que las normas de derecho que se estiman infringidas en la sentencia recurrida son los Arts. 115 y 274 del Código de Procedimiento Civil y Arts. 1561, 1576, 1580 y 1582 del Código Civil. Que las causales en las que ampara su recurso son las previstas en los numerales 3 y 5 del Art. 3 de la Ley de Casación. **TERCERO:** La recurrente formula su cargo con apoyo en la quinta causal del Art. 3 de la ley de la materia, en virtud de que -según afirma- la sentencia recurrida no contiene los requisitos exigidos por la ley. A dicha causal en doctrina se la conoce como CASACION EN LA FORMA, puesto que se refiere a la sentencia en cuanto a su estructura propiamente dicha, la que debe reunir varios requisitos, que el tratadista Fernando de la Rúa en su Teoría General del Proceso resume con gran acierto al decir: “Los requisitos que atañen a la estructura de la sentencia son los siguientes: a) elementos subjetivos o individualización de los sujetos a quienes alcance el fallo; b) enunciación de las pretensiones; c) motivación de la sentencia, que configura el tema más amplio y trascendental de estas reflexiones; d) parte resolutive; e) fecha y forma” (Ediciones Depalma 1991, pág. 144). De modo que si en el fallo faltare alguna de estas partes es susceptible de ser impugnado vía recurso de casación en la FORMA, puesto que es necesario que entre el juicio mismo y la sentencia exista la debida coherencia y por tanto una conexión armónica perfecta. Revisada que ha sido la sentencia impugnada, este Tribunal de Casación, observa que cumple con todos y cada uno de los requisitos formales antes mencionados y repara también en el hecho de que el casacionista fundamenta la alegada causal quinta mencionando: “La sentencia objeto del recurso no ha decidido con claridad los puntos que constituyen materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso, y tampoco ha expresado los fundamentos o motivos de la decisión. Aún más: pese al mandato del segundo inciso del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, en la sentencia no se ha cumplido la obligación concreta de expresar la valoración de todas las pruebas producidas. Así tenemos que la Sala, en su sentencia: a) No señala ni se refiere a los fundamentos de la demanda y de manera especial a los detallados en los numerales 6, 7, 8, 9, 10, en tanto que reseña con precisión las seis excepciones de la demandada; b) No se refiere a la notificación contenida en el Oficio PE-02330 de 17 de septiembre del 2001, suscrita por el señor Antonino Sáenz Fernández, Presidente Ejecutivo de PACIFICTEL S. A., mediante la cual pretendió notificar la terminación de un contrato inexistente fechado el 6 de febrero de 1996; c) No se pronuncia sobre el alcance y validez de la notificación contenida en el oficio mencionado en el literal b) que precede; d) No valora la prueba en su conjunto y de manera especial la ineficacia jurídica del oficio mediante el cual se pretende terminar el contrato, así como de la prueba plena que representa la certificación del Notario Vigésimo Primero del Cantón Quito, de 27 de febrero del 2003, dirigida al Ab. Raúl Valverde, Juez Séptimo de lo Civil de Guayaquil, (...); e) No menciona ni hace referencia alguna al contrato de 6 de febrero de 1996, que no existe; y tampoco distingue del Contrato Principal de 16 de febrero de 1996 y del Modificatorio de 18 de noviembre de 1997, tanto por la diferencia temporal como por el objeto de cada uno de ellos, pues el primero, según el Presidente Ejecutivo de Pacifictel es de ‘Tercerización de Servicios Portadores’, en tanto que el Principal y Modificatorio, según la propia Sala es de ‘Prestación de Servicios’, aunque en realidad y de conformidad con su objeto es de ‘Promoción, operación, mantenimiento y cobranza del servicio de alquiler de

circuitos para la transmisión de datos punto a punto o punto a multipunto y otros”, de lo que se infiere que el recurrente acusa al mismo tiempo, por una parte, el hecho de que en la sentencia el Tribunal de instancia no ha considerado y resuelto todos los puntos, que a su criterio, son materia de la litis, lo que debía hacer amparado en la causal cuarta de casación que consiste según la doctrina y la jurisprudencia “en los excesos o defectos de poder del juez en el ejercicio de la jurisdicción, lo que se denomina “ultra petita”, que se produce cuando al resolver se concede más de lo que se pide; “extra petita”, cuando resuelve sobre asuntos o hechos que no pertenecen a la materia del litigio, según ésta quedó constituida al quedar trabada la litis; y, **“citra petita”, por omisión de resolver todos los puntos de la litis”**. (Exp. 244, R. O. 33, 25-IX-96. Juicio ordinario por reivindicación No. 258-2002 que sigue Perla Lorena Zambrano Cabrera contra César Denny Almeida Reina, Resolución 110-2004, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil) (las negrillas y subrayado son de la Sala); y, por otra parte, que se ha incurrido en la falta de valoración de la prueba, situación que debía sustentarla con fundamento en la causal tercera de la ley de la materia, incurriendo en el equívoco de conjugar ambos vicios y denunciarlos por la causal quinta, yerro que a este tribunal no le está dado subsanar por las características que tiene el Recurso de Casación, que es especialísimo, formalista y restrictivo. **CUARTO:** En cuanto a la causal tercera, la recurrente menciona que el principio consagrado en el inciso primero del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, que ordena que la prueba debe ser apreciada en conjunto, no ha sido observado ni aplicado en la sentencia, lo que ha conducido a: una falta de aplicación del tercer inciso del Art. 1580 del Código Civil, que dispone que las cláusulas del contrato deberán interpretarse en concordancia con “la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”; a la falta de aplicación del Art. 1582 ibídem, que determina que las cláusulas ambiguas que hubieren sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ellas, siempre que la ambigüedad provenga de una falta de explicación que haya debido darse por ella, y a la aplicación equivocada el Art. 1561 ibídem, que expresa que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Para analizar lo alegado, es preciso recordar aquello que es objeto de la acción, esto es lo que constituye la pretensión de la demandante y recurrente, quien en su libelo textualmente dice: “...en juicio verbal sumario, demando a PACIFICTEL S. A., en la persona de su Presidente Ejecutivo y representante legal, señor Antonino Sáenz Fernández y pido que, en sentencia, se declare lo siguiente: 1. Que el plazo contractual convenido entre EMETEL -ahora PACIFICTEL S. A.- y TELEHOLDING S. A., en los contratos principal de 16 de febrero de 1996 y modificatorio de 18 de noviembre de 1997, se extiende y mantiene su vigencia hasta el 17 de noviembre del 2003. 2. Que se disponga el pago de daños y perjuicios que pudiese ocasionar cualquier acción de PACIFICTEL S. A., que afecte los derechos de TELEHOLDING S. A., en relación al plazo contractual vigente hasta el 17 de noviembre del 2003; y, 3. El pago de las costas procesales entre las que se incluirán los honorarios de mi defensa.”, de modo que le correspondía al Tribunal ad-quem centrar su esfuerzo en considerar lo atinente al mencionado plazo contractual. Al efecto esta Sala observa que, la cláusula sexta del “CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS ENTRE LA EMPRESA

ESTATAL DE TELECOMUNICACIONES, EMETEL ECUADOR Y TELEHOLDING S. A.”, suscrito en la ciudad de Quito el día 16 de febrero de 1996, ante el doctor Marco Vela Vasco, Notario Vigésimo Primero del cantón, señala el plazo de vigencia del contrato al estipular: “SEXTA.- PLAZO.- La duración del contrato será de tres años, contados a partir de la fecha de suscripción del presente instrumento. Luego de dicho plazo el contrato se renovará automáticamente por períodos sucesivos de un año, a menos que cualquiera de las partes notifique a la otra de su intención de no renovar el presente contrato, con al menos una anticipación de ciento veinte días calendario, anteriores al vencimiento de cada período. Si antes de la terminación del plazo, una de las partes desea dar por concluido (sic) el contrato, deberá notificar a la otra parte con por lo menos ciento veinte días de anticipación.”. El contrato modificatorio de aquel, otorgado por EMETEL S. A., a favor de TELEHOLDING S. A., en la ciudad de Quito, el día martes 18 de noviembre de 1997, ante el Dr. Edgar Patricio Terán, Notario Quinto del cantón, con relación a dicho plazo, en su cláusula segunda, dispone: “SEGUNDA.- MODIFICATORIA.- Con los antecedentes expuestos las partes, convienen en realizar las siguientes modificaciones al contrato determinado en el numeral 1.1 del presente documento: 2.1.- En la cláusula sexta el texto que dice: ‘La duración del contrato será de tres años, contados a partir de la fecha de suscripción del presente contrato’, se **reemplaza** por el siguiente texto: ‘La duración del presente contrato será de seis años contados a partir de la fecha de la suscripción del presente contrato...’” (subrayado y negrillas de la Sala), por lo que correspondía determinar la fecha desde la que debía comenzar a contarse el plazo que siendo originalmente de tres años pasó a ser de seis, para lo que atendiendo a la disposición aludida por la recurrente, Art. 1561 del Código Civil, debe considerarse el tenor literal de las estipulaciones contractuales, así como la intención de los contratantes, quienes modificaron el tenor del contrato original, suscribiendo uno modificatorio, a efectos de **reemplazar** ciertas convenciones por otras, entendiéndose por reemplazar “**Sustituir algo por otra cosa, poner en su lugar otra que haga sus veces**”. (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Madrid, 2001, pág. 1923), de modo que lo estipulado en el primer contrato fue reemplazado por lo convenido en el segundo, sin que éste último se lo pueda considerar como un nuevo contrato, ni al plazo convenido como una estipulación independiente de aquella a la que reemplazaba y que por tanto, el plazo como tal debía empezar a correr desde el momento de la suscripción del contrato original. Es obvio entender que la intención de los contratantes fue cambiar, transformar, mudar una parte del texto por otra, en este caso concreto el plazo de duración del contrato de tres años por seis años, sin que pueda alegarse que este cambio redunde en los efectos del contrato, no solo porque el texto que consta en el contrato modificatorio es claro y libre de ambigüedades, sino también porque no existe otra estipulación que haga pensar que la intención de las partes era la de que los plazos y efectos del contrato comiencen a contarse desde la fecha en que se otorgó el modificatorio, cuya existencia depende del principal y que tiene por objeto únicamente trocar ciertas condiciones puntuales que éste preveía, siendo claro que lo único que se modificó fue el plazo de duración, y que con respecto a la fecha desde la cual debe contarse el plazo, la estipulación “a partir de la suscripción del presente contrato”, debe tomarse como ratificación de la estipulación contenida en iguales términos en el contrato original, esto

es, que el plazo de los seis años comienza a decurrir desde la fecha de suscripción del contrato original, y no como interpreta la demandante, como la fecha a partir de la cual recién empieza a decurrir el plazo de los seis años, porque en realidad, como queda dicho lo único que ha sido objeto de cambio es el número de años que constituyen el plazo del contrato. Es en este sentido que el Tribunal ad-quem realiza el análisis, pues circunscribiendo su actividad a lo que es materia de la litis, estaba obligado a valorar las pruebas que tienen relación con ella sin que le esté dado analizar la validez o no de la notificación cursada por PACIFICTEL S. A., en la que informa a TELEHOLDING S. A., de su intención de no renovar el contrato y que como ya se dijo no fue objeto de su pretensión. Ateniéndonos al texto de la demanda, y habiendo sido rechazada la pretensión de la accionante respecto de la fecha de vigencia del contrato, la notificación deviene en oportuna, sin que la recurrente pueda restarle valor por el hecho de que su texto haga alusión al "...contrato celebrado entre, en ese entonces, EMETEL S. A., -ahora PACIFICTEL S. A.- y su representada, por escritura pública del 6 de febrero de 1996 ante el Notario 21° del cantón Quito..", en razón de que tal equívoco obedece a un lapsus cálamí que en nada incide ni mucho menos enerva su validez, puesto que de su propio tenor, a través de los demás datos en ella consignados, se entiende con facilidad que el contrato al que se refiere es el suscrito el 16 de febrero de 1996, tanto que en su segundo párrafo dice: "De conformidad con lo acordado en el Contrato Modificatorio, celebrado mediante escritura pública de 18 de noviembre de 1997 que se celebró con EMETEL S. A..." De lo señalado se concluye que el Tribunal ad-quem no incurrió en las infracciones acusadas por el recurrente respecto de la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Por lo expuesto y sin que sea necesaria realizar otra consideración, esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia y rechaza el recurso de casación interpuesto por Mahmud Samandari Sadat-Khamsi, en su calidad de Gerente y representante legal de TELEHOLDING S. A. Sin costas ni multa.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las seis fojas que anteceden, son fieles y exactas a sus originales. Certifico.- Quito, 27 de junio del 2007.

