

REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

**FUNCIÓN JUDICIAL Y
JUSTICIA INDÍGENA**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

**SENTENCIAS, RESOLUCIONES,
JUICIOS Y AUTOS**

J11333-2020-00681

FUNCIÓN JUDICIAL

227070958-DFE

Juicio No. 11333-2020-00681

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

AUTOR/A: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 19 de marzo del 2024, las 12h21. **VISTOS:** En virtud de los recursos de casación planteados por Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez, y Miguel Enrique Romero Jarre, demandados, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*; el suscrito Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedentes los medios de impugnación extraordinarios; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES.

I.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. El ciudadano Galo Wladimir Ortega Criollo, en procedimiento ordinario, demanda a Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez, en el siguiente contexto:

^a (1/4) 5.1.- Desde el año 2009 he mantenido una relación de trabajo y luego de amistad con el señor Miguel Enrique Romero Jarre, quien logró ganarse mi confianza y por ello habíamos emprendido en algunos negocios que luego los liquidamos de buena manera.

5.2.- En el mes de enero de 2015 el señor Miguel Enrique Romero Jarre asistió a mi

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE
Firmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CJ
0502022148

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE
Firmado por LUIS
ADRIAN ROJAS
CALLE
C=EC
L=QUITO
CJ
0301270963

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE
Firmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTAÑEDA
C=EC
L=QUITO
CJ
1706381975

oficina jurídica solicitándome ayuda para poder solucionar un inconveniente que se le presentó con la Compañía Asfaltos del Sur, lo cual lo colocó en la posibilidad de que el Municipio de Loja de por terminado de manera unilateral un contrato de provisión de material pétreo. Ante este pedido, lo ayudé proponiendo las acciones legales correspondientes y también consiguiendo el material pétreo que requería para cumplir con el contrato antes mencionado.

5.3.- En esas circunstancias me indicó que el negocio de la obtención y del procesamiento de materiales pétreos era rentable, pero que como la Compañía Asfaltos del Sur le había quitado la maquinaria, estaba impedido de trabajar. Así mismo me indicó que era el operador minero o titular de la Concesión Minera "Catamayito" lo que le permitía explotar el material pétreo del Río Boqueron en el sitio Catamayito del Cantón Catamayo. Así mismo me supo indicar que si me interesaba el negocio, él estaba plenamente autorizado por los señores Augusto Eguiguren Suárez y Arturo Eguiguren Suárez para conseguir un socio a efecto de conformar una Compañía Limitada, o una sociedad de hecho de la cual, el 25% le correspondería al señor Arturo Eguiguren Suárez; otro 25% al señor Augusto Eguiguren Suárez; otro 25% al señor Miguel Enrique Romero Jarre; y, el otro 25% le correspondería al otro socio.

5.4.- Las otras condiciones para la conformación de esa compañía era que los hermanos Eguiguren Suárez al ser los hijos del propietario del terreno donde se encontraba la concesión minera, y que también le habían cedido los derechos de titularización de la concesión minero, les correspondía el 25% a cada uno de ellos. El señor Miguel Enrique Romero Jarre, aportaba su trabajo y su supuesto conocimiento del giro del negocio, por lo que le corresponde el 25%; y, por el 25% restante, la persona interesada en asociarse debía aportar el dinero suficiente con un tope máximo de ciento veinte mil dólares que era el valor de una planta de trituración para poner en operación la planta procesadora de materiales pétreos. 5.4.- Me interesé en la propuesta, puesto que entendí el giro de negocio, y acepté la propuesta de asociarme con los señores Augusto Eguiguren Suárez, Arturo Eguiguren Suárez y Miguel Enrique Romero Jarre en las condiciones antes indicadas.

5.5.- Para concretar la asociación antes indicada me reuní con los hermanos Augusto y Arturo Eguiguren Suárez, y el señor Miguel Enrique Romero Jarre en la casa de éste último y también en mi oficina jurídica, por algunas ocasiones. Luego hubo reuniones en la casa del señor Miguel Enrique Romero Jarre a las que asistieron las señoras

María Paula y María Rosa Romero Jarre, hermanas del señor Romero, quienes conocieron las particularidades de este asunto, puesto que ellas iban a asumir ciertas tareas dentro de la sociedad, tal como consta de uno de los correos electrónicos que adjunto como prueba.

5.6.- Inicialmente, mi compromiso fue el que entregar dinero para la adquisición de una trituradora que costaba aproximadamente ciento veinte mil dólares; sin embargo de ello, hasta yo poder reunir el dinero, el señor Miguel Enrique Romero Jarre recibió un pago del Municipio de Loja con el cual entregó la entrada para la planta de trituración, la cual nos fue puesta en operación. Como ya se dio la entrada por esta planta de trituración, mis a esa fecha socios me indicaron que conforme se vaya necesitando el dinero para los gastos que genere el negocio, yo vaya efectuando mi aporte, cuestión a la que accedí. En efecto, el día 19 de enero de 2015 entregué mi primer aporte dinerario conforme habíamos pactado.

5.7.- Para la entrega del dinero se convino con los socios, como mecanismo de registro y verificación del mismo, que el señor Miguel Enrique Romero Jarre me indicaba de forma personal o telefónica el concepto por el cual había que entregar el dinero y el monto; y yo le lo entregaba dicho dinero en mi oficina jurídica ubicada en esta ciudad de Loja, en la calle José Antonio Eguiguren 10-52 y Juan José Peña. En ocasiones, cuando no tenía dinero en efectivo, hice pagos con mis tarjetas de crédito.

5.8.- Mi confianza en el señor Miguel Enrique Romero Jarre y los hermanos Eguiguren era muy grande, de tal suerte que de las constancias de entregas de dinero solo las remitía desde mi correo electrónico galoortega33@hotmail.com, hasta su correo electrónico mromerojarre@gmail.com, estando totalmente de acuerdo él respecto de dichas entregas de dinero. Luego de ello, por seguridad y constancia de las entregas del dinero, opté por enviarle un correo electrónico por cada una de las entregas de dinero que le efectué, el mismo día o a más tardar uno o dos días posteriores; siendo que dichos correos electrónicos siempre fueron remitidos con copia a la Abg. María Rosa Romero Jarre, hermana del señor Miguel Enrique Romero Jarre, esto por cuanto mis socios me supieron indicar que ella se encargaría de llevar la contabilidad. El correo electrónico de la señora María Rosa Romero Jarre es mariarosaromeroj@gmail.com y/o mrromero1@utpl.edu.ec Es importante destacar que dichos correos eran leídos de forma inmediata por los destinatarios, sin que tampoco haya habido reclamo alguno sobre la veracidad de los mismos.

5.9.- *Las entregas de dinero las efectué hasta el mes de febrero de 2017 conforme consta de los correos electrónicos correspondientes.*

5.10.- *Debo indicar que por parte de los demandados no se cumplió con el ofrecimiento de conformar la compañía limitada indicada, puesto que siempre pusieron justificaciones y evasivas para no concretar dicha oferta de carácter legal.*

5.11.- *Dejo constancia que después del mes de febrero de 2017, he tenido que seguir efectuando entregas de dinero, pero ya no al señor Romero Jarre, sino a acreedores de la sociedad de hecho, esto en virtud que algunas deudas que asumió dicho señor Romero Jarre, quien encabezaba la sociedad pactada, yo me comprometí a cancelarlas como parte de mi aporte o en calidad de préstamo, como por ejemplo la deuda del señor Juan Medina Lozano, por la cual se me emitió la factura correspondiente, cuando el beneficiario del transporte era la sociedad pactada con los demandados; de la señora Rosa Elvira Criollo; así como también efectuar pago por el valor de un volquete en la suma de \$. 12.000,00; y \$. 3.000,00 para un remolque tipo bañera.*

5.12.- *A mediados del mes de enero de 2017 le increpé al Sr. Miguel Enrique Romero Jarre, cabeza de la sociedad pactada, por la falta de control en la operación de la maquinaria de la planta procesadora de material pétreo, cuestión que lo molestó y comenzó a negarse a recibir mis llamadas telefónicas y tampoco contestaba mis mensajes de texto o de whatsapp.*

5.13.- *Luego de haber insistido de varias maneras para ser atendido por el señor Romero Jarre, finalmente logré su benevolencia de contestarme el teléfono, y me supo comunicar que en conjunto con los socios Arturo y Augusto Eguiguren Suárez han decidido sacarme de la sociedad, puesto que conmigo no pueden trabajar, a lo cual le supe contestar que me parecía una indelicadeza el haberse aprovechado de mi dinero para luego sacarme de la sociedad, pero que sin embargo tengo la suficiente dignidad para retirarme, pero que deben reembolsarme el dinero aportado y/o prestado, con las utilidades correspondientes, a lo que me supo indicar que como personas honestas que son, jamás me perjudicarían con un solo centavo, y que ya me avisaría cualquier cosa. Después de ello, les insistí a mis "socios" Arturo Eguiguren, Augusto Eguiguren y Miguel Romero en la entrega de mi dinero y siempre he recibido pretextos, evasivas y finalmente actitudes poco amistosas y descorteses.*

5.14.- *Después de muchas gestiones personales y de rogativas orientadas primeramente a establecer el monto de dinero entregado para luego optar por buscar*

la forma de solucionar el asunto, el señor Miguel Enrique Romero Jarre y el señor Arturo Eguiguren Suárez sugirieron que se haga un informe contable respecto del dinero por mí entregado a la sociedad, por parte de la Dra. Carmen Zabaleta Costa, profesional de la contabilidad de confianza de los mencionados señores, situación que acepté por cuanto me interesaba solucionar a la brevedad el asunto. 5.14.1.- Efectivamente asistí a la Oficina profesional de la mencionada Dra. Zabaleta para pedirle que ejecute dicho informe en base a: 1).- Los datos que le entregué; 2) La impresión de los correos electrónicos en los que se registra las entregas de dinero; 3) Un informe contable también efectuado por la señora María Rosa Romero Jarre que le envié a la Dra. Carmen Zabaleta mediante correo electrónico y que también me fue enviado a mí; y, 4) La coordinación y comparación que efectuó la Dra. Zabaleta con la señora María Rosa Romero Jarre.

La Dra. Zabaleta se demoró casi tres meses en desarrollar el informe contable, pero no por la extensión del mismo, sino por el desinterés del señor Romero Jarre y de los hermanos Eguiguren en que se termine dicho trabajo.

Con fecha 17 de octubre de 2015 la Dra. Carmen Zabaleta me entrega por escrito el informe contable, el cual también les entregó de forma digital a los otros socios. El informe antes mencionado, según me indicó la Dra. Zabaleta concordaba en un 99% con la contabilidad que le remitió la Abg. María Rosa Romero Jarre, de ahí que dicho informe refleja la verdad del dinero que le entregué al Sr. Romero Jarre. En las conclusiones de ese informe, se establece que he entregado la suma de CIENTO SESENTA Y DOS MIL DÓLARES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES DÓLARES CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$. 162.653,54). De este valor, en dicho informe se hacen algunas deducciones que efectivamente debían hacerse, de lo que resulta un valor en mi favor de CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA DÓLARES CON VEINTINUEVE (\$. 158.350,29) que es parte del perjuicio que se me ha irrogado.

5.15.- El informe antes indicado, después de varias convocatorias efectuadas por la Dra. Zabaleta, fue socializado en una reunión que mantuvieron en su oficina, los señores Arturo Eguiguren Suárez, Augusto Eguiguren Suárez y Miguel Enrique Romero Jarre, en la cual se hicieron algunas observaciones de poquísima cuantía por parte del señor Romero Jarre, las cuales luego fueron dilucidadas, sin embargo de ello, ninguno de ellos regresó a reunirse nuevamente con la Dra. Zabaleta, demostrando la intención de perjudicarme puesto que pasa el tiempo y no me entregan

mi dinero.

5.16.- De forma personal y por correos electrónicos he insistido en que los demandados me entreguen mi dinero, puesto que al no haberse constituido la compañía limitada, y al haberme sacado de la sociedad de hecho, lo justo y correcto es que me devuelvan mi dinero con las utilidades, sin embargo no he sido atendido, antes por el contrario he recibido frases descorteses y hasta chantajes como por ejemplo lo dicho por el señor Romero Jarre que me entregará mi dinero cuando yo justifique el origen del mismo, situación que evidencia bajeza. No obstante a ello, el origen lícito de ese dinero, y la preexistencia del mismo lo justifico con las declaraciones del impuesto a la renta que las adjunto como prueba.

5.17.- En la perspectiva de arreglar el asunto, les propuse que me entreguen un Volquete Marca Man, un camioneta Marca Toyota que fue rematada al Consejo Provincial con dinero que yo entregué, y un remolque de tráiler tipo bañera, esto como parte de la devolución del dinero que entregué, cuestión que fue aceptada en primera instancia, y que me entregaron físicamente la bañera, pero sin ningún documento traslativo de dominio, y los otros vehículos no me han entregado y se niegan a hacerlo; con posterioridad el señor Romero retiró el remolque tipo bañera, puesto que estaba registrada a su nombre.

5.18.- He agotado todas las vías amistosas para solucionar este asunto, he pedido la intervención de varias personas tanto parientes como amigos en común, sin embargo, solo he recibido desplantes y desaires de los señores Romero y de los señores Arturo y Augusto Eguiguren, a quienes he visitado en su lugar de trabajo, pero no he conseguido su atención, esto en virtud de que según Miguel Romero Jarre, dicho señor Arturo Eguiguren es quien toma las decisiones finales.

5.19.- El señor Romero Jarre hacía poner bajo su titularidad todos los activos de la sociedad y los contratos públicos obtenidos también fueron suscritos por él.

5.19.1.- Algunas infraestructuras como por ejemplo la red eléctrica que se efectuó con parte del dinero que les entregué a los demandados han pasado como mejoras que elevan el valor del bien inmueble de propiedad de la familia Eguiguren Suárez y de la concesión Minera Catamayito.

5.20.- Intenté someter este asunto a mediación, sin embargo, esta posibilidad no prosperó por lo que se extendió el acta de imposibilidad de conciliación por la

inasistencia de los demandados Miguel Romero Jarre, Augusto Eguiguren Suárez y Arturo Eguiguren Suárez, pese a estar debidamente notificados.

5.21.- Por estos hechos, inicié una indagación previa en contra de los demandados, puesto que considere, y sigo considerando que he sido objeto de una estafa, sin embargo de ello, fiscalía consideró que este asunto debe sustanciarse en la vía civil. La parte pertinente de la Resolución de Archivo de fiscalía señala: "... se advierte que entre el denunciante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo y los denunciados, no solo que existió una relación profesional, sino que luego emprendieron en negocios relacionados con la actividad del denunciado y que finalmente se concretó en una sociedad de hecho... Desde Fiscalía Provincial estimamos que para entablar la acción civil antes referida, el denunciante cuenta con varios elementos de convicción que le permitirían recuperar su dinero".

5.22.- En el correo electrónico que les remito a los hermanos Miguel Enrique y María Rosa Romero Jarre, de fecha 24-09-2015, a los 10h30, la señora María Rosa Romero Jarre, me lo contesta, y expresamente señala "ACUSA RECIBO DE LOS CORREOS", con lo que pruebo que todos los correos que les remití fueron leídos en su tiempo y aceptados.

5.23.- En el correo electrónico del 10-07-2015, a las 14h53 que les remito a los hermanos Miguel Enrique, María Rosa y María Paula Romero Jarre, les participo de las funciones que se llevará en la empresa.

5.24.- En otros correos electrónicos que los anuncio como prueba, consta prueba evidente de la existencia de la sociedad de hecho y de la entrega del dinero.

5.25.- El haberme preterido de la sociedad de hecho pactada, sin devolverme el dinero entregado, aprovechándose del mismo, me ha ocasionado daños patrimoniales, entre ellos el lucro cesante que he dejado de percibir si el dinero hubiera estado en mi poder, aunque sea en el banco en certificado de depósito a plazos, razón por la cual debe pagárseme ese lucro cesante.

6.- Fundamentos de Derecho.

6.1.- Arts. 1453, 1572 y 1728 del Código Civil.

6.2.- Arts. 2, 52 y 54 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. (1/4)

9.- *Pretensión. Con los antecedentes expuestos le solicito a su autoridad que mediante sentencia se ordenar lo siguiente:*

9.1.- *Que los señores demandados Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José Eguiguren Suárez y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, de manera solidaria e inmediata, me cancelen el dinero que les entregué a título de inversión y/o préstamos para la sociedad de hecho conformada, y que consta detallado en el informe pericial de la Ing. Eliana Morales Moreno, que ascienden al valor de USD \$ 160.768,55 (ciento sesenta mil setecientos sesenta y ocho dólares con cincuenta y cinco centavos, 45/100); con más los intereses legales que se devenguen desde la citación con la demanda hasta la solución definitiva de este asunto.*

9.2.- *Que los señores demandados Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José Eguiguren Suárez y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, de manera solidaria e inmediata, me cancelen los daños y perjuicios ocasionados con su doloso accionar, entre ellos el lucro cesante dejado de percibir por el dinero entregado, lucro cesante que se encuentra calculado y constante en el informe pericial de la Ing. Eliana Morales y que asciende al valor de \$ 55.724,59. (Cincuenta y cinco mil setecientos veinte y cuatro, con cincuenta y nueve centavos).*

9.3.- *El pago de las costas procesales en las que se incluirán mis honorarios profesionales por la defensa de este proceso, que los calculó en \$. 20.000,00*

10.- *La cuantía la fijo en \$. 236.493,14, que se desglosa de la siguiente manera:*

10.1.- *Por el dinero entregado a los demandados, el valor de \$ 160.768,55° (Sic).*

10.2.- *Por los daños y perjuicios, entre ellos el lucro cesante, el valor de \$ 55.724.59*

10.3.- *Por costas procesales, el valor de \$20.000,00*

11.- *El trámite es ordinario (1/4)° (Sic)*

2. Los accionados comparecen al proceso, contestan la demanda, y plantean excepciones, en el siguiente contexto:

3. Miguel Enrique Romero Jarre, contradice la demanda, en el siguiente sentido:

^a (1/4) 5.1 Es absurda e improcedente la pretensión del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, por cuanto NUNCA ha existido ninguna sociedad de derecho (compañía) ni tampoco una sociedad de hecho (cuentas en participación) con el accionante, la DEMANDA ES ABSOLUTAMENTE FALSA, con la cual pretende el actor mediante la TERGIVERSACIÓN de la verdad, hacer creer que él ha sido perjudicado.

5.2 No existe ninguna inversión ni préstamos por parte del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, y llama la atención que una Perito (Ing. Eliana Morales Moreno) se preste a presentar un informe pericial donde supuestamente concluye inversión y lucro cesante en favor del accionante del presente proceso.

5.3 No le adeudo ni un solo centavo al Dr. Galo Ortega Criollo, lo cual lo demostraré en el presente proceso. (1/4)

Señor Juez, deduzco las siguientes excepciones contra la demanda:

8.1 Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

8.2 Improcedencia de la demanda.

8.3 Inexistencia de provisión de fondos de parte del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, ni como inversión ni como préstamos.

8.4 Demanda falsa, con intención de obtener lucro económico injusto.

8.5 Inexistencia de la sociedad de hecho aludida en la demanda.

*^a (1/4) **DÈCIMO PRIMERO.- PRETENSIÓN:** Por lo indicado solicito a su Autoridad se digne en sentencia RECHAZAR la demanda por ser falsa e improcedente, con la correspondiente condena en costas procesales en las que se incluyen los honorarios de mis Defensores. (1/4)^o (Sic)*

4. Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, contesta la demanda, rechaza la pretensión, y deduce excepciones, así:

^a (1/4) Esta pretensión es ilegal e improcedente por los siguientes motivos:

5.1 No ha existido ninguna sociedad de derecho (compañía o empresa) con que el accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, ni mucho menos una sociedad de hecho o cuentas en participación, los fundamentos de la demanda son falsos.

5.2 De lo que conozco, el Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo tiene una gran enemistad con el señor Miguel Enrique Romero Jarre, con quien tienen varios asuntos judiciales civiles y penales.

5.3 Nunca el Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo me ha prestado dinero ni ha invertido ni un solo centavo en favor del compareciente. (1/4)

Señor Juez, deduzco las siguientes excepciones contra la demanda:

8.1 Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

8.2 Improcedencia de la demanda.

8.3 Inexistencia de provisión de fondos de parte del accionante Dr Galo Wladimir Ortega Criollo.

8.4 Demanda falsa, con intención de obtener lucro económico injusto.

8.5 Inexistencia de la sociedad de hecho aludida en la demanda (1/4)° (Sic)

5. El accionado Arturo José Eguiguren Suárez, contesta la demanda y deduce excepciones en similar sentido al legitimado pasivo Augusto Vinicio Eguiguren Suárez.

I.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

6. Desarrollado el proceso y llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, la doctora Sara Salomé Tandazo Valarezo, Jueza de la Unidad Civil con sede en el cantón Loja, emite su sentencia aceptando parcialmente la demanda, la misma que es reducida a escrito el 16 de agosto de 2021, a las 09h20, en el siguiente contexto:

a (1/4) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA se acepta parcialmente la demanda y se ordena que los Sres. Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José Eguiguren Suárez y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, cancelen al accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo la cantidad de \$160768,55 más los intereses desde la citación, no se acepta respecto del pago de daños y perjuicios que solicita por no haberse probado. De conformidad a lo estipulado en el Art. 1587 del Código Civil se dispone la cancelación de los gastos que ocasione el pago, se regulan en \$6430 los honorarios del abogado de la parte actora.- No se condena en costas a la parte accionada.- Hágase saber.- (1/4)° (Sic)

I.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

7. Frente al recurso de apelación interpuesto por Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, demandados, y Galo Wladimir Ortega Criollo, actor, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en sentencia (de mayoría) de viernes 11 de febrero de 2022, las 16h03, resuelve rechazar los medios de impugnación, en el siguiente contexto:

a (1/4) La Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de justicia de Loja, por las consideraciones expuestas, por voto de mayoría, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de apelación del actor del proceso;*
- 2.- Rechazar el recurso de apelación del demandado señor Miguel Enrique Romero Jarre;*
- 3.- Declarar el recurso de apelación de los hermanos Eguiguren Suárez, NO DEDUCIDO, por extemporáneo al no haberse fundamentado en el término dispuesto*

en la Ley;

4.- Confirmar la sentencia venida en grado por la motivación constante en la sentencia de primer nivel como por la realizada en este nivel jurisdiccional;

5.- Sin costas procesales en esta instancia.

Devuélvase el proceso a la Unidad de Judicial.- Notifíquese (1/4)° (Sic).

7.1. El Voto salvado del *Ad quem*, resuelve lo siguiente:

^a(1/4) En mérito de lo expuesto el voto salvado, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, con la motivación expuesta resuelve: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los señores: Arturo José Eguiguren Suárez; y, Augusto Vinicio Eguiguren Suárez; sin costas ni honorarios que regular; En lo demás este voto salvado coincide con el voto del señor Juez Ponente y por tanto la decisión final por unanimidad es conforme consta en la decisión final de esta sentencia de mayoría.- Notifíquese.-(1/4)° (Sic)

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

8. Inconformes con la sentencia dictada por el Tribunal *Ad quem*, antes referido, dentro del término legal, Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, accionados, interponen recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

9. El doctor Carlos Vinicio Pazos Medina, Conjuez Nacional, mediante auto de 16 de junio de 2022, las 12h10, admitió a trámite los recursos de casación planteados, bajo los siguientes parámetros:

^a (1/4) ADMITE a trámite los recursos de casación propuestos por los demandados señores Arturo José Eguiguren Suárez y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez; y Miguel Enrique Romero Jarre (1/4)^o (Sic)

10. El Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

11. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo¹, Himmler Roberto Guzmán Castañeda², y David Isaías Jacho Chicaiza³, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, de esta Alta Corte.

12. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el martes 25 de octubre de 2022, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del COFJ.

13. En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E), en la presente causa⁴, al tenor del artículo 1 inciso segundo de la Resolución No. 02-2021, emitida por esta Alta Corte, en relación con el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021, ibídem.

1 Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

2 Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

3 Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

4 Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

14. En ese contexto, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Luis Adrián Rojas Calle, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

15. La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; artículos 184 y 190 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL.

16. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3⁵ de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, los recursos de casación planteados son tramitados conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

17. Sobre la validez procesal, cuestionada por los censores, es de relevancia indicar lo siguiente:

17.1. Los recurrentes, plantean un incidente relacionado con un presunto error de procedimiento; sostienen que, en la decisión adoptada no se establece con precisión lo que se ordena, esto por cuanto, del Tribunal de alzada, no emergió una resolución unánime o absoluta, todo lo contrario, una de

5 Constitución de la República del Ecuador: "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...)"

mayoría, y un voto salvado, al tenor de los artículos 203 inciso primero y 204 del COFJ, en los cuales, se avizora un galimatías enunciativo y dispositivo, sin claridad alguna, ya que, del propio texto de la sentencia aparece que los doctores Pablo Narváez Cano y Adriano Lojan Zumba, Jueces Provinciales, emiten un voto salvado, lo cual es un contrasentido ya que el mismo al contar con dos concurrencias, constituye uno de mayoría; y, por otro lado, se establece un voto salvado del doctor Carlos Fernando Maldonado Granda, que a la vez aparece como la decisión de mayoría, todo lo cual enerva el poder decisorio que corresponde al mandato judicial; ahora bien, la cuestión aludida, fue corregida mediante auto de 14 de marzo de 2022, las 14H21, por el propio *Ad quem*, por lo que en función del principio de convalidación, lo enunciado no reviste trascendencia.

17.2. Por otra parte, los impugnantes sostienen que existe un error del Conjuez Nacional, en el auto que admite los diversos cargos casacionales, aduciendo que, no se toman en cuenta cargos planteados en los tres memoriales presentados el 8 de marzo de 2022 y que obran del expediente; ahora bien, en función del principio dispositivo, el órgano judicial de admisión, tomando en consideración que, los propios recurrentes dejaron sin efecto dichos escritos casacionales, únicamente admitió a trámite los cargos descritos en los documentos presentados el 25 de marzo de 2022, siendo estos los establecidos en los numerales 2,3, y 4 del artículo 268 del COGEP; ergo, lo enunciado como error de procedimiento emerge como una falacia que hace que la censura sea improcedente.

17.3. Ergo, el presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; *per se*, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

18. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral ^a9.º de la presente sentencia, se aceptó a trámite los recursos en su integridad, por los casos 2, 3, y 4 del artículo 268 del COGEP respecto de

los cuales, los recurrentes, en sus memoriales impugnatorios, argumentan lo siguiente:

19. Sobre el caso 2 del artículo 268 del COGEP (recurrentes Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez):

^a (1/4) La norma de derecho que estimamos infringida es el Art. 89 del Código Orgánico General de Procesos, que nos permitimos citar (1/4)

Bajo este contexto, la sentencia de fecha 11 de febrero del 2022, las 16h03 (VOTO DE MAYORÍA del DR. ADRIANO LOJÁN ZUMBA y DR. PABLO SANTIAGO NARVÁEZ CANO), dictada por la Sala Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Loja, incurre en una MOTIVACIÓN APARENTE, por las siguientes razones: (1/4)

4.1.4.1.1.- INCONGRUENCIA FRENTE A LAS PARTES. (1/4)

En este orden de ideas, debemos partir del THEMA DECIDENDI principal de presente proceso, por un lado, el accionante DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO en su acto de proposición consistente en el escrito de demanda que obra de fojas 408 a 414 del expediente de primer nivel, en las CUESTIONES FÁCTICAS, indica que ha existido una SOCIEDAD DE HECHO para la explotación de materiales pétreos en la Concesión Minera Catamayito, ubicada en el Cantón Catamayo de la Provincia de Loja, entre el accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, el señor Miguel Enrique Romero Jarre, el señor Augusto Vinicio Eguiguren Suárez y el suscrito Arturo José Eguiguren Suárez, como CUESTIONES JURÍDICAS el accionante DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO, indica textualmente ampararse en el Art. 1453, 1572 y 1728 del Código Civil.