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

No. 228-2007

Juicio Ordinario No. 292-2006 que por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio sigue Fausto López López contra Martha Edilma, Luis Alfonso, Digna Marina, Aída Clemencia, Jaime Olmedo, Marco Tulio, Hilda Emerita, Nely Esperanza y Nancy Zoila López López.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 27 de junio del 2007; a las 09h00.

VISTOS (Juicio 292-2006): En el juicio ordinario que por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sigue Fausto López López, en contra de Martha Edilma, Luis Alfonso, Digna Marina, Aída Clemencia, Jaime Olmedo, Marco Tulio, Hilda Emerita, Nely Esperanza y Nancy Zoila López López, la parte actora ha interpuesto recurso de casación, respecto de la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito, que confirma la del Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha que desecha la demanda. Por el sorteo de ley se ha radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, la misma que mediante providencia de 19 de septiembre del 2006; a las 10h45, ha admitido a trámite el recurso de casación. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** El señor Fausto Enrique López López compareció con su demanda ante el Juez de lo Civil de la ciudad de Quito y demandó a sus padres, Luis Alfonso López y Zoila María López, a fin de que en sentencia se le conceda la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un lote de terreno de dos mil trescientos treinta y dos metros cuadrados de superficie, que lo viene poseyendo y utilizando tanto para vivienda como para su negocio de cerrajería y mecánica, terreno ubicado en la parroquia Chaupicruz de la ciudad de Quito, cuyos linderos lo señala en su demanda y dice que este lote es parte de un inmueble de mayor extensión perteneciente a sus progenitores. Citados los demandados, al contestar la demanda señalan que su hijo es únicamente arrendatario del terreno que pretende obtener por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, que como padres responsables hicieron la donación del 72,97% de los derechos y acciones sobre un inmueble de siete mil cuatrocientos metros cuadrados a favor de todos sus hijos, inclusive el actor, reservándose para ellos el 7.29%; que la demanda es inaceptable y no reúne los requisitos para esta clase de acciones, que es improcedente y carece de fundamentos de hecho y de derecho y que no son los propietarios del lote de terreno materia de la acción, pues como queda señalado hicieron la donación de sus derechos y acciones, por lo que incluso existe falta de legítimo contradictor. Posteriormente, el actor reforma su demanda dirigiéndola también en contra de todos sus hermanos, Martha Edilma, Luis Alfonso, Digna Marina, Aída Clemencia, Jaime Olmedo, Marco Tulio, Hilda Emerita, Nely Esperanza y Nancy Zoila López López, quienes comparecen a juicio y dan contestación a la demanda expresando que el actor es un mero tenedor del lote de terreno materia de la acción y que no tiene la calidad de poseedor, ya que suscribió un contrato de arrendamiento con sus padres, que han realizado actos de señores y dueños como es el caso de la demanda de amparo posesorio que presentaron en contra de la Cooperativa de Vivienda Vista Alegre que pretendió apoderarse del terreno, que no ha permanecido como poseedor y que incluso como arrendatario se encuentra por un período menor al de quince años, es decir, en definitiva negando los fundamentos de hecho y de derecho de la acción. También compareció a esta causa el Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, quien propuso las siguientes excepciones: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho. 2.- Falta de derecho del actor para demandar. 3.- Ilegitimidad de personería. 4.- Nulidad por omisión de la solemnidad

sustancial prevista en el numeral tercero del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil. En primera instancia correspondió conocer de esta causa al Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, quien en sentencia expedida el 3 de junio del 2003; a las 08h30, resolvió desechar la demanda por improcedente. En virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, correspondió conocer este proceso judicial a la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito, la misma que en sentencia de segunda instancia expedida el 22 de marzo del 2006; a las 11h00, negó el recurso de apelación y confirmó la resolución venida en grado que desecha la demanda.

SEGUNDO: En el recurso de casación, que obra de fojas 887 a 890 del cuaderno de segundo nivel, el recurrente manifiesta que se han infringido las disposiciones legales contenidas en los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso de casación en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Al sustentar el recurso de casación, el casacionista manifiesta que: "...no se han aplicado a cabalidad las disposiciones de los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil...", por no haberse apreciado la prueba pedida, presentada y practicada en su conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Omitiendo expresar en la valoración todas las pruebas producidas, para posteriormente señalar: "*La causal en que fundamento este Recurso es la Tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, que se refiere a la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, lo que condujo a los señores Ministros de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Quito, a una equivocada aplicación de las normas de derecho citadas anteriormente...*" (se refiere a los artículos 2410 y 2411 del Código Civil); expresando a continuación que: "*errando además en la interpretación de las normas positivas (sic) que regulan la admisibilidad, pertinencia y eficacia de los medios de prueba, incurriendo por último, en error de aplicación de la norma sustantiva que regula la Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio...*". Además señala el recurrente que al demandarse la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio la acción debe dirigirse en contra de los titulares de dominio del bien objeto de la demanda, que constan como tales en el certificado de gravámenes conferido por el Registrador de la Propiedad, por lo que dirigió la demanda en contra de quienes aparecen como dueños de bien raíz, sin embargo el Tribunal ad-quem pretende conferir igual o mayor valor probatorio a una certificación conferida por parte interesada como es la Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio en la que aparecen como presuntos propietarios de otras partes del inmueble tanto el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito como el señor Richard Mejía Ruiz, desechando el certificado conferido por el Registro de la Propiedad del cantón Quito que es el único que establece la propiedad de los bienes inmuebles y su tradición, así lo establece la disposición de los artículos 702 del Código Civil y 1, 11 y 25 de la Ley de Registro. Que la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, ocasionó que el Tribunal de instancia rechace el recurso de apelación por "falta de legitimación en causa", sin contar que la acción se dirigió contra todas las personas que se creían propietarias del predio singularizado en la demanda. Finalmente expresa que nunca ha existido interrupción civil, pues en el proceso que se encuentra anexado a la sentencia de 13 de febrero de 1997, del Juez Duodécimo de lo Civil de Pichincha, dentro de la causa, No. 1149-96-CM (fojas 382 del IV cuerpo),

ratificada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (fojas 402 y 402 vta.) y el acta de entrega material del inmueble por parte del alguacil.

TERCERO: La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, invocada por el recurrente, dispone: "*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*"; del texto de esta norma de casación se ha determinado que para la procedencia de esta causal es necesario estén reunidos ciertos requisitos, conforme lo ha expresado esta Corte cuando ha dicho: "*El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la fiscalizar o controlar que en esa valoración no se hayan violado normas de derecho que regulan expresamente la valoración de la prueba. En esta virtud, el recurrente para que prospere su recurso de casación debe cumplir las siguientes exigencias: 1.- Identificar el medio de prueba en el que, a su juicio, se ha infringido la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba. 2.- Identificar la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, que estima ha sido transgredida. 3.- Demostrar con razonamientos de lógica jurídica completos, concretos y exactos, en qué consiste la transgresión de la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba. 4.- Identificar las normas sustantivas o materiales que en la parte resolutive de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas, por carambola o forma indirecta, por la transgresión de los preceptos jurídicos que rigen la valoración de la prueba.*"(Resolución No. 713-98. 12-II-1998; JUICIO 249-98). Además, complementando lo que se dice en el citado fallo, al identificar la norma de valoración de prueba, es necesario que el recurrente precise en forma individual el vicio o tipo de infracción en que se ha incurrido, es decir, si la transgresión se ha producido por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. Estos vicios son independientes e incluso excluyentes entre sí, pues no puede atribuirse que al mismo tiempo una determinada norma de valoración de prueba no ha sido aplicada y además indebidamente aplicada, o que sin haber sido aplicada, fue a la vez erróneamente interpretada. En el presente caso y como se dejó anotado en el considerando anterior de este fallo, el recurrente en una parte de su escrito afirma que ha existido una no aplicación de los artículos 117 y 115 del Código de Procedimiento Civil, para luego atribuirles una errónea interpretación de lo que él considera son preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Esta contradicción al formular y sustentar el recurso de casación impide a este Tribunal determinar con certeza si efectivamente se produjo o no una infracción a la ley en el fallo del Tribunal ad-quem, pues no puede esta Sala elegir a su arbitrio cuál de estas dos supuestas transgresiones juzga y analiza.

CUARTO: El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, citado como infringido por el recurrente, dispone que los jueces apreciarán la prueba en su conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, debiendo expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas. La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Quito, en el fallo que es motivo del recurso de casación, ha apreciado la prueba en su conjunto, sin limitarse al documento de la Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio de Quito, como equivocadamente acusa el recurrente, sino a otros medios probatorios, especialmente las escrituras públicas de compraventa y donación, certificaciones del Registro de la Propiedad del cantón

Quito e informe pericial, en los cuales aparece que los demandados, padres de actor, adquirieron el bien inmueble de mayor extensión y del cual es parte el lote materia de la acción, en co-propiedad con otras personas, es decir que pertenece porcentualmente a varios condóminos en derechos y acciones, por lo que llega a la conclusión de que “el legitimado pasivo está incompleto”. Por lo expuesto, la Tercera 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 motivo del recurso de casación. Sin costas, ni honorarios que fijar. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Certifico que las tres (3) fojas que anteceden son fieles y exactas a sus originales. Quito, 27 de junio del 2007.

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

No. 230-2007

Juicio Verbal Sumario No. 92-2007, que por obra nueva sigue Edison Marcelo Cárdenas Maldonado contra Edgar Renán Herrera Santacruz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 27 de junio del 2007; a las 08h33.

VISTOS (92-2007): En el juicio verbal sumario que por obra nueva sigue Edison Marcelo Cárdenas Maldonado a Edgar Renán Herrera Santacruz, el actor deduce recurso de casación contra la sentencia pronunciada por los conjuces permanentes de la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, que confirma la dictada por el Juez Primero de lo Civil de Esmeraldas que desecha la demanda. Concedido el recurso, por el sorteo de ley, ha correspondido su conocimiento a esta Sala, la misma que, para resolver hace las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** Como el artículo 2 de la Ley de Casación, vigente prescribe la procedencia del recurso “...contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo”, hay que examinar, en primer término, si el juicio de obra nueva en estudio pone fin al proceso. Al respecto, el artículo 691 de la codificación vigente del Código de Procedimiento Civil, contenido en el Título II, Sección 11ª “De Los Juicios Posesorios” (dentro de los cuales se encuentra el de obra nueva) dispone que: “Las sentencias dictadas en estos juicios se ejecutarán, no obstante cualesquiera reclamaciones de terceros, las que se tramitarán por separado. El fallo que se pronuncie respecto de dichas reclamaciones podrá rectificar la sentencia dictada en el juicio posesorio...”. Por tanto, si la sentencia dictada

en un juicio posesorio puede ser rectificada por otra que decida reclamaciones de terceros, no puede considerarse como definitivo al primer pronunciamiento. **SEGUNDO:** La necesidad de que las decisiones sean definitivas para que haya lugar al recurso de casación, es reconocida por la doctrina. Así, Manuel de la Plaza afirma que no cabe casación “contra las sentencias dictadas en los juicios posesorios... y ello, porque en los de esta naturaleza, de igual modo que en los ejecutivos, la sentencia, a pesar de ser final en el juicio de posesión, no impide que la cuestión de la propiedad se ventile en el ordinario”. (Subrayado de la Sala). Sostiene además que la casación “no considera más que las sentencias recaídas en el proceso de cognición...” (La Casación Civil, págs. 141 a 145). **TERCERO:** Tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen que los juicios posesorios no son procesos de conocimiento ya que se originan en los interdictos romanos establecidos para regular de urgencia determinado estado posesorio, y sus decisiones, como queda dicho, no son inmutables. En este sentido se ha pronunciado el tratadista Víctor Manuel Peñaherrera, quien asegura que “...Mediante juicio posesorio, el poseedor recobra o afianza su posesión, pero no de modo definitivo, sino precario: es el dueño **presunto** y nada más aunque eso en sí vale mucho. El triunfo en ese juicio no impide en manera alguna el que enseguida pueda disputarse el derecho en juicio petitorio, y declararse que esa posesión amparada y protegida en el posesorio, ha sido injusta e ilegal. El fallo expedido en juicio posesorio, no produce excepción de cosa juzgada en el petitorio y aún respecto de la materia propia del juicio”, teniendo este hecho como consecuencias que: “a) Pendiente el juicio posesorio promovido por el poseedor despojado o perturbado, puede su contrincante suscitarle el juicio ordinario de propiedad...b) el mismo actor en el juicio posesorio, si prevé el mal éxito de su acción o tiene algún otro motivo puede suscitar el juicio petitorio, sin que haya derecho a oponerle la excepción de litis pendencia...” (Víctor Manuel Peñaherrera -La Posesión, pág. 169 y sgts.). Por su parte, Francesco Carnelutti enseña que: “El carácter común entre el proceso cautelar y el proceso posesorio está en que *tanto éste como aquél no son definitivos, en el sentido de que puede desplegarse después de ellos otro proceso (definitivo, tradicionalmente llamado petitorio...)*” (Instituciones del Proceso Civil, pág. 89). **CUARTO:** En este caso se trata de un proceso de obra nueva, que no es otra cosa que una acción cautelar que se deduce por parte del poseedor para que se suspenda la ejecución de la obra denunciada, por un razonable temor de un posible daño en la propiedad que está en posesión del denunciante; y, como establece la doctrina, “...la obra nueva que se ha emprendido no solo debe ser dañosa, según la valoración objetiva del peligro sino una obra ilícita o ilegítima, que atente contra el interés del derecho sustancial del titular del derecho sobre el fundo, sea éste propietario o titular de un derecho real de goce, o poseedor” (Ugo Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo V, pág. 248). Por tanto, dada la naturaleza cautelar propia de esta acción no puede considerarse como un proceso de conocimiento cuya sentencia le ponga fin como exige la ley para la procedencia del recurso, criterio que ha sido aplicado por la Sala en varios recursos de casación propuestos contra las sentencias dictadas en acciones de obra nueva: Res No. 149-2003 publicada en el R. O. No. 138 de 1 de agosto del 2003, Res No. 72-2003 publicada en el R. O. No. 85 de 20 de mayo del 2003, Res. No. 172-2003 publicada en el R. O. No. 172 de 18 de septiembre del 2003. Por todo lo expuesto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de

Justicia, rechaza el recurso de casación interpuesto por el actor y ordena la devolución del proceso al inferior para los fines legales pertinentes. Sin costas ni multa. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Secretaria Relatora.

Las dos fojas que anteceden son fieles copias de su original. Certifico.- Quito, 28 de junio del 2007.

f.) Secretaria Relatora.

No. 231-2007

Juicio verbal sumario No. 131-2007, que por terminación de contrato de arrendamiento sigue Luis Gerardo Moya Granda, Presidente del Consejo Provincialicio Agustiniiano contra Washington Edmundo Aguayo Avilés.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 27 de junio del 2007; a las 08h21.

VISTOS (131-2007): En el juicio verbal sumario que por terminación de contrato de arrendamiento sigue Luis Gerardo Moya Granda en su calidad de Presidente del Consejo Provincialicio Agustiniiano a Washington Edmundo Aguayo Avilés, el demandado deduce recurso de hecho ante la negativa al de casación que interpusiera contra la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Quito, que ratifica en todas sus partes la dictada por el Juez Tercero de Inquilinato de Pichincha que “acepta parcialmente la demanda, declarándose terminado el contrato de arrendamiento existente...”. Radicada que ha sido la competencia en la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en virtud del sorteo de ley, para resolver, considera: **PRIMERO:** Respecto de los requisitos que obligatoriamente debe contener el escrito de interposición del recurso de casación, el artículo 6 de la ley de la materia dispone: “1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales, 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido; 3. La determinación de las causales en que se funda; 4. Los fundamentos en que se apoya”. **SEGUNDO:** A fojas 14 a 14 vta., del cuaderno de segundo nivel consta el escrito de interposición del recurso de casación, el mismo que no cumple con los requisitos obligatorios expuestos en el artículo 6 de la ley de la materia, puesto que, si bien el recurrente determina las causales en las que basa su recurso (causales primera y segunda), no las justifica. En primer lugar, al desarrollar la causal primera era su obligación no sólo determinar las

normas jurídicas que considera erróneamente interpretadas sino atacar las mismas, confrontándolas con la sentencia recurrida, demostrando al Tribunal de Casación cómo la infracción de éstas ha sido determinante de su parte dispositiva. **TERCERO:** Respecto de la causal segunda, el recurrente no señala ninguna norma relativa a las nulidades procesales cuya infracción haya viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, ni indica cómo estos hechos han influido en la decisión de la causa. **CUARTO:** El recurrente, por consiguiente, no cumple con los requisitos de la fundamentación. Esta Sala, respecto de la fundamentación, ha considerado que “es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia”, dice el tratadista Núñez Aristimuño, añadiendo: ‘Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y, al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. /La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imprecisiones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción’” (Juicio No. 270-2002, Resolución No. 29-2004). Por lo tanto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, compartiendo el criterio emitido por el Tribunal *ad-quem* en auto de 10 de noviembre del 2006, rechaza el recurso de hecho y por ende el de casación planteado por el recurrente. Sin costas ni multa. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montaña Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Certifico.- f.) Secretaria Relatora.

Es fiel copia de su original. Certifico.- Quito, 28 de junio del 2007.

f.) Secretaria Relatora.

No. 238-2008

Juicio ordinario No. 295-2004, que por daño moral sigue Zoila Rosa Pesantez Ordóñez contra Joaquín Vicente Jaramillo Carrión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 30 de septiembre del 2008; a las 09h42.

VISTOS (295-2004): El juicio ordinario que por daño moral sigue la señora Zoila Rosa Pesantez Ordóñez contra el señor Joaquín Vicente Jaramillo Carrión sube por recurso

de casación interpuesto por la parte actora de la sentencia expedida por la sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Loja que confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Juez Sexto de lo Civil de Loja que rechaza la demanda y la reconvencción por improcedentes.- Habiéndose radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia y encontrándose al momento la causa en estado en que debe expedirse la sentencia, para hacerlo, se considera:

PRIMERO: La actora, señora Zoila Rosa Pesantez Ordóñez ha comparecido con su demanda ante el Juez de lo Civil de Loja manifestando en lo esencial lo siguiente: Que de la documentación que acompaña a su demanda se desprende que mediante denuncia penal suscrita por el señor Joaquín Vicente Carrión, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Primero de lo Penal de Loja, el demandado le señaló como sospechosa del robo de tres cabezas de ganado vacuno, habiendo obtenido en su contra orden de detención en virtud de la cual le hizo arrestar por la Policía Judicial de Loja para "investigación"; que el denunciante dijo en su denuncia que: "DE INFORMACIONES RESERVADAS SE CONOCE QUE EL TORETE Y EL TERNERO DE MI PROPIEDAD SE ENCUENTRAN EN PODER DE ARNULFO Y ZOILA PESANTEZ, EN EL SECTOR DE TUMIANUMA...", con lo que hace aparecer como configurada la circunstancia prevista en el Art. 172 del Código de Procedimiento Penal que fáculata la detención; que durante su detención la investigación no confirmó las informaciones reservadas referidas por el denunciante como justificativo para obtener su detención, pues ni la Policía Judicial ni el denunciante encontraron las cabezas de ganado en el predio de su propiedad, por lo que tales informaciones jamás existieron; que después de haber sido privada de su libertad por tres días, el juez de la causa dispuso su libertad con fundamento en el informe policial respectivo, del que no aparece hecho alguno que le incrimine ni vincule con el presunto robo; que la imputación que se le hace en la mencionada denuncia, aduciendo la existencia de "informaciones reservadas", la privación de su libertad, su avanzada edad, el conocimiento que de los hechos tiene el vecindario, el deterioro que esto le ocasiona a su buen nombre y las apreciaciones que al respecto cada quien puede hacerse y se hace con grave lesión a su autoestima ha afectado su dignidad personal ocasionándole grave daño moral; por lo que, al amparo de lo dispuesto en el Art. 2 de la Ley No. 171 Reformatoria del Código Civil, publicada en el R. O. de 4 de julio de 1984, en juicio ordinario demanda al señor Joaquín Vicente Jaramillo Carrión el resarcimiento del daño moral que le ha ocasionado, para que en sentencia se le condene al pago de la correspondiente indemnización pecuniaria que corresponda más los intereses a partir de la citación con la demanda, de conformidad con el Art. 101 No. 5 del Código de Procedimiento Civil, así como las costas procesales, expensas judiciales y honorarios profesionales del abogado defensor. Citado que fue legalmente el demandado contesta la demanda oponiendo las siguientes excepciones: 1. Improcedencia de la demanda; 2. Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción; 3. La demanda no reúne los requisitos establecidos en el Art. 71 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no debió aceptársela a trámite. Además reconviene a la actora el pago de la suma de mil dólares por hacerle litigar sin razón. La actora al contestar la reconvencción ha dicho que es injurídica, inepta e ineficaz. Cumplido el trámite de la instancia, el señor Juez Sexto de lo Civil de Loja, por improcedente rechaza la demanda y por improcedente y

falta de prueba rechaza también la reconvencción. De la sentencia de primer nivel la demandante ha interpuesto recurso de apelación. Subida en grado la causa y cumplido el trámite de la instancia la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Loja desestimando la impugnación confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado.-

SEGUNDO: La demandante Zoila Rosa Pesantez Ordóñez en su escrito de interposición del recurso de casación menciona como infringido por errónea interpretación el Art. 1 incisos primero y segundo de la Ley 171 Reformatoria del Código Civil. Basa su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación y lo fundamenta manifestando que la sentencia recurrida "...considera que el haber sido privada de mi libertad durante tres días para 'investigación' respecto de un delito de abigeato no justifica la reclamación de daño moral; que dicha reclamación solo hubiera procedido, según el criterio judicial, en el evento de que la denuncia penal sobre abigeato hubiera sido declarada maliciosa. (...) Si el criterio judicial fuera válido y a su vez fueran aplicables los precedentes jurisprudenciales, los ciudadanos podríamos ser privados de la libertad en cualquier momento, sin que nadie asuma responsabilidad alguna, ni siquiera quien provoca el arresto. Y, es de entenderse que tampoco responderá el Juez que, ante tal presentación de los hechos, ordenó la detención, tanto es así que nada dice el fallo en relación con el Art. 22 de la Constitución de la República, referente al 'error judicial' sobre la prisión de un inocente o la detención arbitraria (...) tergiversando o distorsionando el Art. 1 de la mencionada Ley 171 se exige también en este caso el concurso de la prejudicialidad como antecedente de la acción de daño moral".-