Por otro lado, el señor MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE en su escrito de contestación a la demanda (fojas 453-464 de la primera instancia), el señor AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN SUÁREZ en su libelo de contestación a la demanda (fojas 472-478 del expediente de primer nivel), y, el suscrito ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SUÁREZ en su escrito de contestación a la demanda (fojas 485-489 de la primera instancia), como CUESTIONES FÁCTICAS sostienen que NIEGAN LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO, que el accionante nunca ha aportado ni invertido ninguna cantidad para con los demandados, como CUESTIÓN JURÍDICA han opuesto

la EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO.

Estas dos posiciones antagónicas, es lo que constituye el THEMA DECIDENDI PRINCIPAL del presente proceso.

En la sentencia de fecha 11 de febrero del 2022, las 16h03 (VOTO DE MAYORÍA del DR. ADRIANO LOJÁN ZUMBA y DR. PABLO SANTIAGO NARVÁEZ CANO), dictada por la Sala Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Loja, se indica: (1/4)

Como se puede apreciar, en la sentencia del Tribunal ad quem, se incurre en un VICIO DE INCONGRUENCIA FRENTE A LAS PARTES por lo siguiente:

A) El Tribunal de Alzada, NO RESUELVE el tema principal de la controversia, que radica en la EXISTENCIA O NO DE LA SOCIEDAD DE HECHO, pues no existe exposición argumentativa sobre los puntos de s cuestiones fácticas de los sujetos procesales:

No se argumenta ni motiva sobre si existió o no la base de la sociedad de hecho o cuentas en participación, que es la aportación común de los socios de dinero, bienes o trabajo apreciable en dinero, punto trascendental, por cuanto toda sociedad incluida la de hecho, debe partir, de una aportación común, en la sentencia recurrida nada se indica sobre si existió o no este elemento, que tiene íntima relación con la CAUSA PETENDI tanto de la demanda como de la contestación a la demanda, incluso es argumento del recurso de apelación de los suscritos Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez.

- No se argumenta ni motiva, sobre si existió o no el reparto de beneficios, que es otro de los elementos que configuran las sociedades incluidas la de hecho.

- Como podrá apreciar la H. Sala Nacional, en la sentencia materia de recurso de casación, no se establece en la motivación fáctica, en base a qué elementos probatorios, a qué sistema de valoración probatoria, y, como justifica que el accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, haya aportado la suma de \$ 160.768,55.

No se establece en la motivación fáctica, cuál sería la aportación común del señor Miguel Enrique Romero Jarre, ni mucho menos, cuál sería la aportación común de los hermanos Augusto Vinicio y Arturo José Eguiguren Suárez.

- En la sentencia impugnada, se indica que el objeto principal del proceso es la

"devolución de dineros", y, que los demandados (suscritos casacionistas) hemos centrado la discusión en la "inexistencia de la sociedad de hecho", es decir, como que este último punto no sea relevante, cuando es la causa petendi (questio facti) de la acción del Dr. Galo Ortega.

4.1.4.1.2 MOTIVACIÓN PER RELATIONEM INSUFICIENTE. (1/4)

En este orden de ideas, la sentencia (1/4) indica: (1/4)

El vicio motivacional per relationem, se produce de la siguiente manera:

A) La sentencia del Tribunal de Apelación voto de mayoría de los Doctores Adriano Loján Zumba y Pablo Santiago Narváez Cano, hacen suyos los argumentos fácticos, análisis y resolución del voto de minoría del Dr. Carlos Fernando Maldonado Granda, es decir, han argumentado su decisión en base a otra sentencia.

B) La sentencia que utilizan para argumentar, NO es la sentencia que dicen confirmar (fallo de primera instancia), SINO UN VOTO SALVADO que disiente con el voto de mayoría.

C) No existe argumento fáctico, ni jurídico, ni probatorio que sustente el voto de mayoría de los Doctores Adriano Loján Zumba y Pablo Santiago Narváez Cano, ya que no hay resolución explícita que determine el ITER MENTAL del Juzgador acerca de la apreciación probatoria (individual y conjunta), ni determinación lógica y coherente de premisas y conclusiones, se expresa en forma general, que hacen propios el análisis y resolución del voto de minoría, no se explica cuáles son las pruebas actuadas, ni el método o criterio de valoración empleado, ni la valoración conjunta (sana critica), ni las premisas y conclusiones a las que se arriban en forma concatenada, cronológica y coherente.

4.1.4.1.3 INCOHERENCIA LÓGICA EN LA ARGUMENTACIÓN SOBRE LA APRECIACIÓN PROBATORIA Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS QUE SE ESTIMAN PROBADOS. (1/4)

Existe un vicio motivacional de incoherencia lógica en el argumento sobre apreciación probatoria y determinación de los hechos en la sentencia impugnada, por las siguientes razones:

A) Como podrá apreciar la H. Sala Nacional, existe un ARGUMENTO GLOBALIZANTE, cuando se indica que los demandados (suscritos casacionistas) no

hemos "aportado ninguna prueba", cuando del mérito procesal existen varias pruebas documentales que se ha incorporado a juicio de nuestra parte, a las cuales **NO SE LAS ANALIZA** en forma individual ni se exterioriza el valor o apreciación que se les da a las mismas.

B) Se argumenta en forma **GLOBALIZANTE** sobre "(...) la contundencia de la prueba pericial, testimonial y las evasivas reiteradas de los demandados (...)", refiriéndose a la prueba del actor Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, pero no se **ARGUMENTA EN FORMA INDIVIDUALIZADA** a qué prueba pericial se hace referencia, ya que en el proceso se ha practicado pericia contable y pericia informática, tampoco se hace una especificación a cuáles testigos se les ha otorgado un valor contundente.

C) **NO** se analiza en forma pormenorizada la prueba pericial ni testimonial, a fin de que se pueda poner de manifiesto el iter mental del Juzgador al momento de la apreciación probatoria, ni tampoco se determina el método de valoración (sana crítica, libre convicción o tarifa legal, que son los principales métodos de valoración probatoria existente), ni las reglas jurídicas de valoración (indivisibilidad de la prueba documental, testimonial, y la valoración en conjunto), ni el proceso lógico de premisas y conclusiones a las que se arriba.

4.1.4.2 VICIOS MOTIVACIONALES EN LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA. (¼)

En la sentencia del Tribunal Ad quem, en su parte pertinente indica: (¼)

Claramente podrá observar la H. Sala Nacional, que, en la sentencia impugnada, no se realiza un argumento jurídico suficiente, por lo siguiente

- No se realiza proceso de selección de la norma jurídica que solucione el fondo de la controversia legal, se enuncia y cita doctrina respecto de la carga probatoria, se pone de manifiesto el Art. 169 COGEP referente a la carga probatoria, y, el Art. 177.6 del COGEP referente a las respuestas evasivas, **PERO NO EXISTE SELECCIÓN DE NORMA SUSTANTIVA** que resuelva la contienda legal.

-No existe explicitación del método de interpretación normativa.

- No existe explicitación de la **PERTINENCIA** de la aplicación de las normas jurídicas a los **ANTECEDENTES DE HECHO**. No existe determinación de las **CONSECUENCIAS JURÍDICAS** en el caso concreto y para la decisión final (decisum).

La sentencia (1/4) al no cumplir con el requisito de la motivación, es constitucionalmente nula (1/4)° (Sic)

20. Sobre el caso 3 del artículo 268 del COGEP (recurrente Miguel Enrique Romero Jarre):

ª (1/4) El Art.92 del COGEP, es vulnerado por un VICIO CITRA O MÍNIMA PETITA. (1/4)

La parte específica donde se produce el error derecho en la sentencia (1/4) es en ordinal 2 y en la parte resolutive, conforme me permito transcribir (1/4)

La parte resolutive de la sentencia de voto de mayoría del Dr. Adriano Lojan Zumba y Dr. Pablo Santiago Narváez Cano, debe tomarse en relación al auto de corrección de errores de escritura de fecha 14 de marzo del 2022, las 14h21, que dice textualmente: (1/4)

La causal citada ut supra, contiene un VICIO IN PROCEDENDO de la sentencia que consiste en que el fallo sea incongruente con los puntos materia de la litis lo que se conoce como INCONGRUENCIA EXTERNA DEL FALLO.

El principio de congruencia de la sentencia, se encuentra previsto en el Art. 92 de Código Orgánico General de Procesos, que transcribo a continuación: (1/4)

En el caso sub lite, lo que alego en contra de la sentencia (1/4) es que se ha incurrido en MÍNIMA O CITRA PETITA, conforme procedo a fundamentar a continuación:

4.1.5.1 Puntos en que se trabo la Litis (1/4)

Para fundamentar la presente censura en contra de la sentencia del Tribunal Ad quem, es preciso, partir de la identificación de los PUNTOS MATERIA DE LA LITIS, los cuales se encuentran determinados por la demanda del accionante DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO, las contestaciones a la demanda de los demandados: ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SUÁREZ, AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN SUÁREZ y el suscrito MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE, así como los recursos de apelación tanto del accionante y de los demandados:

A.- DEMANDA DEL DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO. La demanda del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo que obra de fojas 408 a 414 de la primera instancia,

establece su CAUSA PETENDI que: "ha existido una sociedad de hecho con los demandados Arturo José Eguiguren Suárez, Augusto Vinicio Eguiguren Suárez y el suscrito Miguel Enrique Romero Jarre, para la explotación de material pétreo en la Concesión Minera Catamayito del Cantón Catamayo de la Provincia de Loja, a la cual alude haber realizado entregas de dinero en aportación y/o préstamo".

Y la pretensión de la demanda la determina en los siguientes puntos: (1/4)

B.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DEL SEÑOR ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SUÁREZ.

El demandado señor Arturo José Eguiguren Suárez en su escrito de contestación a la demanda de fojas 485 a 489 de la primera instancia, en lo principal niega la existencia de la sociedad de hecho aludida por el accionante y niega que el actor haya entregado dinero alguno, por lo que deduce las siguientes excepciones:

- 1) Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.*
- 2) Improcedencia de la demanda.*
- 3) Inexistencia de provisión de fondos de parte del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, ni como inversión ni como préstamos.*
- 4) Demanda falsa, con intención de obtener lucro económico injusto.*
- 5) Inexistencia de la sociedad de hecho aludida en la demanda.*

C. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DEL SEÑOR AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN SUÁREZ (1/4)

D.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DEL SEÑOR MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE.

La contestación a la demanda del suscrito Miguel Enrique Romero Jarre conforme consta en el escrito de fojas 453 a 464 de la primera instancia, en lo principal niega la existencia de la sociedad de hecho aludida por el accionante y niega que el actor haya entregado dinero alguno, se indica que el dinero es propio, producto de la venta de material pétreo mediante contratos con el Municipio de Loja y a la empresa HORMIGONERA LOJA HORMILOJA, del cual al accionante Dr. Galo Ortega Criollo le confió la administración, mas no ha recibido ninguna inversión ni préstamo por parte del actor, por lo que deduce las siguientes excepciones

- 1) *Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda*
- 2) *Improcedencia de la demanda*
- 3) *Inexistencia de provisión de fondos de parte del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, ni como inversión ni como préstamos*
- 4) *Demanda falsa, con intención de obtener lucro económico injusto. (1/4)*

E. RECURSO DE APELACIÓN DEL ACCIONANTE DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO.

El accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, interpuso recurso de apelación con su respectiva fundamentación, mediante escrito físico de fojas 1453 a 1454 vuelta del expediente de primera instancia, y, en igual tenor mediante escrito firmado electrónicamente de fojas 1455 a 1456 vuelta de la primera instancia, en la cual los puntos de apelación se contraen a lo siguiente: (1/4)

F.- RECURSO DE APELACIÓN DE LOS SEÑORES ARTURO JOSÉ Y AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN SUÁREZ.

Los demandados señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, fundamentaron su recurso de apelación, mediante escrito de fojas 1479 a 1486 del expediente de primera instancia, en la cual los puntos de apelación se contraen a lo siguiente

***2.2 INEXISTENCIA DE SOCIEDAD ACCIDENTAL DE HECHO O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN:**

(...) En este contexto en la sentencia de primer nivel no se ha considerado lo siguiente.

1. Que no existe aportación de mis mandantes señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, en el fallo se indica que se ha justificado la existencia de un "CUASICONTRATO", sin pronunciarse si existe o no la supuesta "sociedad de hecho o cuentas en participación" que es materia de la litis.

En el remoto caso de que se hubiera indicado en la sentencia de primer nivel, una presunta sociedad de hecho, surge la pregunta obvia: ¿Qué han aportado los señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren?

La respuesta obtenida en mérito de los autos y actuaciones probatorias en la audiencia

de juicio, es NO HAN APORTADO NADA EN ABSOLUTO.

Por ende, no hay aportación de nuestra parte, como para que la señora Jueza a quo, concluya que existe un "cuasicontrato", ni tampoco una "sociedad de hecho o cuentas en participación".

II. No se ha determinado procesalmente que el señor Miguel Enrique Romero Jarre haya aportado con el accionante, ni mucho menos mis mandantes señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez

El señor Miguel Enrique Romero Jarre, tiene su negocio de venta de material pétreo independiente de mis mandantes.

Si entre el señor Miguel Romero y el accionante Dr. Galo Ortega existe enemistad y varios juicios civiles y penales, no es un conflicto con los señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez

III. No se ha acreditado con prueba suficiente que el Dr. Galo Ortega haya aportado dinero alguno, solo se basa en mensajes de correo, sin que existan medios como facturas, recibos, cheques o transferencias de una cuantiosa suma que indica el actor en su demanda (USD 160.768.55).

(..) Ahora el segundo presupuesto para, para que exista una sociedad (incluida la de hecho o cuentas en participación), es que exista PARTICIPACIÓN DE BENEFICIOS.

(...) Claramente la H. Sala Provincial podrá apreciar lo siguiente:

- El negocio de venta de material pétreo es exclusivo del señor Miguel Enrique Romero Jarre, y que los ingresos son de provisión de material pétreo al Municipio de Loja y de venta de pétreo a la Hormigonera Loja, ascienden a USD 531 585,18, ingresos del señor Miguel Enrique Romero Jarre.