TERCERO: El Art. 2232 de la vigente Codificación del Código Civil que recoge la normatividad que regula la demanda de indemnización, textualmente prescribe: "En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales; cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. / Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito y 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 psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u otras ofensas semejantes. / La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción y 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." La Sala observa que en la especie la accionante propone su demanda contra el señor Joaquín Vicente Jaramillo Carrión quien, según afirma, presentó denuncia penal señalándola como sospechosa del robo de tres cabezas de ganado vacuno y obtuvo orden de detención en su contra, habiéndola hecho arrestar por la Policía Judicial para "investigaciones", en efecto, consta del cuaderno de primera instancia (fs. 44 a 70) copias del proceso penal No. 326-2000 iniciado para descubrir a los autores de la sustracción de tres cabezas de ganado de propiedad del señor Joaquín Vicente Jaramillo Carrión en el Juzgado Primero de lo Penal de Loja, expediente en el que el

agraviado solicitó la detención de los señores Francisco, Vicente y Angel Delgado, y Arnulfo y Zoila Pesantez, la que fue ordenada por el Juez de la causa, quien luego de agotado el trámite dictó "auto de sobreseimiento provisional del proceso declarando que por el momento no puede proseguir se con la sustanciación de la causa", mismo que fue elevado en consulta a la Corte Superior, que lo confirmó en todas sus partes, sin que del texto de dichas resoluciones se advierta pronunciamiento alguno en el sentido de que la denuncia califica como temeraria o maliciosa, ni que exista petición alguna formulada por la ahora demandada para el efecto.- **CUARTO:** Atendiendo el tenor de la norma citada, en cuanto corresponde, encontramos que están obligados a la reparación por daños morales quienes "provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados", de lo que se infiere que no es suficiente que quien persigue el resarcimiento haya sufrido "arresto o procesamiento", sino que uno u otro califiquen con las cualidades exigidas por la ley -ilegalidad o arbitrariedad para el primer caso, o, falta de justificación, para el segundo- o En este sentido se ha pronunciado la Sala en fallos de triple reiteración, al sostener: "para que un procesamiento injustificado constituya delito y de lugar a la acción de daños y perjuicios o daño moral, requiere que el juez penal califique la acusación o la denuncia de temeraria o maliciosa, sólo entonces estaríamos frente a un caso de un hecho ilícito, de abuso del derecho, y como tal, causa eficiente en la acción por daño moral, sin esta calificación, estaríamos frente a un caso de quien actúa conforme a derecho, ajustándose su conducta a los mandatos de la ley y en cumplimiento de los deberes que ella le impone o que son propios de su actuación como miembro de un conglomerado social. Sin el pronunciamiento del juez que califica la acusación, no procede la acción de daños y perjuicios." (texto citado en la Resolución de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de 12 de febrero de 2003; a las 10h10, publicada en la Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11, Pág. 3492). En el caso, no habiendo el juez penal, que conoció de la causa fundamento de la presente acción declarado a la denuncia presentada por el ahora demandado como maliciosa o temeraria, no ha lugar a las indemnizaciones que se reclaman en este juicio por daño moral, en consecuencia no existe por parte del Tribunal Ad quem, errónea interpretación de la norma que la recurrente señala como infringida y que designa como "Art. 1 incisos 1 y 2 de la Ley 171 Reformatoria del Código Civil", cuando en realidad se trata del Art. 2 incisos primero y segundo ibídem.- Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar ninguna otra consideración, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación interpuesto por la señora Zoila Rosa Pesantez Ordóñez.- Sin costas ni multas.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Rubén Darío Andrade Vallejo, Daniel Encalada Alvarado y Manuel Sánchez Zuraty, Magistrados Y Conjuerz Permanente, respectivamente, de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.- Certifico.- f.) Secretaria Relatora.

Las tres fojas que anteceden son fieles copias de su original. Certifico.- Quito, 1 de octubre de 2008.

f.) Secretaria Relatora.

No. 212-2008

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 7 de julio del 2008; las 14h30.

VISTOS (97/2006): El recurso de casación que consta a fojas 343 a 348 del proceso, interpuesto el ingeniero Derlis Palacios Guerrero y la doctora María Eugenia Naula, en sus calidades de Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones y de Asesora Jurídica de ese Ministerio, con delegación del Procurador General de Estado, respecto de la sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, el 7 de diciembre del 2005, dentro del juicio propuesto por el señor Pedro Pablo Romero Mogrovejo, sentencia en la que se "acepta la demanda, declara la ilegalidad y nulidad del acto administrativo dictado por el señor Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones constante en la acción de personal de fecha 23 de octubre del 2001, por el que se destituye al Sr. Pedro Pablo Romero Mogrovejo, disponiendo que el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, en el término no mayor de cinco días de ejecutoriada esta sentencia, reintegre al actor al cargo de Jefe de Contabilidad de la Subsecretaría de Obras Públicas Regional del Austro, proceda a la cancelación total de los haberes dejados de percibir desde su separación hasta que sea legalmente reintegrado a las funciones, en un plazo no mayor de treinta días". La entidad recurrente fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida del artículo 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y por falta de aplicación de los artículos 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 115 (ex 119) del Código de Procedimiento Civil, Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, para resolver se considera: **PRIMERO:** La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el artículo 200 de La Constitución Política de la República y la Ley de Casación. **SEGUNDO:** Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar. **TERCERO:** En el caso *sub judice*, el actor acude a la vía judicial y mediante recurso subjetivo o de plena jurisdicción, impugna la acción de personal 01.2001.01.01.4.5. No. 17 de 23 de octubre del 2001, suscrita por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOP), por la cual se destituye al señor Romero Mogrovejo del cargo de Jefe de Contabilidad de la Subsecretaría del Azuay, "como consecuencia del Sumario Administrativo instaurado por los resultados del Informe de Auditoría AI. 2001.04.09, a la Cuenta Caja-Bancos, Inventario para Consumo Interno y Activos Fijos de la Subsecretaría del Azuay, cuyas transgresiones a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y otras constan en el dictamen del 22 de octubre del 2001 del Director de Recursos Humanos...". El actor pretende que se declare la nulidad del referido acto administrativo, que se disponga su inmediata restitución al cargo; y, que se ordene el pago de todas las remuneraciones que dejó de percibir desde la separación de sus funciones hasta su restitución efectiva. **CUARTO:** El artículo 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa dispone: "Igualmente

percibirán en el plazo de sesenta días la acción de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias que contempla esta ley y las sanciones impuestas en cada caso... El [plazo] previsto en el inciso segundo correrá desde la fecha en que la autoridad tuvo conocimiento de la infracción o desde que se decretó la sanción". De la norma jurídica transcrita se desprende, con toda claridad, que ella entraña dos situaciones diferentes: por una parte, la prescripción de la acción de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias; y, por otro lado, la prescripción de las sanciones impuestas. En el primer caso, tal prescripción se produce cuando ha transcurrido un plazo de más de 60 días contados desde la fecha en que la autoridad tuvo conocimiento de la infracción hasta la fecha en la cual dicha autoridad impuso la sanción disciplinaria; y en el segundo caso, la prescripción de la sanción se produce cuando, asimismo, han transcurrido 60 días desde la fecha en que se impuso la sanción hasta la fecha en que se ejecutó ésta.

QUINTO: Para resolver la acusación de aplicación indebida de la referida norma propuesta por la entidad recurrente, la Sala formula las siguientes consideraciones: a) Consta de fojas 206 a 211 del proceso, el memorando número 513-DRH-ADS de 23 de octubre del 2001, suscrito por el Director de Recursos Humanos del MOP, que contiene el dictamen del sumario administrativo instaurado contra el actor; en la parte introductoria del referido dictamen, se hace referencia al antecedente y motivo por el cual se inició un expediente contra dicho servidor público, esto es "el informe de la Dirección de Auditoría Interna A.I. 2001-03-09 del Examen Especial a las Cuentas: Caja-Bancos, Ingresos y Gastos; Inventario para Consumo Interno y Activos Fijos de la Secretaría de la zona V de Cuenca del periodo comprendido del 01-05-96 al 31-03-2000, por las presuntas responsabilidades administrativas que se le imputan al señor Pedro Pablo Romero Mogrovejo...", documento que fue puesto en conocimiento del Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones, el 11 de julio del 2001, según consta a fojas 10 del proceso. Conforme consta en el expediente, sólo el 17 de septiembre del 2001, el Ministro de la referida cartera de Estado dispuso el inicio de la investigación para establecer las presuntas responsabilidades administrativas, con fundamento en los resultados del referido Examen Especial practicado por auditoría interna del MOP. Finalmente, el 23 de octubre del 2001, concluye dicho sumario con la destitución del servidor; acto administrativo que se impugna. b) Con este antecedente cronológico, es fácil verificar que el proceso de investigación para determinar responsabilidades administrativas del mencionado funcionario excedió el plazo de 60 días previsto en la ley, en el cual la autoridad puede ejercer la facultad sancionadora, plazo que se ha de contar desde la fecha en que aquélla tuvo conocimiento de la infracción hasta la fecha en que se impuso la sanción por dicha infracción, sin que se pueda considerar, la fecha en la que inició el trámite administrativo correspondiente. Por tanto, no existe errónea interpretación del artículo 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la época del reclamo.

SEXTO: En relación con la falla de aplicación de los artículos 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 115 (antes 119) del Código de Procedimiento Civil, el recurrente ha invocado la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Para que prospere un recurso fundado en la referida causal, esta Corte ha señalado, en múltiples ocasiones, que el recurrente debe: a) identificar la prueba o pruebas respecto de las causales el Tribunal distrital ha infringido el ordenamiento

jurídico, b) establecer la norma o normas de tasación o procesales que estima infringidas, c) demostrar razonadamente la manera en que el Tribunal ha incurrido en la infracción, d) señalar la norma o normas de derecho sustantivo que, para efecto de la violación de orden procesal, han dejado de ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente; y, e) la manera en que esto último se ha producido. Se acusa al fallo objeto del recurso de falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: "*La prueba deberá ser apreciada en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescriptas en la ley sustantivas para la existencia o validez de ciertos actos. El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa.*" Las reglas de la sana crítica son reglas de la lógica y de la experiencia humana suministradas por la psicología, la sociología, otras ciencias y la técnica, que son las que dan al Juez conocimiento de la vida y de los hombres y le permiten distinguir lo que es verdadero y lo que es falso. Este artículo no contiene, en realidad, una regla sobre valoración de la prueba, sino un método para que el juzgador valore la prueba. El recurrente no especifica las pruebas respecto de las causales el Tribunal *a quo* ha infringido el ordenamiento jurídico y mucho menos hace referencia a la norma de derecho sustantivo indirectamente vulnerada por la infracción a la norma procesal. En este sentido, no se encuentran acreditados los requisitos de procedencia de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Por último, llama la atención que los funcionarios competentes del Ministerio de Obras Públicas, que tenían a su cargo el ejercicio de la facultad sancionadora, no la hayan ejercido en debida forma, conforme dispone la ley, con el fin de determinar responsabilidades administrativas y dictar la sanción respectiva al servidor público. Por las consideraciones expuestas, que se limitan al análisis de las cuestiones que fueron materia del recurso de casación, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación interpuesto. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

Certifico.-

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

Quito, hoy día lunes siete de julio del dos mil ocho, a partir de las diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y sentencia que antecede, al actor, Pedro Romero Mogrovejo, en el casillero judicial No. 2261; y a los demandados por los derechos que representan señores: Ministro y Asesora Jurídica de la Subsecretaría del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, en el casillero judicial No. 984 y Director Regional de la Procuraduría General del Estado, en el casillero judicial No. 1200.- Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las cuatro (4) copias fotostáticas que anteceden son iguales a su original. Certifico.- Quito, 11 de julio del 2008.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

No. 214-2008

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 9 de julio del 2008; las 09h00.

VISTOS (92-2006): El recurso de casación que consta a fojas 261 a 265 del proceso, interpuesto por el doctor Camilo Mena Mena, Director Nacional de Patrocinio, Delegado del Procurador General del Estado, respecto del auto expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, Primera Sala, el 21 de junio del 2005, a las 09h00, dentro del proceso signado con el número 9747-NR, propuesto por el Coronel Gualberto Napoleón Villa Barragán contra la Junta Calificadora de Cesantía de la Policía Nacional; auto que corre a fojas 255 a 257, con el que el Tribunal *a quo* niega la solicitud de revocatoria que efectuó el recurrente respecto del auto de 13 de junio del 2005, dictado dentro del procedimiento de ejecución de la sentencia expedida el 22 de septiembre del 2004, por la que “*se acepta en parte la demanda, se declaran sin valor jurídico las resoluciones impugnadas, y se ordena pagar al actor la diferencia entre el seguro de cesantía vigente a 1998 y el fijado para el año 2001, dentro del término de quince días, sin que proceda el pago de los intereses reclamados por no haberse declarado anteriormente su legalidad*”.- El recurrente fundamenta su recurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación y sostiene que en el fallo recurrido se registra falta de aplicación de los artículos 254, 257, 261 y 448 del Código de Procedimiento Civil. A fojas 3 del expediente de la Corte Suprema consta el auto de calificación y admisión del recurso de casación. De este modo y en virtud del artículo 200 de la Constitución Política, ha llegado a conocimiento de esta Sala, la causa número 9747-NR, en su etapa de ejecución y a este respecto, se considera: **PRIMERO:** El artículo 61 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala: “*Cuando el procedimiento contencioso-administrativo adoleciere de vicios que causen su nulidad, ésta será declarada y se ordenará la reposición del proceso*”. De conformidad con el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil, el proceso es nulo, en todo o en parte, cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales, o se ha producido una violación de trámite, según lo previsto en el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil establece que la violación del trámite que debe darse a la causa anula el proceso y esta nulidad debe ser declarada, aun de oficio, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la desición de la causa. **SEGUNDO:** La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el artículo 77, establece que en todo lo no previsto en la referida ley se aplicarán, en cuanto fueren pertinentes, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. La determinación del *quantum* de la obligación a cargo del condenado en la causa

es una competencia exclusiva del Juez de la causa, según lo previsto en el artículo 275 de Procedimiento Civil, obligación que, en ciertos casos (intereses, frutos e indemnizaciones), se extiende a la determinación de los criterios de cuantificación de la obligación, cuando no es posible fijar montos con exactitud en la sentencia (en ese sentido dispone el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil). Cuando, como en el caso, el Juez no puede efectuar, o no ha efectuado, por cualquier razón, las operaciones necesarias para determinar el *quantum* de la obligación a la que se condena a una de las partes litigantes, en la etapa de ejecución (una vez ejecutoriada una sentencia), se puede designar peritos y a tal efecto, según sea la materia, se ha de aplicar el régimen especial previsto en el artículo 438 del Código de Procedimiento Civil, o el general, contenido en los artículos 250 a 263 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de asuntos litigiosos que demanden conocimientos específicos sobre alguna ciencia, arte u oficio. En cualquiera de los casos, es el Juez el único sujeto procesal que puede determinar el *quantum* de la condena, y no les corresponde a las partes que hayan litigado hasta concluir el proceso con sentencia, definir el contenido de la condena, como si se tratase de una transacción. Por esta razón, según lo previsto en el artículo 489 del Código de Procedimiento Civil, ya en la etapa de ejecución de una sentencia, se establece: “*En la fase de ejecución del fallo, podrán alegarse pago efectivo, transacción, compensación, compromiso en árbitros, novación, espera, el pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación, siempre que fueren posteriores a la sentencia. El Juez admitirá estas alegaciones únicamente cuando consten de documento público, documento privado judicialmente reconocido o confesión judicial y su resolución causará ejecutoria.*” Es evidente que, conforme a la norma citada, es posible para las partes transigir sobre el contenido de la obligación materia de la condena; pero no sobre la condena misma, que forma parte consustancial del ejercicio de las potestades jurisdiccionales, a cargo del Juez de la causa. A este criterio es necesario agregar las limitaciones propias de la transacción en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa y, en general, en el sector público. En efecto, toda transacción, en estos casos, exige la intervención de la Procuraduría General del Estado, en los términos establecidos en los artículos 5, literal f, y 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. **TERCERO:** En la causa puesta a conocimiento de la Sala, en la etapa de ejecución, se observa lo siguiente: a) El 22 de septiembre del 2004; a las 10h00, el Tribunal *a quo* pronunció sentencia que, posteriormente, se ejecutorió; b) El 9 de noviembre del 2004, el representante legal, de la entidad condenada aceptó el contenido de la sentencia y remitió una liquidación que, a su juicio, era la que correspondía para la ejecución de la sentencia; c) El 11 de noviembre del 2004; a las 15h00, el Tribunal *a quo* corrió traslado al actor con el escrito del Director Ejecutivo del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional; d) El 15 de noviembre del 2004, el actor ingresó un escrito en el que manifestó su acuerdo con el planteamiento de la entidad condenada; e) El 16 de noviembre del 2004, la Procuraduría General del Estado cursó un escrito, oponiéndose a la liquidación efectuada por la entidad condenada, y solicitando, se nombre un perito liquidador; y, f) Finalmente, el Tribunal *a quo*, mediante providencia de 7 de diciembre del 2004; 18h00, desechó la petición de que se designe a un perito y ordenó el pago según la liquidación efectuada por una parte procesal, con el argumento de que

la designación del perito únicamente podía ser impulsada por el Servicio de Cesantía de la Policía Nacional. A partir de esta providencia se generan los incidentes que dieron origen al auto de 21 de junio del 2005; a las 09h00, respecto del que se presentó el recurso de casación que ha permitido a esta Sala conocer sobre la tramitación que se ha dado a la etapa de ejecución en la causa número 9747-NR, propuesta por el Coronel Gualberto Napoleón Villa Barragán contra la Junta Calificadora de Cesantía de la Policía Nacional. **CUARTO:** Es criterio de esta Sala que el Tribunal *a quo*, al dictar la providencia de 7 de diciembre del 2004; 18h00, violó el procedimiento de ejecución de la sentencia expedida el 22 de septiembre del 2004; a las 10h00, pues, admitiendo el acuerdo de las partes litigantes, manifestando por separado en sendos escritos de 9 y 15 de noviembre del 2004, en relación con el *quantum* de la obligación a cargo del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, omitió su deber de fijar el *quantum* de la condena en la etapa de ejecución, por sí mismo, e incluso con el auxilio de un perito, según el régimen señalado en el considerando segundo de esta sentencia, previo a admitir cualquier tipo de acuerdo entre los litigantes, con el agravante de entender que la manifestación de la voluntad del Servicio de la Cesantía de la Policía Nacional bastaba por sí misma, haciendo caso omiso de las observaciones de la entidad competente para autorizar todo tipo de transacción judicial en el sector público. De este modo se ha permitido una condena acordada por los litigantes y no determinada por el Tribunal *a quo* en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales. El dato que confirma la apreciación de esta Sala, en relación con la forma en que se ha fijado el *quantum* de la obligación a cargo de la entidad condenada (por acuerdo de las partes), está dado por el hecho de que en la providencia de 7 de diciembre del 2004; 18h00, el Tribunal *a quo* no define los criterios por los que establece el monto de la obligación, remitiéndose, únicamente, a la liquidación practicada por una de las partes litigantes y aceptada por la otra, lo que hace de la providencia, además, un instrumento carente de motivación, en los términos previstos en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política. Debe subrayarse el hecho de que, si las partes hubiesen llegado a un acuerdo regularmente, en cualquier caso, debían obtener la autorización del Procurador General del Estado, según los artículos 5, literal f y 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. **QUINTO:** Ahora bien, el problema del vicio en el procedimiento aplicado para ejecutar la sentencia expedida el 22 de septiembre del 2004; a las 10h00, puede tener efectos determinantes en la resolución, pues, es claro que, de conformidad con la sentencia que se ejecuta, el actor en la causa tiene derecho, exclusivamente, a la diferencia entre lo que percibió en el año 1998, y lo que debía percibir en el año 2001, por concepto de seguro de cesantía, determinado en el valor real de la moneda que sirve de comparación en cada momento. Por las consideraciones vertidas, esta Sala Resuelve: Declarar la nulidad del proceso desde fojas 225 (inclusive) a costa de los señores magistrados del Tribunal *a quo* actuantes. Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Quito, el día de hoy miércoles nueve de julio del dos mil ocho, a partir de las dieciséis horas, notifiqué la nota en relación y auto que anteceden al actor, Gualberto Villa Barragán, en el casillero judicial No. 1800 y a los demandados, Presidente de la Junta Calificadora de Cesantía de la Policía Nacional y Presidente de la H. Junta de Apelaciones del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, en el casillero judicial No. 2244, al Director Ejecutivo del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, en el casillero judicial No. 2412 y al Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200. Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en cuatro (4) fojas útiles anteceden son iguales a sus originales que reposan en la Resolución No. 214-08 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Gualberto Napoleón Villa Barragán en contra de la Junta Calificadora de Cesantía de la Policía Nacional y Procurador General del Estado. Certifico.- Quito, a 21 de julio del 2008.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

No. 217-08

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 11 de julio del 2008; las 10h00.

VISTOS (447-06): El recurso de casación que consta a fojas 224 a 230 del proceso, interpuesto por el señor Agustín Salcedo Montesdeoca, respecto de la sentencia de mayoría expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, el 17 de mayo del 2006; a las 14h33, dentro del proceso signado con el número 114-03-3, promovido por el recurrente, por sus propios y personales derechos y por los que representa de la menor de edad Victoria Salcedo Portocarrero, en contra del Consejo Nacional de Electricidad y de la Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. EMELEC. En la sentencia objeto del presente recurso, el Tribunal *a quo* "*declara extinguida por efectos del tiempo transcurrido la acción contenciosa administrativa y por tanto sin lugar la demanda*". El recurrente fundamentó su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación y considera infringidos en la sentencia objeto de este recurso los artículos: 65 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa; 38 de la Ley de Modernización y 211 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, para resolver, considera: **PRIMERO:** La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación. **SEGUNDO:** Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad

alguna que declarar. **TERCERO:** El recurrente estima que el fallo objeto del recurso incurría en infracción del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En esta materia, el Tribunal *a quo*, en el considerando segundo de la sentencia materia del recurso, sostiene: “...*al Tribunal no le cabe duda alguna que el derecho para impulsar la acción de reparación directa nació el día siguiente hábil en que la niña Victoria Salcedo Portocarrero recibió la primera amputación que fue el 12 de noviembre del 2001. En la especie la demanda fue presentada ante la jurisdicción contencioso administrativa el 2 de mayo del 2003, es decir, cuando había discurrido con exceso el término de noventa días que disponía el actor para formular su acción, la misma que caducó ipso-jure por efectos del tiempo transcurrido*”. En este contexto, el Tribunal *a quo* abunda en razones para declarar la caducidad del derecho a demandar en virtud del primer inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Esta Sala, en un caso similar que sirve de referente (Resolución 168-2007 de 11 de abril del 2007, juicio número 62-2005, Andrade c. CONELEC y otro) manifestó que, en las acciones dirigidas a obtener la indemnización y reparación por daños materiales o morales, con base en el artículo 20 de la Constitución Política, el plazo de caducidad del derecho a demandar es de cinco años, según el último inciso del artículo 65 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues, el primero de los incisos, se refiere exclusivamente a la impugnación de actos administrativos expresos, que son los únicos que pueden ser notificados. Así, en lo que respecta a la oportunidad con la que se ha presentado la demanda en este proceso, en relación con el tiempo de caducidad del derecho de la acción en la vía contencioso administrativa, en razón del momento en que pudo ser deducida la acción, esta Sala encuentra que fue presentada dentro del plazo de los cinco años, y por tanto, el Tribunal *a quo*, aplicó indebidamente el primer inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En efecto, el suceso que motiva la demanda acaeció el 11 de noviembre del 2001 y la demanda fue propuesta el 2 de mayo del 2003, luego de un procedimiento en sede administrativa, que concluyó con la negativa del CONELEC, contenida en el oficio número DE-03-0153 de 4 de febrero del 2003, suscrito por el Director Ejecutivo de dicho Consejo. Debe notarse que la demanda no se dirige a impugnar el acto administrativo con el que se niega la pretensión del actor en sede administrativa (fs. 23) sino a conseguir que se condene a los demandados a un “*resarcimiento compensatorio por los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por las fatales descargas eléctricas que tuvieron su causa directa en la patente deficiencia prestacional del servicio público de fluido eléctrico, indemnización que solicitó con la legitimación suficiente por ser padre de la menor incapacitada permanentemente*” (fs. 15). Por lo manifestado, corresponde casar la sentencia y de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación, dictar la que corresponde. **CUARTO:** El señor Agustín Bolívar Salcedo Montesdeoca, por sus propios derechos y por los que representa de su hija, menor de edad, Victoria Salcedo Portocarrero, dedujo, el 2 de mayo del 2003 (fs. 7 a 16) una demanda con la que pretende que su hija sea indemnizada por los daños materiales y morales derivados de una descarga eléctrica, “*indemnización que solicito - manifiesta el compareciente - con la legitimación suficiente por ser el padre del menor incapacitado permanentemente*”. Fundamenta su demanda, principalmente, en los artículos: 1, 18, 20 y 249, inciso segundo, de la Constitución Política