De esos ingresos, mis mandantes señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, NUNCA han tenido participación de beneficios, ya que nunca han emprendido un negocio común.(1/4)

RECURSO DE APELACIÓN DEL SEÑOR MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE.

El suscrito Miguel Enrique Romero Jarré, fundamenté mi recurso de apelación, mediante escrito de fojas 1445 a 1452 vuelta del expediente de primera instancia. en la cual los puntos de apelación se contraen a lo siguiente:

"(1/4) 1.4 TRASCENDENCIA DEL ERROR DE JUICIO EN LA PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO APELADO:

El error es trascendente, por cuanto de haberse valorado la prueba en forma legal, objetiva y con la sana crítica, se debió por parte de la señora Jueza a quo determinar lo siguiente.

a) Que no se ha determinado la existencia de una sociedad accidental (sociedad de hecho o cuentas en participación), por cuanto no existe aportación común, ni de los señores Augusto Vinicio y Arturo José Eguiguren Suárez, ni del accionante Dr. Galo Ortega Criollo, ni del señor Miguel Enrique Romero Jarre.

b) Los mensajes de correos electrónicos son insuficientes para acreditar la entrega de dinero, al no contener firma electrónica, y al no existir DOCUMENTOS CONTABLES, BANCARIOS NI FACTURAS que acrediten la suma alegada por el accionante.

c) Los testimonios no son concordantes ni contundentes.

d) Que las maquinarias: volquetas, remolque tipo bañera, cargadoras, mediante prueba documental se ha determinado que fueron adquiridas y pagadas el precio por el compareciente MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE, y su contenido se sujeta a las siguientes disposiciones legales.

C. Civil: "Art. 1726.- (1/4)

e) Que resulta manifiestamente improcedente, que el actor aluda una sociedad de hecho y reclame la restitución de valores "prestados o invertidos" (según el texto de la demanda), cuando en el caso remoto e improbable de haberse justificado la sociedad accidental, lo que jurídicamente factible hubiera sido una liquidación de ganancias y pérdidas.

Pero en el presente proceso, ni se ha justificado la existencia de la sociedad de hecho, ni mucho menos procede el pago que ordena la sentencia del a quo, ya que tampoco se ha acreditado un "cuasicontrato" ni la entrega de tal desmedida suma que se ordena pagar en la sentencia de primer nivel.(1/4)

*A) En la demanda del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo en la causa petendi se alega la **presunta existencia de una sociedad de hecho entre el actor** y los demandados señor Arturo José Eguiguren Suárez, Augusto Vinicio Eguiguren Suárez y Miguel Enrique Romero Jarre, y, se solicita como pretensión (1/4)*

*En contrapartida, los demandados antes indicados, se han excepcionado principalmente con la **INEXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO** aludida en la demanda. (1/4) Claramente, se ha OMITIDO resolver sobre la CAUSA PETENDI principal de la demanda del DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO, y, la EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO deducida por la parte demandada, la sentencia únicamente se refiere a citas doctrinarias sobre la carga probatoria, PERO NO RESUELVE estos PUNTOS PRINCIPALES DEL LITIGIO, pues, la aludida "sociedad de hecho" es el punto neurálgico del proceso, no se resuelve en la sentencia de voto de mayoría, si existe o no la sociedad de hecho que es materia del litigio.*

De igual manera, NO EXISTE PRONUNCIAMIENTO en la sentencia (1/4) sobre las DEMÁS EXCEPCIONES de los demandados (1/4)

C) En la PARTE RESOLUTIVA de la sentencia (1/4) se indica: (1/4)_

(1/4) Como podrá observar la H. Sala Nacional de Justicia, la sentencia del Tribunal Ad quem, NO TIENE DECISIÓN (DECISUM), sobre los recursos de apelación ni del actor DR. GALO ORTEGA CRIOLLO ni del recurso de apelación del compareciente MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE.

Se alude que están "conformes con lo resuelto por el voto de minoría" del Dr. Carlos Fernando Maldonado Granda, voto que no tiene NINGÚN VALOR DECISORIO al ser de minoría o voto salvado.

La sentencia de voto de mayoría, DEBÍA RESOLVER TODOS LOS PUNTOS MATERIA DEL LITIGIO Y LOS ARGUMENTOS DE TODOS LOS RECURSOS DE APELACIÓN, sin embargo, no lo hace, y, produce una SENTENCIA INCONGRUENTE POR CITRA O MINIMA PETITA.

Al existir el vicio de incongruencia señalado, la sentencia impugnada debe ser casada, y, en su lugar se dicte la sentencia de mérito correspondiente (1/4)° (Sic).

21. Sobre el caso 4 del artículo 268 del COGEP (recurrentes Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez):

“(1/4) SE HA INCURRIDO EN FALTA DE APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS JURÍDICOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, PREVISTOS EN EL ART 199, ART 222 INCISO CUARTO Y ART. 186 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, LO QUE HA CONDUCIDO A LA NO APLICACIÓN DE LA NORMA DE DERECHO SUSTANTIVO DE TODO EL CONTENIDO DEL ART 1959 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA SENTENCIA (1/4)

El Art. 199 del Código Orgánico General de Procesos, es vulnerado por FALTA DE APLICACIÓN

El Art. 222 inciso cuarto del Código Orgánico General de Procesos en relación con el Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos, son vulnerados por FALTA DE APLICACIÓN (1/4)

Los medios probatorios sobre los cuales recae el vicio son los siguientes:

a) La materialización de mensajes de correo electrónico que obra de fojas 207 a 371 del expediente de primera instancia.

b) La declaración de la perito contable Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la certificación conferida por el Banco de Loja de fojas 990 del cuaderno de primer nivel; a la certificación conferida por el Banco de Loja de fojas 1021 y 1021 vuelta de la primera instancia, al informe de fecha 17 de octubre del 2017 suscrito por la Dra. Carmen Zabaleta de fojas 6 a 8 del expediente de primer nivel, al informe de fecha 07 de junio del 2018 suscrito por la Dra. Carmen Zabaleta de fojas 11 a 12 del cuaderno procesal de primera instancia, la certificación suscrita por la Dra. Carmen Zabaleta Costa de fojas 1172 de la primera instancia, la declaración de la testigo Dra. Carmen Zabaleta, la declaración de la testigo Abg. María Rosa Romero Jarre, y, la prueba documental de los contratos con el Municipio de Loja que obran de fojas 115 a 134 de la primera instancia, y, de fojas 1033 a 1135 (remitidas mediante oficio ML- DF-2020-174) del expediente de primer nivel.

4.2.5 PARTE ESPECÍFICA DE LA SENTENCIA DONDE SE PRODUCE EL ERROR DE DERECHO.

La parte específica donde se produce el error de derecho en la sentencia (1/4) es en ORDINAL 2 cuya parte pertinente, continuación citamos: (1/4)

4.2.6 NORMA INDIRECTAMENTE. DE DERECHO SUSTANTIVO VULNERADA

La norma jurídica de derecho sustantivo que estimamos infringida indirectamente es todo el contenido del Art. 1959 del Código Civil, que transcribimos a continuación.

"Art. 1959.- (¼)

Esta norma jurídica sustantiva es vulnerada indirectamente por NO APLICACIÓN. (¼)

4.2.7.1.1 VULNERACIÓN DEL PRECEPTO JURÍDICO APLICABLE A LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL ART. 199 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

El precepto jurídico aplicable a la valoración probatoria del Art. 199 del Código Orgánico General de Procesos, dispone: (¼)

El precepto jurídico del Art. 199 del Código Orgánico General de Procesos es vulnerado por FALTA DE APLICACIÓN por los siguientes motivos: (¼)

B) El Tribunal Ad quem, NO APLICA el Art. 199 del Código Orgánico General de Procesos, sobre el medio de prueba documental consistente en la materialización de mensajes de correo electrónico que obra de fojas 207 a 371 del expediente de primera instancia, por cuanto, NO SE VALORA TODO EL CONTENIDO de los mensajes de correo electrónico, especialmente, para determinar que los mensajes de correo electrónico hacen alusión a pagos, PERO QUE NO INDICAN NOMBRE DE PROVEEDOR, NI FACTURA NI DOCUMENTO DE SOPORTE de los supuestos pagos que constan en los mensajes de correo electrónico.

C) El yerro indicado, es transcendente por cuanto el Tribunal Ad quem debió concluir que los mensajes de correo electrónico, NO TIENEN UN VALOR DE PRUEBA PLENA en el presente proceso.

4.2.7.1.2 VULNERACIÓN DEL PRECEPTO JURÍDICO APLICABLE A LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL ART. 222 INCISO CUARTO DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS EN RELACIÓN CON EL ART. 186 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. (¼)

El precepto del Art. 222 inciso cuarto del Código Orgánico General de Procesos prescribe (¼)

Este precepto jurídico tiene el siguiente contenido:

a) *Es un precepto jurídico que regula la prueba pericial.*

b) *Establece que la sustentación del informe pericial se realizará mediante declaración del perito en audiencia, mediante las normas previstas para los testigos, particular que tiene relación con el Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos.*

El precepto jurídico aplicable a la valoración probatoria, del Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos, prescribe: (1/4)

Este precepto jurídico tiene el siguiente contenido:

a) *Es un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba testimonial.*

b) *Impone el deber al Juzgador de valorar la declaración en todo su contexto (indivisibilidad de la declaración).*

c) *Impone el deber al Juzgador de valorar la declaración en relación a las demás pruebas (valoración en conjunto).*

El precepto jurídico del Art. 222 inciso cuarto en relación al Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos, son vulnerados por FALTA DE APLICACIÓN por las siguientes razones: (1/4)

B) El inciso cuarto del Art. 222 del Código Orgánico General de Procesos establece que los peritos sustentaran sus informes mediante declaración en audiencia siguiendo las reglas para los testigos, esto, en relación al Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos que establece la valoración de la declaración en todo su contexto y en relación a las demás pruebas incorporadas al juicio.

C) El Tribunal Ad quem, NO HA VALORADO EN TODO EL CONTEXTO la declaración de la perito contable Ing. Eliana Morales Moreno, especialmente, a las respuestas rendidas al contrainterrogatorio, donde indicó que su experticia la basa únicamente en correos electrónicos, SIN QUE HAYA REALIZADO CONSTATACIÓN CONTABLE DE FACTURAS, NOTAS DE VENTA, DOCUMENTO O SOPORTE que acredite las supuestas transacciones que indican los mensajes de correo electrónico, y, que ha utilizado los informes de la Dra. Carmen Zabaleta y de la Abg. María Rosa Romero Jarre para realizar la pericia.

D) El Tribunal Ad quem, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la certificación conferida por el Banco de Loja de fojas 990 del

cuaderno de primer nivel, donde consta que en la cuenta de ahorros del señor AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN SÚAREZ, NO SE REGISTRAN depósitos, transferencias o cheques del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, lo cual demuestra que no existe soporte de depósito, transferencia o cheque que acredite la entrega de dinero que alude el actor del presente proceso, por lo que es ERRADO que el Tribunal Ad quem, indique en su conclusión que no se ha aportado ninguna prueba para acreditar la inexistencia de entrega de dinero de parte del actor.

E) El Tribunal de Alzada, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la certificación conferida por el Banco de Loja de fojas 1021 y 1021 vuelta de la primera instancia, donde consta que en la cuenta de corriente del señor ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SÚAREZ, NO SE REGISTRAN depósitos, transferencias o cheques del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, lo que determina el ERROR en que se ha incurrido en la sentencia de segunda instancia, puesto que, esta certificación justifica que no han existido entrega de dinero de parte del accionante hacia el compareciente Arturo Eguiguren.

F) El Tribunal de Apelaciones, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación al informe de fecha 17 de octubre del 2017 suscrito por la Dra. Carmen Zabaleta de fojas 6 a 8 del expediente de primer nivel, en el cual se lee:

"La presente revisión la efectúo en el periodo comprendido desde Enero 2015 a Septiembre 2017, el alcance de este trabajo se realizó en base a los correos electrónicos enviados por parte del Dr. Galo Ortega a otros, es necesario indicar que dicha información no respalda la contabilidad y por ende no tiene validez tributaria (...) (...) CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

1.- No existe documentación soporte, la revisión únicamente se realizó en base a correos electrónicos e información otorgada por el Doctor Galo Ortega."

Esto incide en la conclusión de la sentencia impugnada sobre la pericia de la Ing. Eliana Morales, ya que esta pericia NO ES CONTUNDENTE, ya que uno de los informes que sirve de base a la pericia, indica que NO EXISTE DOCUMENTACIÓN DE SOPORTE, QUE NO RESPALDA LA CONTABILIDAD, y, QUE NO TIENE VALIDEZ TRIBUTARIA.

G) El Tribunal de Apelaciones, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación al informe de fecha 07 de junio del 2018 suscrito por la

Dra. Carmen Zabaleta de fojas 11 a 12 del cuaderno procesal de primera instancia, en el cual se puede observar que dice:

"Señor Fiscal me permito indicar a usted, que he procedido a la revisión solicitada, sin embargo es necesario indicar que una vez revisado los valores que se registraron en un detalle de Excel de acuerdo a los correos enviados por el Dr. Ortega con la contabilidad personal del señor Romero, no se tiene la información necesaria; ya que no se me informó en los correos a que proveedor fue pagado dichos valores (...)"

La no valoración de la declaración de la perito Ing. Eliana Morales, en relación a este informe, produce una conclusión errada en la sentencia del Tribunal Ad quem, pues, NO PUEDE SER CONTUNDENTE una pericia, que se funda en un informe de otra contadora (Dra. Carmen Zabaleta), en la que se indica QUE NO SE TIENE LA INFORMACIÓN NECESARIA, YA QUE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS NO INFORMAN A supuestamente se han pagado dichos valores. QUÉ PROVEEDOR

H) El Tribunal de Apelaciones, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la certificación suscrita por la Dra. Carmen Zabaleta Costa de fojas 1172 de la primera instancia, que indica que en la contabilidad del señor Arturo José Eguiguren Suárez, NO SE REGISTRAN CUENTAS POR PAGAR al Dr. Galo Ortega Criollo, lo cual determina que es un YERRO que la sentencia de segunda instancia, concluya que "no se ha aportado ninguna prueba" para demostrar la inexistencia de entrega de dineros que alude el actor del presente proceso.