del Estado, 12, 13 y 14 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico; 2, letra ch, 209 y 212 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (según su reforma publicada en el Registro Oficial número 733 de 27 de diciembre del 2002); y 38 de la Ley de Modernización del Estado. El compareciente señala, los siguientes hechos relevantes: a) El día 11 de noviembre del 2001, la menor de edad Victoria Dense Salcedo Portocarrero recibió una descarga eléctrica, proveniente de un cable de alta tensión, localizado frente al balcón del inmueble ubicada en la ciudadela Modelo, en la calle Octava y avenida Tercera; b) La menor alcanzó el cable con una varilla metálica; c) El cable del que provino la descarga se encuentra a menos de metro y medio de ese balcón y no tiene protección alguna; d) La menor sufrió quemaduras de III grado de 22.5% SCQ, por lo que sufrió: “*amputación del tercio superior de pierna izquierda y tercio superior de antebrazos derecho e izquierdo (12-11-01), amputación a nivel de tercio inferior de brazos izquierdo y derecho y tercio inferior de muslo izquierdo (16-11-01), desarticulación de brazo a nivel de hombro izquierdo y amputación de tercio medio de brazo derecho (23-11-01) y amputación a nivel de tercio superior de brazo derecho y tercio medio de muslo izquierdo (6-12-01)*”. A fojas 35 y 36 del proceso, compareció el señor Glenn M. Goldhagen, a nombre y representación de la empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. y propuso las siguientes defensas y excepciones: a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; b) Nulidad procesal, en virtud de las causales 2, 3 y 4 del Código de Procedimiento Civil; c) Ilegitimidad de personería activa; d) Incompetencia del Tribunal en razón de la materia; e) Falta de poder del actor. Esta demandado adicionalmente, protestó por considerar que al momento de calificar la demanda no se cumplieron los requisitos previstos en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil. Debe señalarse que en el escrito de contestación de EMELEC no consta fundamentación alguna (*causa petendi*) sobre sus defensas y excepciones y que dicho demandado se concretó a desarrollar las razones por las que considera que se ha infringido el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil. En esta materia, ya se ha insistido que, de conformidad con el artículo 102 del Código de Procedimiento Civil, el demandado no podrá cumplir su propósito de oponerse de manera específica a las pretensiones del actor, con una contestación a la demanda en la que no determine lo que admite o niega de la demanda, o sin que establezca con precisión las razones jurídicas y fácticas por las que propone una determinada defensa o excepción. Las deficiencias en una contestación a la demanda, en la que simplemente se enlistan defensas y excepciones, sin fundamentación de ningún tipo, no pueden ser subsanadas por el Juez, a través de la presunción de una *causa petendi* que no consta en la contestación a la demanda, pues, en este caso y en principio de lealtad procesal y el debido proceso, las partes sólo podrán ejercer su derecho de contradicción durante el proceso, si conocen con claridad lo que alega cada una de ellas en defensa de sus intereses. Finalmente a fojas 49 y 50, el CONELEC compareció e interpuso las siguientes defensas y excepciones: a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; b) Incompetencia del Tribunal; c) Improcedencia de la acción, porque “*los perjuicios sufridos por el administrado fueron causados por su propia negligencia, impericia, culpa...no hubo una deficiente prestación del servicio, hubo una descarga debida al accionar de una menor, cuya culpa en la generación del siniestro no puede*

generar indemnización”; “...porque si se supiese que la menor no fue agente externo catalizador de todos estos eventos, la descarga se debió producir por caso fortuito o fuerza mayor”; porque la demanda no reúne los requisitos previstos en el numeral cuarto del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, y porque al CONELEC no se le puede obligar hacerse responsable de los actos de EMELEC, porque esta empresa no depende ni legal ni contractualmente de CONELEC. En estos términos, ha quedado fijada la materia de la litis. **QUINTO:** Sobre el *thema decidendum*, esto es, la responsabilidad extracontractual del Estado, esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los lineamientos generales para la adecuada interpretación del artículo 20 de la Constitución Política, en un juicio similar, mediante Resolución 168-2007, de 11 de abril del 2007, caso número 62-2005, Andrade c. CONELEC y otro y en las resoluciones números 414-2007 de 2 de octubre del 2007, caso 19-2005, Hermida Moreira y otros c. Municipalidad de Cuenca; y, 457-2007 de 16 de noviembre del 2007, caso 71-2005, López Yáñez c. Presidente de la República. En estos casos se ha señalado lo siguiente: La responsabilidad extracontractual del Estado hace parte, pese a la especialidad derivada del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en el Derecho Administrativo de la construcción de una teoría general de la responsabilidad. Los elementos fundamentales de esta teoría, trazados desde la perspectiva del derecho privado, han sido ya definidos por la Corte Suprema de Justicia, en múltiples ocasiones. De manera sintética, esta concepción puede ser expuesta en los siguientes términos: a) Las obligaciones civiles nacen, entre otras fuentes, “a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos” (artículo 1453 Código Civil); b) La responsabilidad civil extracontractual es directa, cuando se deriva de acciones u omisiones, dolosas o culposas, propias del sujeto obligado; c) La responsabilidad extracontractual es indirecta, cuando los daños son causados por personas que están a cargo, cuidado o dependencia del obligado, o, se derivan de los bienes que son de su propiedad o de los que se sirve; d) Son presupuestos materiales para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto y una relación de causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño producido; e) Es jurídicamente relevante el daño cierto, sea éste actual o futuro: se entiende por daño cierto, la afectación probada a un interés jurídicamente protegido, es actual, el daño que ya se ha producido, v. gr., el daño emergente y es futuro el daño que objetivamente se espera, v. gr., lucro cesante; f) Si se afecta el patrimonio de las personas, se considera que el daño es material; en tanto que si la afectación se refiere a cualquier aspecto extrapatrimonial de la persona, el daño es moral; g) El grado de culpabilidad define la intencionalidad con la que el sujeto actúa en relación con los efectos dañosos que se desprenden de su conducta: se dice que existe dolo, cuando el sujeto busca, a través de su conducta, producir la afectación; hay culpa, cuando el sujeto, sin intención de provocar un daño, lo produce en razón de su imprudencia, negligencia o impericia al obrar, la culpa es grave, leve o levisima, según lo previsto en el 29 del Código Civil, h) La responsabilidad es subjetiva, cuando se la hace depender de la culpabilidad del sujeto de cuya conducta se deriva el daño. En el caso de las denominadas actividades riesgosas, la culpa se presume, de tal forma, que le corresponde al sujeto demostrar que su conducta se ha ajustado al nivel de diligencia que la ley le exige en su actividad. De otra parte,

la responsabilidad es objetiva, si ella depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto, por lo que, poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa; i) La relación causal entre el hecho ilícito y el daño considerados; se ha de calificar con criterios de razonabilidad por parte de los juzgadores, en cada caso concreto, esta Sala entiende que las distintas teorías sobre la calificación del nexo causal, que han sido sustentadas por la doctrina, son para el juzgador una guía importante, pero no limitan su facultad de calificar los hechos relevantes sobre las circunstancias específicas de los asuntos puestos a su consideración. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho público, la doctrina más calificada recomienda y así lo asume esta Sala, que existen ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Se examina con detalle el tema en los literales que se enuncian en los párrafos que siguen: a) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. Así, es principio fundamental en la organización del Estado, la solidaridad y en virtud de ella, los administrados se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales (ver entre otras normas, el artículo 97 de la Constitución Política) que permiten hacer efectivo el conjunto de los correlativos derechos de los que las personas humanas somos titulares. En este sentido, el preámbulo de la Constitución Política señala: “El Pueblo del Ecuador... fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana...establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social” (el subrayado es de la Sala). La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma Constitución Política no deban ser también efectivos, lo que es posible a través de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que, en apariencia, se encuentran en conflicto. De tal forma que, en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual deba ceder ante ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a reestablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o empleados públicos., cuando asigna la responsabilidad al Estado en el evento de que se cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento. En efecto, esta norma, en su parte pertinente, establece: “Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia... de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos”. De la misma manera, cuando el referido artículo 20 ibidem hace referencia a la “prestación deficiente de servicios”

públicos” no califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente sino al defecto funcional del servicio. b) Consecuencia del enunciado precedente es el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no pueda ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentre fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el Administrador, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea importante en el sistema de responsabilidad, pues, como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (artículo 20 de la Constitución Política), la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados. En este punto, es importante aclarar que la responsabilidad del Estado, tal como ha sido perfilada, no se adecua tampoco, a la idea de la culpa presunta, propia, por ejemplo, de la realización de actividades de riesgo o la de la responsabilidad por actos de terceros. Esto se debe a que, según la tesis de la culpa presunta, bastaría probar-presuponiendo la revisión de la carga de la prueba- que el efecto dañoso no se deriva de la negligencia, imprudencia o impericia de los sujetos a cargo de la actividad pública, o con más exactitud, que el comportamiento de estos sujetos se ha ajustado a las reglas jurídicas y técnicas previstas para el ejercicio de la actividad pública de la que se trate. Sostener esta posición significaría considerar que los efectos de la actividad pública, socialmente intolerables por su injusticia o ilicitud, son irrelevantes, porque la conducta de los agentes públicos se ha arreglado a las formas determinadas por otros agentes públicos, y que, las instituciones del Estado, con competencias normativas, son irresponsables frente a la deficiencia de la regulación y sus efectos dañosos. c) La responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa. En tal virtud, el Estado no responde por los perjuicios que su actividad pueda provocar en las personas, los bienes o el ambiente, como lo hace toda persona por el hecho o conducta de los que estuvieran bajo su cuidado o dependencia, según el régimen previsto en los artículos 2220 y siguientes del Código Civil. Esto se debe a que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, en cuanto sujetos de imputación jurídica, es distinta e independiente a la responsabilidad pública que se deriva del ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública. El comportamiento de un funcionario o empleado público, es a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo, cuando se analizan sus relaciones con el administrado. Cosa distinta es la revisión de este comportamiento, personal e individual, para determinar la responsabilidad del funcionario o empleado frente al Estado, por el inadecuado ejercicio de sus competencias. d) Se ha insistido en que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene origen en la injusticia o ilicitud de la afectación de las personas, bienes o el ambiente, originada en la actividad pública, por ello, es necesario clarificar el sentido que se adopta al hacer referencia a la injusticia o ilicitud de la afectación, es decir,

delimitar lo que ha de entenderse por daño indemnizable. En principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad. Ahora bien, la calificación de un hecho como “*afectación injusta*” es una materia sujeta al criterio judicial, según las reglas de la sana crítica, que puede ser objeto de control con base a la razonabilidad de dicho criterio esto es su motivación. Sin embargo, parece conveniente señalar que la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido principio de igualdad material en la distribución de las cargas públicas. Se trata entonces, de una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados. En lo que se refiere a una “*afectación ilícita*”, el criterio de calificación está ligado a los deberes constitucionales de los administrados, en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual sino media un deber constitucional que se lo haya impuesto. En este caso, el deber jurídico de soportar la carga pública no podría provenir únicamente de normas de rango inferior, pues, de otro modo, se haría impracticable la responsabilidad del Estado que ejerce potestades normativas. Así por ejemplo, es evidente que no se puede esperar que el administrado deba soportar la expropiación de sus bienes sin el pago del justo precio, aunque legal o reglamentariamente se hubiese admitido esta posibilidad. En este caso ejemplificado, la expropiación practicada de la manera en que se ha regulado, supone una afectación ilícita en el patrimonio del administrado, que debe ser reparada en razón de la responsabilidad extracontractual del Estado como legislador. e) Definido el carácter de la responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, bienes o el ambiente, es evidente que, demostrado el daño indemnizable, resta únicamente determinar la vinculación, en una relación de causa-efecto de la actividad pública de la que se trate con el referido daño. Se trata, pues, de atribuir los efectos dañosos a la realización de una actividad pública específica. En este sentido, las instituciones del Estado únicamente podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiese sufrido un daño demostrado e indemnizable, si prueban que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima. Se hace notar, sin embargo, que la responsabilidad extracontractual del Estado no se enerva si la afectación a las personas, sus bienes o al ambiente, no son atribuibles de manera exclusiva a las circunstancias eximentes de responsabilidad enunciadas. Todos estos criterios, que no requieren modificación o aclaración alguna, han servido de referente para las decisiones adoptadas en materia de responsabilidad extracontractual del Estado. **SEXTO:** EMELEC ha planteado la nulidad del proceso por la causal segunda del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil (actualmente, artículo 346); asimismo, el CONELEC ha planteado como excepción la incompetencia del juzgador para conocer el caso. A este respecto, es necesario señalar que toda actividad pública se verifica a través de actos, hechos y contratos; de tal forma que la prestación de cualquier servicio público, por ser una actividad pública, presupone la existencia de una serie de actos, hechos y contratos de los que resulta la prestación del servicio. Cuando se alega que el Estado ha incurrido en responsabilidad extracontractual por deficiencia en la prestación de servicios públicos, no se está atacando

únicamente un específico acto, hecho o contrato administrativos, sino el efecto que, en conjunto, todos ellos, los necesarios para la prestación del servicio, han producido. Se evalúa un defecto sistémico, funcional, de la actividad pública (que, se insiste, se efectúa a través de actos, hechos y contratos), en este caso, para la prestación del servicio público que ha dado origen a un daño indemnizable. Ahora bien, a la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 2 de mayo del 2003 (fs. 16), se encontraba vigente el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, por la redacción dada por el artículo 1 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial número 483 de 28 de diciembre del 2001. Esta norma señala que: *“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. 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”* (el subrayado es de la Sala). De tal forma que, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, cuando el administrado acude a la función judicial para hacer valer su derecho a ser indemnizado por la responsabilidad extracontractual del Estado prevista en el artículo 20 de LA Constitución Política del Estado, debe hacerlo ante el Tribunal distrital de su domicilio, que es competente para conocer *“toda demanda que se derive”* de actos, hechos y contratos administrativos que, como queda indicado, son considerados en conjunto, sin determinación de ninguna clase, porque se los presupone para toda prestación de un servicio público como actividad pública, cuya deficiencia funcional haya causado un daño indemnizable. Esta Sala, de otra parte, funda su competencia en el artículo 200 de la Constitución Política y la Ley de Casación vigente, particularmente en el artículo 16, en lo que respecta a la competencia para dictar la sentencia correspondiente en el caso, luego de haber sido casada aquélla que fue materia de un recurso de casación. Por estas consideraciones no son admisibles las excepciones de incompetencia propuestas por EMELEC y CONELEC. **SEPTIMO:** Así mismo, EMELEC y CONELEC han propuesto como excepción la ilegitimidad de personería activa. En el caso de EMELEC, simplemente se la denuncia o refiere en los numerales 1.2 y 1.3 (como supuestos de nulidad) y en el 1.4 de su contestación a la demanda, que corre a fojas 35 y 36 del proceso. En el caso de CONELEC, la excepción se la funda en el sentido de que el compareciente no estaría legitimado para comparecer en el proceso a nombre de su hija, menor de edad, sin la comparecencia de la madre. El Código de la Niñez y la Adolescencia, publicado en el Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003, en el artículo 104, estableció que: *“Respecto a la patria potestad se estará a lo dispuesto en el*

Código Civil sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes”. El artículo 28 del Código Civil establece 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”* (el subrayado es de la Sala). El inciso primero del artículo 300 del Código Civil señala que: *“El hijo de familia no puede comparecer en juicio, como actor contra un tercero, sino representado por el padre o la madre que ejerza la patria potestad”* (el subrayado es de la Sala). Finalmente, el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil prevé: *“Los que se hallen bajo patria potestad serán representados por el padre o la madre que la ejerza; y los demás incapaces que no estuvieren bajo patria potestad, tutela o curaduría, por el curador que se les dé para el pleito”* (el subrayado es de la Sala). En tal virtud, la alegación de que la defensa de los intereses de la menor en un juicio (que han de primar en cualquier caso) requiere la intervención del padre y la madre, según el régimen vigente a la fecha de presentación de la demanda, no tiene sustento, por lo que se niega la excepción de ilegitimidad de personería activa. **OCTAVO:** EMELEC, sin fundamento alguno, ha planteado la nulidad del proceso por la causal cuarta del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil (actualmente artículo 346, esto es, la falta de citación al demandado o quien le represente. Resulta insólita una alegación de este tipo, cuando quien comparece en el proceso en representación de EMELEC, afirmado la nulidad por este concepto, lo hace como Gerente General y apoderado de la Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. En tal virtud, la alegación no tiene base de ninguna índole, no sólo porque no se la justifica en el escrito de contestación a la demanda, sino por lo contradictorio que resulta su alegación en las circunstancias señaladas y porque las constancias de citación aparecen a fojas 26 a 28. Con propósitos meramente ilustrativos se ha de señalar que esta conducta en el proceso refleja deslealtad procesal y puede llegar a constituir un elemento para determinar la temeridad (ausencia de fundamento alguno) en el proceder del litigante. **NOVENO:** No existe ninguna otra razón por la que deba ser declarada la nulidad del proceso, por lo que se rechaza la excepción de nulidad planteada por EMELEC, más allá de que aquélla no se encuentra debidamente fundamentada. Se hace notar que cualquier defecto que, a criterio de los demandados, aparezca en el libelo de la demanda no ha sido causa de nulidad, en virtud de los artículos 352 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, pues, no influyen de modo alguno en la decisión de la causa. **DECIMO:** En lo que respecta al fondo de la controversia, los daños morales y materiales que ha sufrido la menor de edad Victoria Denisse Salcedo Portocarrero, se encuentran probados en el proceso: a) De la historia clínica número 76.749 del Hospital de Niños “Dr. Roberto Gilbert Elizalde”, de la ciudad de Guayaquil (fs. 58 a 84); del informe médico y certificados suscritos por la Dra. Margot Orellana de la Unidad de Quemados del Hospital de Niños “Dr. Roberto Gilbert Elizalde” (fs. 86 y 87); del contenido de las preguntas de CONELEC en la confesión judicial, particularmente, los asertos incluidos en los numerales 16 y 17 del pliego de preguntas (fs. 195) y del informe médico de 5 de mayo del 2004, emitido por el personal de la misma Unidad de Quemados por orden del Tribunal *a quo* (fs. 102 y 103), se desprende que Victoria Salcedo sufrió una quemadura eléctrica que comprometió el 22.5% de la superficie corporal, lo que derivó en la amputación de ambos miembros superiores y un miembro inferior, hecho que le incapacita permanentemente; b) De la incapacidad

física demostrada se desprende que la menor de edad no podrá proveerse de los medios necesarios para sustentar su existencia, por sí misma, como cualquier otro trabajador; c) De los efectos del suceso en el cuerpo de la menor de edad, según queda señalado, se puede inferir razonablemente que tanto el padre como la menor han sufrido un daño moral vinculado con el cambio trascendental en su forma de vida. Aunque los efectos psicológicos y anímicos, actuales, que el suceso ha provocado en los actores no constan acreditados a través de la práctica de ninguna diligencia probatoria, son fácilmente deducibles de los hechos probados. Los daños materiales y morales constatados son indemnizables, según lo señalado en el considerando quinto de esta sentencia, porque son ciertos, esto es, probados; actuales, en lo que respecta a los daños morales, en el caso de cada uno de los actores en la presente causa; objetivamente esperables (futuros) en lo que concierne a la imposibilidad que la menor tiene de proveerse los medios para su subsistencia por sí misma como cualquier otro trabajador, una vez que tenga edad suficiente para ello; son injustos e ilícitos, porque se trata de efectos anormales en la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica y porque no existe norma alguna que obligue al padre como a la menor al sacrificio individual que han debido soportar con ocasión de la prestación del referido servicio de distribución de electricidad. **DECIMO PRIMERO:** En lo que respecta al nexo causal entre la actividad pública y los daños indemnizables de las piezas procesales se desprende: a) El CONELEC ha afirmado en su contestación a la demanda: *“En el presente caso los hechos son: una niña de seis años (sic) se hallaba sola jugando en el balcón con una varilla metálica; toca con ella los cables de alta tensión y se produce una descarga que quema a la menor”* (fs. 49, vuelta); b) La confirmación de los hechos relatados consta en los enunciados que el CONELEC realiza en el pliego de preguntas para la confesión judicial del señor Agustín Bolívar Salcedo (fs. 195); c) En el informe pericial que corre a fojas 166 a 182 del proceso se concluye, entre otras cuestiones, que el tendido eléctrico no cumple con las normas técnicas de seguridad y que existen varias medidas preventivas que pueden y pudieron ser empleadas (fs. 182); d) Del mismo informe pericial se puede desprender que el tendido eléctrico no cuenta con protectores, frente a los riesgos connaturales en la distribución y suministro de energía eléctrica; e) Del mismo informe pericial y de los documentos que corren a fojas 164 y 165, se desprende que el inmueble en el que se produjo el suceso fue edificado sin el permiso de construcción municipal; f) De la confesión judicial que corre a fojas 195 a 197 se desprende que la menor no se encontraba bajo el cuidado de sus padres, y que, en concepto del compareciente, los daños fueron agravados por una negligente intervención de los facultativos de los centros asistenciales a los que se acudió; g) De la resolución número 0034/00 del CONELEC de 23 de marzo del 2000 (fs. 125 a 127), se desprende que aunque EMELEC dejó de administrar las instalaciones de distribución de energía eléctrica, era el titular de los tendidos que no cumplían con las normas de seguridad. No consta en el proceso prueba alguna que le permita a esta Sala considerar que el tendido eléctrico, relacionado con el caso, haya sido modificado por los administradores posteriores del servicio de distribución eléctrica. De cuanto se ha señalado, esta Sala ha llegado a la convicción de que los daños probados e indemnizables tiene como causa adecuada los siguientes factores concurrentes: a) La conducta de la menor Victoria Salcedo Portocarrero; b) El hecho de que el titular del tendido eléctrico haya

estructurado la red con cables sin aislantes y protecciones y no haya arbitrado las medidas necesarias para mantener el tendido eléctrico dentro de las normas de seguridad; c) La tolerancia de la autoridad administrativa a cargo de la regulación y control de la actividad de distribución de energía eléctrica en la ciudad de Guayaquil, cualquiera sea el titular del tendido eléctrico o su administrador. En cuanto al primer factor, es evidente que a una menor no se le puede exigir una conducta distinta de la que es propia de su edad. En lo que respecta a EMELEC y el CONELEC, todas las actividades vinculadas con la distribución de energía eléctrica, a cargo de la primera hasta el 23 de marzo del 2000 y en cualquier caso, responsable por la implementación del tendido eléctrico y sus condiciones técnicas, están sujetas al control y regulación del segundo, en virtud de los artículos 12 y 13, letras: a y e de la Ley del régimen del sector eléctrico, lo que les vuelve solidariamente responsables, según lo previsto en el artículo 2217 del Código Civil, que establece que cuando dos o más personas intervienen en el hecho que provoca el daño, son solidariamente responsables de todo el perjuicio. El primero por su conducta en relación con las normas de seguridad en relación con la estructuración del tendido eléctrico, sin que sea relevante la fecha en la que dejó de administrar los bienes de su propiedad; y, el segundo, por la omisión de sus competencias públicas para hacer valer las normas de seguridad en materia de distribución de energía eléctrica. El mismo criterio de solidaridad es aplicable a todos aquellos sujetos que, administrando el tendido eléctrico, luego de EMELEC, o coadyuvando en que el efecto dañoso en la menor se haya incrementado, por acción u omisión, intervinieron en el hecho que se revisa en esta causa. Sin embargo, respecto de estos últimos, nada puede declarar esta Sala por no ser parte procesales. De otra parte, es necesario señalar que todas las actividades relacionadas con la distribución de energía eléctrica son riesgosas, por su propia naturaleza y como tales, presuponen eventuales afectaciones a los administrados, que exceden lo que les es exigible individualmente. Como se ha señalado en otra ocasión (Resolución 168-2007 de 11 de abril del 2007, caso número 62-2005, Andrade c. CONELEC y otro), los defectos generales que tiene el sistema eléctrico nacional, basados en un criterio de costo-beneficio, no enervan la responsabilidad pública, y, en el caso de los prestadores privados del servicio cualquiera sea la forma jurídica en que fundan su derecho a prestar el servicio, su responsabilidad es solidaria frente al daño indemnizable por la deficiencia en la prestación de un servicio público; por ello, se justifican mecanismos de aseguramiento como el contenido en el Reglamento de concesiones, permisos y licencias para la prestación del servicio de energía eléctrica, publicado en el Registro Oficial número 290 de 3 de abril de 1998, que ha sido invocado por el CONELEC; pero la existencia del aseguramiento no modifica la responsabilidad de los sujetos que participan en la actividad que genera el daño indemnizable. Cosa distinta es que los daños puedan ser reparados sin la intervención de la administración de justicia, que, por supuesto, es lo deseable. Esta reparación puede efectuarse espontáneamente, empleando para el efecto los seguros de responsabilidad contratados, o bien, atendiendo los requerimientos de los administrados efectuados en sede administrativa. Este último aspecto requiere algunas precisiones: a) El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo establece un procedimiento específico para que la administración atienda los reclamos de indemnización de los perjuicios materiales o morales que se deriven de la actividad de la administración central o