I) El Tribunal de Apelaciones, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la declaración de la testigo Dra. Carmen Zabaleta, la cual manifiesta en la parte pertinente QUE NO EXISTEN COMPROBANTES CONTABLES NI TRIBUTARIOS de lo que indican los correos electrónicos remitidos por el Dr. Galo Ortega Criollo.

J) El Tribunal de Apelaciones, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la declaración de la testigo Abg. María Rosa Romero Jarre, quien indicó que hizo un informe contable casero, ya que no es su especialidad, y, que consideró que los dineros que allí se indicaban son de los ingresos de su hermano (sr. Miguel Romero Jarre) que ha obtenido de los contratos con el Municipio de Loja, y, esto en relación a la prueba documental de los contratos con el Municipio de Loja que obran de fojas 115 a 134 de la primera instancia, y, de fojas 1033 a 1135 (remitidas mediante oficio ML-DF-2020-174) del expediente de primer nivel.

El Tribunal Ad quem, al no valorar la declaración de la perito Ing. Eliana Morales, en relación a que uno de los informes base de la pericia, es el informe contable casero realizado por la Abg. Maria Rosa Romero Jarre, quien indica que NO ES SU ESPECIALIDAD LA CONTABILIDAD, por ende, no es un elemento técnico que sustente la pericia de la Ingeniera Morales, por otro lado, la declarante Ab. María Rosa Romero Jarre, indica que la entrega de dinero que aluden los correos, consideró que era el propio dinero de su hermano (Sr. Miguel Romero) producto de la provisión de pétreo al Municipio de Loja, de lo que existen la certificación de estos contratos, lo que corrobora que el señor Miguel Romero tenía sus propios ingresos, y, no que el actor del presente juicio haya aportado dinero alguno.

4.2.7.2 INCIDENCIA DEL VICIO EN LAS CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Las transgresiones a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria antes indicadas, tienen INCIDENCIA en las conclusiones de la sentencia impugnada, la cual indica: (1/4)

Las conclusiones de la sentencia del Tribunal Ad quem, son ERRADAS por lo siguiente:

A) Es ERRADA la conclusión de que existe "CONTUNDENCIA" en la prueba del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, pues, la materialización de los mensajes de correo electrónico de fojas 207 a 371 del expediente de primera instancia, y que son base de la acción, en todo su contenido indivisible de los documentos (Art. 199 COGEP), NO INDICAN NOMBRE DE PROVEEDOR, NI FACTURA NI DOCUMENTO DE SOPORTE de los supuestos pagos que constan en los referidos mensajes. Es ERRADA la conclusión de que los demandados y suscritos casacionistas, Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, "NO HAN APORTADO PRUEBA ALGUNA PARA JUSTIFICAR LA INEXISTENCIA DE ENTREGA DE DINEROS DE PARTE DEL ACTOR", pues constan las certificaciones del Banco de Loja de fojas 990 y de fojas 1021-1021 vuelta de la primera instancia, que justifican que NO EXISTEN DEPÓSITOS, NI TRANSFERENCIAS BANCARIAS NI CHEQUES en la cuentas de los suscritos casacionistas, que hayan sido efectuados por el accionante Dr. Galo Ortega, por lo que si existe prueba actuada que acredita la inexistencia de entrega de dinero de parte del actora hacia los comparecientes.

En el mismo sentido no se ha valorado por el Tribunal Ad quem, que la certificación emitida por la Dra. Carmen Zabaleta de fojas 1172 de la primera instancia, que indica

que en la contabilidad del señor Arturo José Eguiguren Suárez, NO SE REGISTRAN CUENTAS POR PAGAR al Dr. Galo Ortega Criollo.

C) Es ERRADA la conclusión de la sentencia del Tribunal Ad quem, cuando indica que la PRUEBA PERICIAL de la parte actora, esto es, la declaración de la perito Ing. Eliana Morales Moreno, es "CONTUNDENTE", ya que de haber valorado la prueba pericial en relación a los demás medios probatorios (valoración en conjunto) se desprende todo lo contrario, esto es:

C.1 Que no puede tener contundencia la pericia de la Ing. Eliana Morales Moreno, cuando en su propia declaración indica que NO HA REALIZADO CONSTATACIÓN CONTABLE DE FACTURAS, NOTAS DE VENTA O DOCUMENTO DE SOPORTE de los pagos que aluden los mensajes de correo electrónico, lo cual debió ser valorado en todo su contexto (Art. 186 COGEP).

C.2 Que no puede tener contundencia la pericia de la Ing. Eliana Morales Moreno, cuando de las certificaciones conferidas por el Banco de Loja de fojas 990 y de fojas 1021-1021 vuelta de la primera instancia, se desprende que en la cuentas bancarias del señor ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SÚÁREZ y AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN NO SÚÁREZ, SE REGISTRAN depósitos, transferencias o cheques realizados por el accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, lo cual justifica que no han existido entrega de dinero del actor hacia los suscritos casacionistas.

C.3 Que no puede tener contundencia la pericia de la Ing. Eliana Morales Moreno, cuando indica en su declaración que su experticia la ha realizado en función de los informes de la Dra. Carmen Zabaleta Costa, cuando el informe de fecha 17 de octubre del 2017 suscrito por la Dra. Carmen Zabaleta (fojas 6 a 8 de la primera instancia); el informe de fecha 07 de junio del 2018 suscrito por la Dra. Carmen Zabaleta (fojas 11 a 12 del primer nivel); y, la declaración de la testigo Dra. Carmen Zabaleta Costa, determinan que los pagos que aluden los mensajes de correo electrónico remitidos por el Dr. Galo Ortega, NO TIENEN RESPALDO EN LA CONTABILIDAD, NI VALIDEZ TRIBUTARIA, NI INDICAN EL NOMBRE DEL PROVEEDOR, por lo que se determina que la pericia no tiene contundencia ni valor probatorio decisivo en el presente proceso, ni en contra del compareciente ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SUÁREZ, pues consta la certificación suscrita por la Dra. Carmen Zabaleta Costa de fojas 1172 de la primera instancia, que indica que en la contabilidad del señor Arturo José Eguiguren Suárez, NO SE REGISTRAN CUENTAS POR PAGAR al Dr. Galo Ortega Criollo.

C.4 Que no puede tener contundencia la pericia de la Ing. Eliana Morales Moreno, cuando indica en su declaración que su experticia la ha realizado en función del informe de la Abg. María Rosa Romero Jarre, ya que en la declaración de la testigo Abg. María Rosa Romero Jarre indicó: "QUE HIZO UN INFORME CONTABLE CASERO, YA QUE NO ES SU ESPECIALIDAD, Y, QUE CONSIDERÓ QUE LOS DINEROS QUE ALLÍ SE INDICABAN SON DE LOS INGRESOS DE SU HERMANO (SR. MIGUEL ROMERO JARRE) QUE HA OBTENIDO DE LOS CONTRATOS CON EL MUNICIPIO DE LOJA", lo de los contratos del municipio tiene constancia probatoria documental de los contratos con el Municipio de Loja que obran de fojas 115 a 134 de la primera instancia, y, de fojas 1033 a 1135 (remitidas mediante oficio ML-DF-2020-174) del expediente de primer nivel, por lo que el dinero fue exclusivo del codemandado señor Miguel Enrique Romero Jarre.

4.2.7.3 CONCLUSIONES CORRECTAS A LAS QUE DEBIÓ HABER ARRIBADO LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Las CONCLUSIONES CORRECTAS a las que debió haber arribado la sentencia del Tribunal de Apelaciones, estimamos que serían las siguientes: (1/4)

L) Que, en conclusión final, la demanda del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, es improcedente, por no haberse acreditado la existencia de la sociedad de hecho aludida en la demanda, ni la aportación o préstamo de dinero que constan en el libelo de demanda.

4.2.7.4 VULNERACIÓN INDIRECTA DE LAS NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO Y TRASCENDENCIA EN LA PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO.

*Por la transgresión de los preceptos de valoración probatoria, se **VULNERA INDIRECTAMENTE** por **NO APLICACIÓN**, la norma de derecho sustantivo del Art. 1959 del Código Civil que transcribimos a continuación: (1/4)*

*Esta norma sustantiva debió haber sido aplicada al caso concreto, por cuanto: a) El accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo no ha acreditado la aportación que alude en su demanda de \$ **160.768,55**, b) El accionante **no ha acreditado** conforme a Derecho **que haya existido aportación común** del señor Miguel Enrique Romero Jarre y de los señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, presupuesto esencial para la existencia de la sociedad de hecho que se alude en la demanda, c) Tampoco se ha probado que haya existido reparto de beneficios entre el accionante y los demandados,*

ya que el beneficio no puede ser puramente moral, y, d) Que no se ha determinado procesalmente la existencia de la sociedad de hecho, por lo que, es procedente la excepción deducida por los demandados de INEXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO, por lo que la demanda del accionante Dr. Galo Ortega deviene en improcedente

Este vicio in iudicando indirecto, influye en la parte resolutive de la sentencia impugnada que dice: (1/4)

*El **error es trascendente**, por cuanto de haberse aplicado los preceptos de valoración probatoria antes indicados, y de haberse aplicado la norma sustantiva del Art. 1959 del Código Civil, ante la inexistencia de la sociedad de hecho aducida por el accionante, el **RESULTADO DEL PROCESO debía ser DISTINTO**, esto es, que en la sentencia del Tribunal Ad quem, se debió haber aceptado los recursos de apelación de los demandados, y declarar sin lugar la demanda del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, por **IMPROCEDENTE**. (Sic)°*

V. PROBLEMA JURÍDICO

22. Delimitados los cargos planteados y admitidos a trámite, a su vez, corresponde dilucidar en función al principio dispositivo⁶ si las censuras fundamentadas en audiencia por los recurrentes, están dotadas de sustento y argumento válido; al respecto, se delimitan los problemas jurídicos a analizarse, que se circunscriben en las siguientes interrogantes:

¿La sentencia emitida por el Tribunal de apelación, incurre en un vicio de deficiencia motivacional?

⁶ Constitución de la República del Ecuador: "Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo".

¿El Tribunal *Ad quem*, incurre en el vicio de *citra petita*, al resolver la controversia en la forma constante en la sentencia impugnada?

¿El *Ad quem*, incurre en un error de omisión (falta de aplicación) de los artículos 186, 199, y 222 inciso cuarto del COGEP, en la valoración de la prueba, lo que condujo a la violación indirecta de normas de derecho sustantivo?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.

VI.1. LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

23. El Ecuador es ^a *...un Estado constitucional de derechos y justicia...^o*; en esa ilación, tomando como referente el contenido del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por nuestro país, se considera lo siguiente:

24. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...^{o7}.

⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

25. Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar los fallos o resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, debido proceso, y defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la CRE, establece lo siguiente:

“...En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...”.

26. Este derecho, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado Constitucional.

27. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión⁸; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión⁹.

28. En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

8 Constitución de la República del Ecuador: Art. 182: “(...) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”; **Art. 184:** “Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (...)”.

9 Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190: “Art. 190.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

29. Adicionalmente, resulta menester destacar que **el Ecuador es un Estado de derechos**, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

^a...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (1/4) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (1/4) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...^{o 10}.

30. Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la CRE, acogió esta institución en su artículo 426, en concordancia con el precepto del artículo 11.9 *ibídem*.

31. En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales; así, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que^a *...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...^o.*

32. En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

¹⁰ Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, pp. 29,30.

33. Finalmente, la CRE, determina que **el Ecuador es un Estado de justicia**, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que el mismo, tiene como objeto la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo, en procura de alcanzar sus fines, en la justicia especializada en materia civil y mercantil.

34. *Per se*, la casación, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación, dentro de su ámbito nomofiláctico y dikelógico.

35. La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”*¹¹

36. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo

¹¹ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

37. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal:

“Art. 250.- (¼) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad”; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *“es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede”*, en este sentido, *“rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley.”*¹²

38. El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el COGEP, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la resolución impugnada.

39. El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los actos jurisdiccionales descritos en el artículo 266 del COGEP, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso.

40. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que *“(¼) La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia”*.¹³

¹² Andrade, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.

¹³ Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

41. Ahora bien, el COGEP, al delimitar la forma de una propuesta casacional, en su artículo 267, textualmente señala:

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

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

42. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamandrei, define la casación como un instituto judicial *“...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...”*¹⁴

43. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen

¹⁴ Calamandrei, Piero, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI.2. Análisis individualizado de cada yerro acusado y admitido a trámite.

44. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptaron a trámite, los recursos, por los casos **2, 3, y 4 del artículo 268 del COGEP**; inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

VI.3. Estudio del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP deducido Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez.

45. El caso numeral 2 del artículo 268 del COGEP, establece lo siguiente:

"Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos (1/4)

2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."

46. Ahora bien, dicho caso, establece la posibilidad de tres vicios del fallo que pueden dar lugar a que el mismo sea casado; el autor Santiago Andrade Ubidia, sobre el tema, señala:

"Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el

*fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutive (...)
que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos
por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte
dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo
cuestionado (1/4) El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí
mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté
debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el
análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el
tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado¹⁵.*

47. Ergo, del análisis de la causal de casación, se estima que, para su configuración, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la ley.

- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles.

- Si la impugnación hace relación a que el fallo no cumple el requisito de motivación.

48. Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo¹⁶, son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

49. De los enunciados de la parte recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su

¹⁵ Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Editorial Andrade & Asociados Quito, 2005, p. 135-136.

¹⁶ **Constitución de la República del Ecuador:** "Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo".

fundamentación, de forma abstracta se circunscribe en la falta de motivación, indicando que se han soslayado los artículos 76 numeral 7 literal 1) de la CRE, y 89 del COGEP.

50. Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional¹⁷, doctrinaria¹⁸, y jurisprudencialmente¹⁹.

17 Desde la óptica del pluralismo jurídico y del bloque de constitucionalidad, en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al estándar mínimo que debe cumplir una resolución para ser considerada debidamente motivada, ha desarrollado el siguiente argumento, en el caso *Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela*: *"El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las 'debidas garantías' incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso"*. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Aptiz Barbera y otros Vs. Venezuela*, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.)