institucional. A este respecto, véanse los artículos 209 y siguientes del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, actualmente vigente; b) Las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo deben ser interpretadas de conformidad con el segundo inciso del artículo 272 de la Constitución Política, en el sentido de que no pueden modificar las prescripciones constitucionales en la materia, pero sí aquéllas previstas en normas con rango de ley; c) Siguiendo el criterio previamente señalado, el artículo 209 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no modifica en nada el derecho de los administrados de acudir directamente a la función judicial para hacer valer sus derechos sin agotar la vía administrativa, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización; d) El plazo de prescripción contemplado en el artículo 211 *ibidem* no tiene aplicación alguna, en la medida en que es incompatible con el plazo de caducidad de cinco años previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformado por el artículo 2 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial número 483 de 28 de diciembre del 2001; e) El artículo 212 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva es también incompatible con los artículos 38 y 28 de la Ley de Modernización, en el sentido de que el administrado no está obligado a esperar la negativa de la administración para proponer su acción ante la jurisdicción contencioso administrativa y el término que tiene la administración para atender todo tipo de reclamación, salvo que se hubiese previsto uno distinto en una norma de rango legal, es el de quince días según lo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización, de tal forma que si la administración no hubiese contestado oportunamente al reclamo correspondiente, se ha de aplicar, en todo caso, el régimen jurídico de los actos administrativos regulares presuntos derivados del silencio administrativo y los procedimientos de ejecución, sobre los que esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse repetidamente y constituyen un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento; f) Del mismo modo, la acción de repetición prevista en el segundo inciso del artículo 20 de la Constitución Política depende únicamente de que la conducta del funcionario o empleado sea dolosa o gravemente culpable de tal forma que las condiciones previstas en el artículo 213 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo son inconciliables con el ordenamiento constitucional. Sobre la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos por los perjuicios que se irroguen al Estado por su conducta, es necesario subrayar que cuando un administrado acude ante la autoridad con un reclamo administrativo tendiente a obtener el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales producidos por la actividad pública y la administración, por medio del funcionario competente, no atiende la petición, aceptándola o negándola, en el término previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización, incurre, en caso de dolo o de culpa grave, en la responsabilidad prevista en el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política y deberá asumir los perjuicios económicos ocasionados al Estado y así tendrá que ser declarado en el proceso de ejecución del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo positivo. **DECIMO SEGUNDO:** Del criterio vertido en el considerando precedente es posible sostener que los daños indemnizables, que se derivan de una actividad que se organiza asumiendo las deficiencias propias del sistema, deben ser reparados, salvo que exista una causa eximente, debidamente probada por los demandados. Como ha quedado señalado las causas

eximentes que modifican la atribución del efecto dañoso a la actividad pública, en la relación causal anotada, son la fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima, siempre que se justifique su exclusividad, como factor generador del daño. Conforme ya se ha resaltado, contribuyó para generar el hecho del que se desprende el daño indemnizable, una conducta negligente de los padres y de terceros, ya por desatender el cuidado de la menor, ya porque el inmueble fue construido sin cumplir las exigencias de las ordenanzas municipales y su aplicación no ha sido materia de control alguno por la Municipalidad. Sin embargo, estos hechos no modifican la intervención de EMELEC, como el responsable original de la estructuración de la red de distribución de la energía eléctrica y del CONELEC como ente de control y regulación de la actividad. La consecuencia de lo manifestado se concreta en que, manteniendo la responsabilidad solidaria de EMELEC Y CONELEC frente a los daños indemnizables que sufrió la menor, esa responsabilidad no se extiende frente al daño moral que pudo haber soportado el señor Agustín Salcedo Montesdeoca, quien comparece, también por sus propios derechos. Al ser Salcedo Montesdeoca corresponsable de los perjuicios que son materia del presente caso, él no puede beneficiarse de su propia falta y en tal virtud, las pretensiones que ha presentado por sus propios y personales derechos deberán ser desechadas. **DECIMO TERCERO:** De cuanto se ha señalado, esta Sala encuentra que EMELEC Y CONELEC son responsables solidarios de los daños materiales y morales producidos a la menor Victoria Dense Denisse Salcedo Portocarrero, según el régimen previsto en el artículo 20 de la Constitución Política. Al entrar en materia de indemnizaciones, esta Sala invoca la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 63.1, dispone la obligación del Estado, cuya responsabilidad ha sido establecida de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias y la de determinar el pago de una justa indemnización. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos orienta la forma en la que se debe proceder para reparar e indemnizar tanto el daño material como los daños morales "*Su naturaleza y monto, [dice la referida Corte] dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores*". Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, sentencia de 3 de diciembre del 2001; entre otras). Esta Sala procede, entonces, a cuantificar la indemnización que estarán obligados a pagar los demandados a favor de Victoria Salcedo Portocarrero y por las circunstancias del caso, la manera en que se deberá cumplir la condena. En efecto, de conformidad con el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil: "*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*" (el subrayado es de la Sala). En lo que respecta a los daños materiales sufridos por la menor, se considera exclusivamente el valor que dejará de percibir en razón de su incapacidad para proveerse de los medios de subsistencia, como cualquier otro trabajador. Para tal efecto, esta Sala entiende que es razonable fijar como valor de la indemnización por los perjuicios materiales causados, un monto equivalente al valor de la canasta familiar vital, por cada mes y por el tiempo de esperanza de vida de una ecuatoriana mujer. Se emplea, en este caso, el valor de la canasta familiar vital, porque esta Sala no podría concebir a la menor de edad afectada fuera

de un núcleo familiar, que el Estado garantiza y protege según lo previsto en los artículos 37 y 48 de la Constitución Política. De conformidad con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a junio del 2008 (último dato disponible), el valor de la canasta familiar vital es de Trescientos Cincuenta Y Ocho 81/100 dólares de los Estados Unidos de América; en tanto que, la esperanza de vida de una ecuatoriana, mujer, según la Organización Mundial de la Salud, es de setenta y seis años de edad. En tal virtud, dado que el hecho acaeció cuando Victoria Salcedo Portocarrero tenía cinco años de edad, (fs. 22) el valor que percibirá por concepto de indemnización por daños materiales asciende a la suma de Trescientos Cinco Mil Setecientos Seis 12/100 dólares de los Estados Unidos de América. De conformidad con el inciso tercero del artículo 2232 del Código Civil: *“La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños sin 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”* (el subrayado es de la Sala); y, como se ha dicho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalo que las indemnizaciones no tienen como propósito enriquecer a la víctima. Esta Sala entiende que no es posible cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales que ha sufrido Victoria Salcedo, por lo que, aclarando que el valor que ahora se fija como reparación de los perjuicios morales sólo busca atenuar el efecto anímico y psicológico, sobre la base de la equidad condena solidariamente a EMELEC y a CONELEC al pago de Ochenta Mil 00/100 dólares de los Estados Unidos de América, por este concepto. En total, la indemnización por daños materiales y la reparación por daños morales asciende a la suma de Trescientos Ochenta y Cinco Mil Setecientos Seis 12/100 dólares de los Estados Unidos de América. **DECIMO CUARTO:** Finalmente, es necesario establecer un mecanismo adecuado de ejecución de la sentencia, que permita asegurar que el criterio de justicia empleado en el presente caso se haga realidad, asegurando la tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 24, numeral 17, de la Constitución Política y procurando precautelar los intereses de Victoria Salcedo Portocarrero con la aplicación del mismo criterio que ha servido para fijar las indemnizaciones por daños materiales. Con estos fundamentos, EMELEC y CONELEC son condenados, adicionalmente a la siguiente obligación de hacer, que constituye un modo de ejecución de la condena principal prevista en el considerando precedente: a) En el plazo de quince días desde la fecha de notificación con la presente sentencia, EMELEC y CONELEC, a su costa, deberán constituir un fideicomiso mercantil, en cualquiera de las instituciones habilitadas en el Ecuador como fiduciarias; b) El patrimonio autónomo estará conformado por el valor total de las indemnizaciones a las que han sido condenados los demandados; c) El único beneficiario del fideicomiso será Victoria Denisse Salcedo Portocarrero; d) EMELEC y CONELEC se asegurarán que las únicas instrucciones a la entidad fiduciaria, que contenga el contrato de fideicomiso, sean las siguientes: 1. Desembolsar mensualmente, desde la fecha de constitución del fideicomiso, la suma de Trescientos Cincuenta y Ocho 81/100 dólares de los Estados Unidos de América (valor de una canasta familiar), a favor de quienes ejerzan la patria potestad de la menor de edad para su cuidado, hasta que Victoria Salcedo Portocarrero cumpla la mayoría de edad; 2. Victoria Salcedo Portocarrero, una vez que cumpla la mayoría de edad, podrá disponer libremente del patrimonio

autónomo constituido a su favor; 3. Los derechos fiduciarios, cuyos certificados serán emitidos a favor de Victoria Salcedo Portocarrero, no podrán ser transferidos hasta que su titular cumpla la mayoría de edad; e) EMELEC y CONELEC y sus sucesores si se produjere o se hubiera producido cambio de estas entidades o de su nombre, estarán en la obligación de cubrir todos los costos y gastos que supongan el sostenimiento del fideicomiso mercantil, en los términos establecidos en esta sentencia, hasta que Victoria Salcedo Portocarrero cumpla la mayoría de edad. El Tribunal de instancia, en la etapa de ejecución, verificará el cumplimiento exacto de esta obligación de hacer a la que se condene a EMELEC y CONELEC, en el plazo otorgado para el efecto. Por las consideraciones vertidas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia y aceptando parcialmente la demanda, se condena solidariamente a la Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc., EMELEC o sus sucesores y al Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, al pago, a favor de Victoria Denisse Salcedo Portocarrero de las indemnizaciones y reparaciones establecidas en el considerando décimo tercero de esta sentencia, por los daños materiales y morales que ha sufrido la referida menor, por la deficiente prestación del servicio público de distribución de la energía eléctrica; daños y responsabilidad extracontractual que también se declaran. Se condena, así también a EMELEC o sus sucesores y CONELEC al cumplimiento de la obligación de hacer prevista en el considerando décimo cuarto de esta sentencia, como modalidad de cumplimiento de la condena principal. Se desecha la demanda en los que respecta a las pretensiones que el señor Agustín Salcedo Montesdeoca ha efectuado, por sus propios y personales derechos. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

En Quito, el día de hoy viernes once de julio del dos mil ocho, a partir de las dieciséis horas, notifiqué la nota en relación y providencia que anteceden al actor, Agustín Salcedo Montesdeoca, en el casillero judicial No. 288 y 3115 y al Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200. No se notifica a los demandados, CONELEC S. A. y otro, por cuanto de autos no consta que hayan señalado domicilio para efectos de este recurso. Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Razón: Siento como tal que las fotocopias que en dieciséis (16) fojas útiles anteceden son iguales a sus originales que reposan en la Resolución No. 217-08 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Agustín Salcedo Montesdeoca contra el Consejo Nacional de Electricidad y otro, al que me remito en caso necesario. Certifico. Quito, a 21 de julio del 2008.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.