18 Dentro del ámbito doctrinario, respecto al tema de la motivación encontramos una diversidad de criterios emitidos por varios tratadistas, de los cuales recogemos el siguiente: *"(...) La motivación, afirma MUÑOZ SABATE, es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva. Más concretamente, se encuentra integrada en el sistema de las garantías procesales del artículo 24 CE, al igual que el sistema de recursos, además de ser un principio jurídico-político fundamental. Efectivamente, es un derecho-deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los Tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Afirmábamos anteriormente que las partes han de procurar que la prueba practicada lleve al órgano jurisdiccional a la convicción de sus respectivas posiciones. Una vez que ha llegado a esta convicción es éste el que ha de persuadir, en su resolución a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido y de la razonabilidad de la aplicación de la normativa invocada. De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica (...)"*. (Gaceta Judicial Serie XVII N°. 2, Resolución No -558-99 Juicio No 63-99 R.O. No 348 de 28 de diciembre de 1999, Juicio verbal sumario que por obra nueva sigue el Dr. Marcelo Regalado Serrano contra Edgar Ramiro Zurita Mantilla y Juana Tinizaray Jiménez.)

19 Desde la óptica de la jurisprudencia como fuente del derecho, la Corte Constitucional, ha desarrollado varios precedentes en torno al ámbito normativo y material del principio de la motivación, en el siguiente contexto:

"(...) La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto². La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones"³. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos" (Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No.1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, p. 6).

Dentro del ámbito jurisprudencial, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en torno al tema de la motivación, ha desarrollado el siguiente argumento:

51. La garantía de la motivación de las sentencias se halla establecida tanto en la norma constitucional como legal, asimismo desarrollada:

CRE: *ª Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionadosº.*

COFJ: *ª Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:*

(...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulosº.

COGEP: *ª Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos*

"Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener las razones o fundamentos para llegar a la conclusión o parte resolutive. La falta de motivación está ubicada en la causal 5ª del artículo 3 de la Ley de Casación y tiene como efecto la anulación del fallo. Cabe asimismo ese vicio, cuando los considerandos son inconciliables o contienen contradicciones por los cuales se destruyen los unos a los otros, por ejemplo, cuando el sentenciador afirma y niega, al mismo tiempo, una misma circunstancia, creando así un razonamiento incompatible con los principios de la lógica formal. Para encontrar los yerros acusados, el tribunal no debe atenerse exclusivamente a la parte resolutive sino también a la parte motivada, pues entre la una y la otra existe una relación causa y efecto, y forman una unidad" (Ecuador, Corte Suprema de Justicia Resolución N° .271 de 19 de julio de 2001, juicio 90-01 (DAC vs Cobo) R.O 418 de 24 de septiembre de 2001).

fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación°.

52. En forma concomitante, la emisión de un fallo que en su parte dispositiva tenga decisiones contradictorias o incompatibles, tiene relación con la falta o ausencia de motivación, *per se*, dicha cuestión constituye uno de los errores *in judicando* previstos en el derecho positivo, bajo la modalidad del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

53. Una vez delimitado el alcance de la causal de casación en análisis, corresponde estudiar el contenido de las normas jurídicas supuestamente soslayadas por los juzgadores de segunda instancia, por tal razón, es necesario advertir que la motivación debe ser apreciada desde una doble perspectiva, por una parte, como una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no serán arbitrarias, sino consecuencia de un razonamiento lógico, y, por otro lado, como una indefectible obligación de los administradores de justicia, que les impone el deber de justificar fáctica y jurídicamente la razón de sus decisiones.

54. Además, se debe ser enfático en lo siguiente: la obligación de motivar las resoluciones judiciales busca que la misma ^a *reúna ciertos elementos argumentativos mínimos°* y que la decisión cuente con una estructura mínimamente completa para establecer que es ^a *suficiente°*, es decir que, la argumentación contenga una ^a *fundamentación normativa suficiente°* y una ^a *fundamentación fáctica suficiente°*, con la finalidad de que el fallo se encuentre debidamente motivado, pues, no puede entenderse a la motivación como una simple enunciación mecánica de normas, doctrina, principios jurídicos y de antecedentes de hecho, sin conexión alguna; esta fundamentación necesariamente ha de estructurarse sobre criterios de coherencia y pertinencia, así lo exige el artículo 130 numeral 4 del COFJ:

^a (1/4) Art. 130.- (1/4) 4. *Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las*

resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos°.

(Énfasis añadido).

55. Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: ^a *...la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión...*^o ²⁰ (Énfasis añadido).

56. Es decir, tanto las normas jurídicas mencionadas en el presente fallo, como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen a los administradores de justicia el deber de construir sus fallos en base a un razonamiento lógico, el cual se consuma cuando los jueces explican razonadamente la conexión entre los preceptos jurídicos aludidos en su resolución, con los hechos que han sido debidamente acreditados en la especie, esta labor intelectual les permite llegar a una adecuada conclusión.

57. La Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, dictada dentro del caso No. 1158-17-EP, para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, ha desarrollado pautas jurisprudenciales, que establecen el siguiente criterio rector:

*^a ¼ En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos: (i) **una fundamentación normativa suficiente**, y (ii) **una fundamentación fáctica suficiente**. Esto quiere decir lo siguiente:*

61.1. Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en ^a la mera

²⁰ Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas^o. O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, ^a [l]a motivación no puede limitarse a citar normas^o y menos a ^a la mera enunciación inconexa [o ^a dispersa^o] de normas jurídicas^o, sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso.

61.2. *Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, ^a la motivación no se agota con la mera enunciación de [1/4 los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]^o, sino que, por el contrario, ^a los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [1/4 si] no se analizan las pruebas^o. En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en ^a la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas^o, sino que se debe: ^a exponer [1/4] el acervo probatorio aportado a los autos^o, ^a mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado^o y ^a permitir conocer cuáles son los hechos^o. Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes^o²¹*

58. Por ende, a efectos de obtener del Tribunal de casación un fallo que enmiende la violación argüida, la parte interpelante tenía la obligación de acreditar que los jueces de segunda instancia, al momento de reducir su sentencia a escrito, infringieron el criterio rector señalado *ut supra*, mediante la exposición de una fundamentación de orden técnico jurídico, capaz de llevar al convencimiento de los integrantes del Tribunal de casación, del cometimiento de la transgresión alegada.

59. En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si la parte recurrente pretendía justificar la causal 2 prevista en el artículo 268 del COGEP, en torno al incumplimiento del requisito de la motivación en la sentencia recurrida; tenía el deber de justificar, ^a *con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de motivación^o*²².

21 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

22 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No.1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021,p. 33.

60. Delimitado el alcance, tanto de la causal invocada, como de la garantía de la motivación, es posible sintetizar el alcance del cargo formulado por la parte impugnante, en falta de motivación de la resolución de segunda instancia. Ahora bien, ¿Cómo debía acreditar la mentada falta de motivación la parte recurrente?

61. Conforme anticipamos en líneas anteriores, el recurso de casación es técnico, por tal motivo, la acreditación de la violación argüida debía ajustarse a los siguientes estándares:

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.

- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

62. Al tenor de lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿La sentencia emitida por el Tribunal de apelación, incurre en un vicio de deficiencia motivacional?

63. En función de los principios de imparcialidad, y dispositivo, corresponde delimitar el estudio del cargo, de conformidad con lo fijado por los recurrentes, por medio de su defensor, en audiencia; en base a ello, se logra extraer los puntos medulares de la impugnación, relacionados con la presunta vulneración de los artículos 76 numeral 7 literal 1) de la CRE, y 89 del COGEP, ya que, el Tribunal de apelación:

- Incurre en un yerro en cuanto a la motivación, en la modalidad apariencia, subtipo incongruencia, frente a las partes y frente al derecho.
- Utiliza normas para resolver el caso, que no se adecúan al cuadro fáctico de la discusión.
- Falla en el elemento jurídico de la motivación puesto que, las normas que sirven de insumo para la decisión judicial no guardan relación con el contenido fáctico de la discusión.
- Pese a que, la disputa radica en establecer si hay una obligación entre actor y demandados, y que aquello debía justificarse con la cuestión probatoria, la misma no ha sido debidamente analizada tomando en cuenta que al accionante le corresponde probar sus afirmaciones.
- Afirma que el voto de dos Jueces constituye un voto salvado, determinación adjetiva que es errada e incongruente.
- En el numeral 5.6 de la sentencia, fija como objeto de apelación los reproches planteados por el demandado Miguel Romero Jarre, los mismos que no son analizados ni contestados.
- Contesta el problema jurídico sometido a resolución con la invocación del artículo 1453 del Código Civil, estableciendo la existencia de un convenio entre actor y demandados, lo cual es impreciso.
- Invoca el artículo 1728 del Código Civil, que regula el principio de prueba por escrito, sin embargo, al tomar la decisión se toma en cuenta correos y WhatsApp, que no se adecúan a este principio como para sustentar en los mismos la existencia de la obligación.
- No advierte que no existe comunicación escrita del demandado que determine la verosimilitud de las afirmaciones del actor, tan solo las comunicaciones del accionante, insuficientes para establecer la presunta obligación sobre la base del

artículo 1728 del Código Civil, lo que genera incongruencia.

- Pese a todas las cuestiones advertidas, las cuales eran razón suficiente para declarar sin lugar la pretensión del actor, resuelve lo contrario.
- Al momento de subsumir los hechos, los mismos no empatan con las normas invocadas.
- No indica cómo debe liquidarse la sociedad de hecho, que se dice ha existido, lo que resulta incongruente.

64. Ahora bien, al tratar de dotar de sustento a su cargo casacional, la parte recurrente, incurre en una imprecisión, ya que procura de parte del Tribunal de casación una nueva valoración probatoria, dicha cuestión la encontramos en el relato de la fundamentación descrita *ut supra*, cuando enfáticamente cuestiona el valor probatorio que se dio a ciertos correos electrónicos y WhatsApp, para sustentar la existencia de la obligación, o cuando cuestiona que no existe comunicación escrita (prueba documental) del demandado que determine la verosimilitud de las afirmaciones del actor, tan solo las comunicaciones (prueba documental) del accionante, insuficientes para establecer la presunta obligación.

65. Ergo, este Tribunal advierte que el cargo planteado, incurre en la prohibición establecida en el artículo 270 del COGEP, que señala: *“No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba”*; y, al configurarse tal pretensión, en los enunciados de la formulación propuesta, dicha cuestión deriva en la transgresión del principio de *no debate de instancia*, ya que se evidencia que la parte impugnante procura una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

“ (1/4) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es

potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (1/4)

*la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (1/4)*²³

66. Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de "no debate de instancia", por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la resolución, lo cual a decir de Murcia Ballén "se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia"²⁴. La parte recurrente debía delimitar el ámbito de la causal analizada (motivación) y la trascendencia de la violación argüida, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual, no se avizora debida fundamentación, demostración y trascendencia en el cargo planteado.

67. Sin dejar de lado el yerro de la propuesta impugnatoria, señalado en líneas anteriores; continuando con el análisis del cargo planteado, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁵, para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta con una argumentación jurídica suficiente, es decir, con una estructura mínimamente completa, integrada por estos dos elementos: **una fundamentación normativa suficiente**, y **una fundamentación fáctica suficiente**, lo cual constituye el **criterio rector** para un análisis adecuado.

23 Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

24 Murcia Ballén, Humberto, "Recurso de Casación Civil", 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59
25 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

68. Cuando se incumple aquel criterio rector, la argumentación jurídica adolece de motivación, observándose desde la óptica de la jurisprudencia constitucional, tres tipos básicos de deficiencia motivacional que son: la inexistencia; la insuficiencia; y, la apariencia. Por lo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación puede corresponder a alguna de estas tipologías elementales:

69. Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica²⁶.

70. Insuficiencia.- Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia.²⁷ Manuel Atienza, señala que *“el ideal de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión”*, en este sentido *“motivar suficientemente significa que se haya alcanzado en grado suficiente de expresión la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión”*²⁸

71. Apariencia.- Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia constitucional, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: incoherencia; inatención; incongruencia; e, incomprensibilidad²⁹, conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente contexto:

72. Incoherencia.- Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen -sus premisas y conclusiones- (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma

²⁶ Ibídem.

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

²⁸ Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, p. 136-138

²⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.

73. La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente. En cambio, una incoherencia decisional siempre implica que la argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación³⁰.

74. Inatinencia.- Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no ^atienen que ver^o con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez ^aequivoca el punto^o de la controversia judicial. La *inatinencia* implica que una argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado las razones inatinentes, no quedan otras que logren configurar una argumentación jurídica suficiente³¹.

75. Incongruencia.- Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho). La incongruencia frente a las partes puede darse por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta. La incongruencia (sea frente a las partes o sea frente al Derecho) siempre implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación.³²

30 *Ibíd.*

31 *Ibíd.*

32 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

76. Incomprensibilidad.- Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o -cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)- para un ciudadano o ciudadana.³³

77. Ahora bien, para analizar la cuestión planteada por los recurrentes, en torno a que el *Ad quem*, abstracta e incongruentemente invoca el artículo 1453 del Código Civil, sin determinar cuál es la fuente de la obligación utilizada para para resolver el conflicto judicial, atañe observar las reglas del Libro IV del Código Civil, intitulado *“De las obligaciones en general y de los contratos”*, el cual contiene una serie de delimitaciones conceptuales, referentes a las fuentes de las obligaciones, y aspectos relacionados con los actos y declaraciones de voluntad; la capacidad, los vicios del consentimiento; los efectos de las obligaciones; la prueba de las obligaciones; los modos de extinguir las obligaciones, etc.

78. Se precisa indicar que, como parte de la fundamentación jurídica, el *Ad quem*, invoca el artículo 1453 del Código Civil, señalado como fundamento de derecho de la demanda, norma que textualmente señala lo siguiente:

“Art. 1453.-Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

79. Ahora, en relación a la garantía normativa descrita en el párrafo que precede, nuestra legislación no reglamenta el acto jurídico, como sí lo hacen legislaciones foráneas. Sin embargo, partiendo de los principios contenidos en los primeros títulos del libro cuarto del Código Civil, se ha estructurado la doctrina del acto jurídico. - Los hechos voluntarios del hombre son clasificados según haya la

³³ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

intención de producir determinados efectos jurídicos, o que no exista esa intención. Los primeros reciben el nombre de actos jurídicos. Los segundos son hechos ilícitos.

80. El acto jurídico ha sido definido como la declaración unilateral o bilateral de voluntad, realizada con arreglo a la ley y destinada a producir efectos jurídicos.

81. El acto jurídico puede ser unilateral o bilateral. Es unilateral cuando proviene de una sola voluntad. A su vez, puede ser simple, cuando esa voluntad emana de una sola persona como el testamento; o puede ser colectivo, si proviene de la voluntad de varias personas. En este último caso hay la misma voluntad, en un solo sentido, en una única dirección, como en el otorgamiento de poder de dos o más personas; en la resolución de junta general de socios o accionistas sobre el reparto de utilidades. (Dentro de esta concepción, la constitución de una compañía, por lo general no será contrato, sino un acto jurídico unilateral colectivo; y más todavía, algunos autores, consideran que es de colaboración, para contraponer al acto contrato bilateral, en que hay contraprestaciones).

82. El acto jurídico es bilateral cuando hay dos o más voluntades que coinciden sobre un punto de derecho. En este caso, no existe un paralelismo como en el acto jurídico unilateral colectivo, sino que hay una convergencia. Cuando existe convergencia, estamos frente al consentimiento.- El acto jurídico bilateral recibe el nombre de convenio o convención. Tiene por objeto crear, modificar, conservar, transferir o extinguir derechos y obligaciones.- Cuando la convención crea derechos y obligaciones recibe el nombre específico de contrato.

83. La moderna doctrina también admite que puede haber contrato cuando modifica un derecho (como la prórroga de plazo de un contrato celebrado anteriormente).

84. Entonces tenemos que el contrato es una especie de convención, llamado a crear derechos y obligaciones. Todo contrato es convención, pero no toda convención es contrato.

85. La convención, según el artículo 1453 del Código Civil, también es fuente de la obligación. Hay una relación de causa a efecto. Pero la convención no es la única fuente de las obligaciones: hay otras,

como el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley.

86. La convención, a más de crear derechos y obligaciones (contrato), conserva, modifica, transfiere derechos y obligaciones. - El concepto de convención es amplio.

87. Ahora bien, relacionando lo indicado en los párrafos que preceden, con el problema jurídico planteado, es claro que el *Ad quem*, escoge a la convención como una de las fuentes de las obligaciones, para resolver el conflicto judicializado, la misma que conforme lo señalado, desde la óptica de la doctrina como fuente auxiliar del derecho, tiene un espectro de irradiación más amplio que la del contrato; consecuentemente, al haberse subsumido la cuestión fáctica esbozada en la súplica, en un acto jurídico bilateral denominado abstractamente inversión o sociedad de hecho, que tuvo como objetivo crear, modificar, y transferir derechos y obligaciones, cual es la convención, todo lo cual generó la obligación ahora pendiente de los demandados, según los hechos fijados como ciertos, no existe la incongruencia frente a las partes o frente al derecho acusada por los recurrentes, siendo improcedente su censura.

88.- En lo que respecta a la acusación de incongruencia entre la cuestión fáctica (relacionada a la entrega de valores económicos por parte del accionante a los demandados), y la subsunción de la misma en el artículo 1728 del Código Civil, que regula el principio de prueba por escrito, por presuntamente ^a no constar acto escrito del demandado o de su representante^o que haga verosímil el hecho litigioso, cabe indicar que, de la sentencia impugnada, se observan ciertos hechos fijados como ciertos, que determinan la existencia de dicho elemento (actos escritos de los demandados, entre ellos, los constantes en la aplicación de mensajería instantánea y en los correos electrónicos) a partir de los cuales, giró el análisis del caso en relación con otros hechos fijados en instancia, de todo lo cual emergió la prueba de la obligación reclamada a los accionados; ergo, la censura de los recurrentes emerge como una falacia argumentativa basada únicamente en la inconformidad con la justipreciación de la prueba realizada en la sentencia impugnada, que soslaya el principio de no debate de instancia, siendo por tanto improcedente su formulación.

89.- Este Tribunal considera que de la revisión de la sentencia impugnada, se evidencia que el órgano judicial de alzada, parte de la cuestión fáctica y contra fáctica planteada por las partes procesales; sobre la base de aquello evidentemente emergió la discusión probatoria, en ese sentido, se advierte la

existencia de una fundamentación fáctica suficiente, en el acápite V), apartados 5.10 y ulteriores de la sentencia impugnada, a partir de ello, se fijan los hechos ciertos de la especie; en correspondencia, como parte de la fundamentación jurídica suficiente, el *Ad quem*, invoca los artículos 1453 y 1728 del Código Civil, todos relacionados con el conflicto judicializado, ergo, dicha conclusión no resulta ilógica para la línea argumentativa con la que se arriba a la decisión de aceptar la demanda, *per se*, se excluye el enunciado de incongruencia frente a las partes y frente al derecho, conforme lo explicado *ut supra*, por ello deviene en improcedente la acusación planteada por los recurrentes.

90. El *Ad quem*, como parte de la fundamentación jurídica invoca el artículo 1463 del Código Civil, el mismo que, establece que la convención es, entre otras, una fuente de las obligaciones; de la revisión de la sentencia del *Ad quem*, dicha cuestión ha sido delimitada, en el siguiente contexto:

a (1/4)1. Los fundamentos de derechos por los cuales, alude su derecho el actor del proceso es el art. 1453 del Código Civil, puesto que dice que los demandados tiene una obligación con él.

2. La fuente de la obligación no precisamente debe ser un contrato, puede ser como en este una convención a través de una sociedad que nunca llegó a formalizarse;

3. Para aquello, aludió que tenía un principio de prueba, que sumado al resto de prueba anunciada, incorporada y producida, hacen creíble su posición como lo vamos a analizar infra supra, en la contestación del recurso de apelación del señor Enrique Romero Jarre; (1/4)

8. Según nuestro Código Civil, cuando se refiere a las obligaciones en su artículo 1453 dice: (1/4)

9. Por lo tanto, las obligaciones no solamente nace de contratos, sino también de las convenciones. En el caso sub lite, debe preguntarse ¿existió la convección por lo tanto una obligación pendiente?, para criterio del Tribunal si existió la convención que generó una obligación que debe cumplirse, conforme lo vamos a explicar infra supra. (1/4)

19. La norma es clara, leída textualmente no necesita explicación alguna. Es evidente que el actor del proceso por la convención que llegó con los demandados, tiene la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, por lo que las partes le

solicitaron a la Dra. Carmen Zabaleta, que lo realice, luego a sustentado su posición con el peritaje de la Ing. Eliana Morales, a los cuáles no han hecho resistencia ni se han opuesto JURÍDICAMENTE y conforme manda la Ley PARA DESVANECER, ni el informe ni el peritaje, por lo que existiendo un principio de prueba cabe perfectamente que requiera los valores aportado

20. En cuanto al art 1562 del Código Civil, que dice: "La nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados, por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho". Se refiere este artículo, a la nulidad de contrato, en este caso NO EXISTE CONTRATO ALGUNO, es una convención con la que nace la obligación, además no se está solicitando por ninguna de las dos partes se declare nula ninguna sociedad, que repetimos no está constituida por contrato, como equivocadamente mencionan los recurrente; (1/4)

38. El informe pericial y sustento del mismo del Ing. Rodríguez, que realiza la materialización de la conversaciones de WhatsApp, entre el actor y el demandado Romero Jarre, consta en el audio 1.2., al minuto 11:53, quien dice que se ha garantizado la información en la extracción de la información, que dejan ver la convención existente y los valores que se reclaman. Este informe pericial se corrobora con los números de celular que reconoce el demandado le pertenecen para establecer que los mensajes se dieron entre el actor y el demandado; (1/4)° (Sic)

91. La delimitación esbozada sobre el caso por el *Ad quem*, en torno a lo cual basa su análisis para rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, y confirmar la sentencia de la Jueza *A quo*, parte del examen de los hechos fijados como ciertos y la subsunción de los mismos a los fundamentos de derecho deducidos en la súplica.

92. Ergo, deviene en lógico que se resuelva el asunto, tomando como parte fundamental del conflicto, reglas que, *per se*, fueron invocadas como fundamentos de derecho en la demanda, atendiendo para tal efecto la previsión jurídica principal.- De los hechos fijados como ciertos, en contraste con el convenio, cuya existencia se halla fijada con verosimilitud, se avizora que los accionados no cumplieron con su obligación, pese a que el actor cumplió con lo acordado; *per se*, la garantía normativa del artículo 1453 del Código Civil, fue coherentemente aplicada.

93. En el sentido descrito *ut supra*, se insiste, en el acto jurídico bilateral, los accionados no cumplieron lo pactado, pese a que el actor entregó los valores económicos, *per se*, cumplió su parte; en ese sentido, la decisión del *Ad quem*, de disponer la devolución de los montos monetarios, lleva implícita la orden de garantizar seguridad del tráfico jurídico en esta clase de convenciones, tanto más que, dicha cuestión se basa en la pretensión del actor, la misma que debía ser considerada al momento de resolver, en función de los principios de congruencia, y dispositivo.

94. De lo expuesto, resulta evidente que los jueces de apelación, resolvieron los argumentos relevantes de las partes y, particularmente, los cuestionamientos de los demandados, sobre la presunta inexistencia del convenio, aplicando congruentemente las normas invocadas por el actor; ergo, la censura de la parte demandada, emerge como una mera inconformidad con lo decidido, no cumpliendo esta cuestión con la debida fundamentación y demostración para su procedencia.

95. En este sentido, a criterio de este Tribunal, la parte recurrente no ha justificado en debida forma la razón por la que la fundamentación fáctica o jurídica del *ad quem*, es aparente por incongruencia, evidenciándose que, lo que ataca realmente la parte demandada, es la validez, eficacia, y justipreciación de la prueba actuada, basada en los preceptos que la regulan, acusación que debía haberse efectuado al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP y no vía motivación, pues, al ser la casación un recurso formal, debe plantearse cada acusación atendiendo a la naturaleza de cada causal, motivo por el cual, el cargo deviene en improcedente.

96. En suma, cabe señalar que, la debida fundamentación y demostración requiere que la parte procesal recurrente formule con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de la motivación. Es decir, no basta con realizar afirmaciones genéricas del tipo, sino que debe especificarse en qué consiste el supuesto defecto en la motivación. La carga de la argumentación la tiene quien afirma que la garantía de la motivación ha sido transgredida, toda vez que la suficiencia de la motivación se presume, como ocurre con toda condición de validez de los actos del poder público.

97. A su vez el principio de trascendencia, implica que el argumento de los casacionistas, debía ser de tal naturaleza, que logre enervar la sentencia impugnada, a tal punto que debía justificar que sin la ocurrencia del presunto error *in iure* acusado (falta de motivación), el fallo sería otro y no el recurrido; no obstante, en el *in examine*, se observa que la parte recurrente, postula el cargo analizado, con enunciados abstractos, que no trascienden.

98. El fallo impugnado contiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente que permite establecer las razones que llevaron al Tribunal de alzada, a arribar a su decisión: (i) la existencia de un convenio entre las partes (ii) que esta convención no fue cumplida por la parte demandada; (iii) que por efecto del incumplimiento de los accionados, se quebrantó el acto jurídico; y, (iv) que producto de ese quebrantamiento de la relación jurídica, la parte demandada tiene una obligación pendiente (devolución de lo pagado) con el actor, por cuanto este último cumplió con su obligación.

99. Estos hechos fijados como ciertos en el fallo impugnado, permiten al Tribunal, arribar a ciertas conclusiones que se concatenan perfectamente con las premisas fácticas, esto es que, la parte demandada no ha cumplido con la convención, motivo por el cual ha sido requerida judicialmente, debiendo cancelar los valores que están consignados en la sentencia impugnada.

100. Por todo lo indicado, no se advierte error de derecho en la labor intelectual de los juzgadores de apelación, la sentencia impugnada respeta los preceptos de los artículos 89, 130 numeral 4 del COFJ; y, letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la CRE; ergo, en el cargo planteado por el parte recurrente persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó los principio de debida fundamentación y demostración, y trascendencia, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que la sentencia del *Ad quem*, no contiene el requisito de la motivación, es improcedente.

VI.4. Estudio del caso 3 del artículo 268 del COGEP deducido por Miguel Enrique Romero Jarre:

101. El numeral 3 del artículo 268 del COGEP, establece lo siguiente:

^a Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (1/4)

3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia^o.

102. El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste en: ^a1/4 *la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante,^o ³⁴, en este sentido, ^a la incongruencia del fallo puede revestir tres formas: a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra petita)^o, ³⁵ en consonancia, el Tratadista Guillermo Enderle, señala al respecto:*

^a El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones ajenas o distintas de las peticionadas temporalmente por las partes (extra petita); omitir decisión respecto a cuestiones planteadas en tiempo y modo oportuno (citra petita) o rebasar o exceder el contenido de la pretensión u oposición añadiendo algo no solicitado, no obstante haber sido cumplidos los requisitos de actividad requeridos para estos casos (ultra o petita)^o ³⁶

103. Esta Alta Corte, respecto al tema analizado, ha indicado lo siguiente:

*^a (1/4) El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *sententia debet esse confirmis libelo, ne eat judex, ultra, extra, o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata et**

³⁴ Humberto Murcia Ballén, "Recurso de Casación Civil", sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, Pag. 506.

³⁵ Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).

³⁶ Enderle Guillermo Jorge, "La Congruencia Procesal", Rubinzal – Culzon Editores, Buenos Aires – Argentina, Pag. 103.

probata, delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso³⁷.

104. En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 92 del COGEP: *“Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.”*, en relación con lo que dispone el artículo 91 *ibídem*: *“La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes”*; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es sino la que es materia del litigio³⁸.

105. En tal virtud, la congruencia exige *“al juez que su pronunciamiento en sentencia se corresponda con el objeto del proceso, resuelva sobre las peticiones realizadas por las partes y decida los puntos litigiosos del proceso”*.³⁹

“¼ Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa

37 G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador)

38 Luis Cueva Carrión, *La Casación en materia civil*, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 323.

39 Oswaldo Navas, *Teoría General del Proceso*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2019, p 101

*parte favorecida por la ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia y de equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada*⁴⁰.

106. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, corresponde:

- *Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.*
- *Asemejar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.*
- *Identificar, de ser el caso, la reconvencción esbozada por el demandado, así como las excepciones planteadas a la misma.*
- *Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.*
- *Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvencción u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.*
- *Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito ut supra, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido (plus o ultra petita), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (extra petita), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (citra petita) (debida fundamentación y demostración).*
- *El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia).*⁴¹

107. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en la siguiente

40 Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 321.

41 Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Civil y mercantil, sentencia caso No. 03332-2018-00332.

interrogante:

¿El Tribunal *Ad quem*, incurre en el vicio de *citra petita*, al resolver la controversia en la forma constante en la sentencia impugnada?

108. En función de los principios de imparcialidad, y dispositivo, corresponde delimitar el estudio del cargo, de conformidad con lo fijado por el recurrente, por medio de su defensor, en audiencia; en base a ello, se logra extraer los puntos medulares de la impugnación, que hacen referencia a que, el *Ad quem*, en su sentencia, infringe la norma descrita en el artículo 90 numeral 6 del COGEP, ya que la decisión adoptada no establece con precisión lo que se ordena, por cuanto, del Tribunal de alzada, no emergió una resolución unánime o absoluta, todo lo contrario, una de mayoría, y un voto salvado, al tenor de los artículos 203 inciso primero y 204 del COFJ, en los cuales, se avizora un galimatías enunciativo y dispositivo, sin claridad alguna, ya que, del propio texto de la sentencia aparece que los doctores Pablo Narváez Cano y Adriano Lojan Zumba, Jueces Provinciales, emiten un voto salvado, lo cual es un contrasentido ya que el mismo al contar con dos concurrencias, constituye uno de mayoría; y, por otro lado, se establece un voto salvado del doctor Carlos Fernando Maldonado Granda, que a la vez aparece como la decisión de mayoría, todo lo cual enerva el poder decisorio que corresponde.

109. En el *in examine*, dada la naturaleza del caso, *prima facie*, se precisa una revisión del fondo del caso a fin de evidenciar si existió o no un vicio de incongruencia, para ello se requiere determinar si se ha otorgado más de lo pedido (*plus o ultra petita*), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (*extra petita*), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (*citra petita*). Las garantías normativas que regulan la emisión de la resolución judicial, determinan que ésta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes originados durante el juicio, fundándose en la Constitución, la ley y los méritos del proceso; la omisión de resolución de las pretensiones o el otorgamiento más allá de aquellas, o algo distinto a las mismas, constituyen errores *in iure*, que dan lugar a la casación.

110. Lo que jurídicamente calificado como *“traba de la litis”*, se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, (exigencia fundada o no) y de la resistencia esgrimida en contra (excepciones). Fijados los puntos del litigio y desarrollada su discusión, corresponde al órgano jurisdiccional, pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones o razones que fundamentan la pretensión y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas. El tratadista Humberto Murcia Ballén señala al respecto ^a *¼ la actividad del juez, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada; que solo puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes, o, en otros términos, que solamente debe moverse dentro del espacio que le determina el demandante en su demanda o el demandado en la contestación*^{o 42}.

111. Ahora bien, el recurrente, no formula su censura con el rigor técnico que corresponde, ya que no adecua su reproche a uno de los parámetros que establece el numeral 3 del artículo 268 del COGEP, entre ellos los de *plus o ultra petita, extra petita, o citra petita*, como vicios de incongruencia, lo que hace imposible su análisis.

112. Adicionalmente, del planteamiento realizado por la parte recurrente, no se evidencia argumento alguno tendiente a realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones o peticiones, y lo resuelto en la sentencia; *a contrario sensu*, este Tribunal observa que la parte recurrente con sus enunciados procura evidenciar un vicio *in procedendo* (que dicho sea de paso no existe, ya que el error advertido fue convalidado mediante auto de 14 de marzo de 2022, las 14H21, por el propio *Ad quem*), propio de otro cargo impugnatorio cual es el descrito en el numeral 1 del artículo 268 del COGEP; en ese sentido no existe una debida fundamentación y demostración en la censura, tornando a la misma en improcedente.

113. Sin dejar de lado las impresiones técnicas advertidas en los párrafos que preceden, contrastada la pretensión de la demanda, las excepciones, su contradictorio, y la resolución impugnada, se observa que, sobre la base de la traba de la litis, el *Ad quem*, justipreció los elementos probatorios aportados y fijó como hechos ciertos aquellos necesarios para determinar su correspondencia con los fundamentos facticos y jurídicos planteados por la parte accionante, descartando las excepciones y argumentos

42 Humberto Murcia Ballén, *“La Casación Civil en Colombia”*, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá, Pag. 480.

deducidos por los legítimos contradictores, dilucidando sobre la procedencia de la demanda. En este sentido tenemos que la sentencia en su parte pertinente señala:

a (1/4) La Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de justicia de Loja, por las consideraciones expuestas, por voto de mayoría, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de apelación del actor del proceso;*
- 2.- Rechazar el recurso de apelación del demandado señor Miguel Enrique Romero Jarre;*
- 3.- Declarar el recurso de apelación de los hermanos Eguigueren Suárez, NO DEDUCIDO, por extemporáneo al no haberse fundamentado en el término dispuesto en la Ley;*
- 4.- Confirmar la sentencia venida en grado por la motivación constante en la sentencia de primer nivel como por la realizada en este nivel jurisdiccional;*
- 5.- Sin costas procesales en esta instancia.*

Devuélvase el proceso a la Unidad de Judicial.- Notifíquese (1/4)º (Sic).

114. Entonces, de la revisión de la demanda, la contestación a la misma, y de la sentencia impugnada, no se evidencia que se haya resuelto *ultra, extra, o citra petita*, ya que, el pago de valores económicos, es consecuencia lógica de la aplicación del principio dispositivo, y de la existencia del convenio, conforme una de las hipótesis descritas en el artículo 1453 del Código Civil.

115. Adicionalmente, no se evidencia argumento adecuado alguno tendiente a justificar que el *Ad quem*, dejó de resolver sobre alguno de los cargos planteados en apelación.

116. En conclusión, en los cargos planteados por el recurrente, persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación,

demostración y trascendencia, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *Ad quem*, se vislumbre un vicio de incongruencia, es improcedente.

VI.5. Estudio del caso 4 previsto en el artículo 268 del COGEP deducido Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez.

117. El numeral 4 del artículo 268 del COGEP, señala lo siguiente:

^a Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos (1/4)

4. Cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto°.

118. Del ámbito literal y teleológico establecido en la norma invocada, se avizoran tres modos de infracción, tres vicios o cargos a través de los cuales se puede interpelar una sentencia del *ad quem*, vía recurso de casación, en procesos de conocimiento, cargos que, a su vez, conducen a otros dos modos de infracción. Ergo, en la sentencia, el primer yerro, puede ocurrir por: 1) aplicación indebida, 2) falta de aplicación, o, 3) errónea interpretación, de ^apreceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba°; y, el segundo por: a) equivocada aplicación, o, b) por la no aplicación de normas de derecho sustantivo; *per se*, para la procedencia del recurso por la causal objeto de análisis, es imprescindible la concurrencia de dos infracciones continuadas, la primera de ^apreceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba°; y, la segunda de ^anormas de derecho sustantivo°, lo cual se explica por el doctor Carlos Ramírez, en el siguiente sentido:

^a Estas exigencias completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el error respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la violación de la prueba conduce a otra violación, a la violación de normas de derecho sustantivo. Es decir que, si no hay violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, no

puede haber violación de la norma sustantiva como para configurar esta causal^{43o}.

119. Ergo, del análisis de la causal de casación propuesta, se advierte que, para su procedencia, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- *a Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).*
- *La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).*
- *El cargo casacional escogido, debe ir relacionado con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.*
- *La violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, a la vez, debe derivar en una equivocada aplicación o en la no aplicación de normas de derecho (norma sustantiva). De este enunciado, se desprende también dos cargos que deben justificarse en la propuesta casacional: 1) Equivocada aplicación; o, 2) No aplicación, de normas de derecho sustancial.^{o 44}*

120. Así también, para una correcta argumentación de la causal de casación aludida, se debe identificar varios aspectos, a saber:

- *a El medio o medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se ha infringido la norma que regula la valoración de dichas pruebas.*
- *La norma o normas que regulan la valoración de la prueba, cuya aplicación indebida,*

43 Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120

44 Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.

falta de aplicación o errónea interpretación se acusa.

- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre los medios de prueba y la norma violada.*
- *Singularizar la norma sustantiva que como consecuencia del yerro in iure acusado, ha sido **indirectamente** transgredida.⁴⁵*

121. Ergo, frente a este cargo casacional, es preciso observar que:

“La demostración de este caso implica revisar la aplicación de los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba, lo que conduce a corregir el error judicial de la segunda violación, aplicando otras normas de derecho sustancial o a la aplicación de las que la sentencia no ha aplicado (1/4) la valoración de la prueba es la operación mental que realiza el juzgador para, con la debida argumentación y ponderación, determinar si los hechos del caso tienen relación con la norma o normas a aplicar y conducir si son ciertas o no las afirmaciones del actor y/o del demandado; y, sobre todo, la valoración implica una decisión sobre la credibilidad de la fuente \pm medio de la prueba(1/4) la facultad de valorar prueba es privativa de los jueces de instancia; por lo que el tribunal de casación, en la primera fase de tratamiento del recurso, no puede juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal ad quem, ni realizar una valoración nueva y distinta de las pruebas que obran de autos, sino comprobar si en la valoración de la prueba se ha violado o no los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba y si esta violación ha conducido a la violación de las normas sustantivas.⁴⁶”

122. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados; al respecto, en función de los principios de imparcialidad, y dispositivo, corresponde delimitar el estudio del cargo, de conformidad con lo fijado por los recurrentes, por medio de su defensor, en audiencia; en base a ello, se logra extraer los puntos medulares de la

45 Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.

46 Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pág. 120 -121.

impugnación, que en términos concretos sostienen que, se ha incurrido en falta de aplicación de los artículos 183 del COGEP, y 1728 del Código Civil, lo que derivó en una violación indirecta del artículo 1453 del Código Civil.

123. La falta de aplicación de la ley, en el caso 4 del artículo 268 del COGEP, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas atinentes a preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, cuya observancia era exigible, y que, de haberlo hecho, dicha situación, por efecto, determinaba la aplicación real y correcta de las normas de derecho sustantivo en la sentencia.

124. Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional, corresponde *prima facie*, verificar si la misma, no soslaya algún principio que rige el medio de impugnación, y, ulteriormente determinar si la censura planteada está dotada de sustento y argumento válido.

125. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿El *Ad quem*, incurre en un error de omisión (falta de aplicación) de los artículos 186, 199, y 222 inciso cuarto del COGEP, en la valoración de la prueba, lo que condujo a la violación indirecta de normas de derecho sustantivo?

126. Sin embargo, a fin de evitar una eventual incongruencia, el problema jurídico, en base al principio dispositivo y lo fundamentado en audiencia, tiene relación con la falta de aplicación de los artículos 183 del COGEP, y 1728 del Código Civil, lo que derivó en una violación indirecta del artículo el 1453 del Código Civil.

127. Para dar respuesta a este problema jurídico, es menester el estudio del argumento planteado, así como de las garantías normativas cuya falta de aplicación se acusa, las mismas que textualmente,

señalan lo siguiente:

COGEP:

“ Art. 183.- Terminación del proceso por declaración. La declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso..”

Código Civil.

“ Art. 1728.- Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso.

Así, un pagaré de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia.

Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales.”

128. Ahora bien, desde la órbita del régimen procesal vigente, el Título II, del COGEP, hace relación a la prueba, por su parte, el Capítulo II, instituye lo atinente a la prueba testimonial; así, una de las reglas generales sobre la terminación del proceso por declaración establece que, la declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso (Art. 183 del COGEP). Por otra parte, el artículo 1728 del Código Civil, en lo referente a la prueba de las obligaciones desarrolla el principio de prueba por escrito.

129. El desarrollo conceptual de las reglas singularizadas *ut supra*, y su irradiación procesal, se derivan de la teoría general de la prueba judicial, la misma que, coadyuva a delimitar el ámbito conceptual de prueba, objeto, sujeto, órgano, medio de prueba, todo lo cual tiene relación con el “*Thema Probandum*” o *necesidad de prueba*; ahora bien, dichos institutos, en función de los mandatos de optimización de legalidad y seguridad jurídica, tienen que cumplir con los principios de

eficacia jurídica y legal, formalidad y legitimidad, libertad, pertinencia, idoneidad o conducencia, y utilidad de la prueba, que en esencia, establecen:

***“ Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba:** Este principio complementa al anterior (necesidad de prueba). Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio, o a la pretensión voluntaria, o a la culpabilidad penal investigada. No se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión, sino que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia o inexistencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados (1/4) **Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba:** Al tratar del sistema de la libre apreciación de las pruebas vimos (cfr., núm. 27) que este no es incompatible con las formalidades procesales para la validez de las practicadas en el juicio, sino que, por el contrario, es preciosa garantía para la defensa del acusado en el proceso penal y para la contradicción, lealtad e igualdad de oportunidades en el proceso civil (cfr., núm. 27, punto b). Estas formalidades permiten que las pruebas gocen de publicidad, que se conozcan en oportunidad, que no se lleven subrepticamente y, en fin, que ofrezcan garantías de probidad y veracidad. Este principio tiene dos aspectos: con arreglo al primero, para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley; el segundo exige que se utilicen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla. Es el complemento indispensable de los cuatro anteriores y rige por igual en los procesos civil, penal y de cualquiera otra naturaleza.-Las formalidades son de tiempo, modo y lugar, y se diferencian según la clase de proceso y el sistema oral o escrito, inquisitivo o dispositivo, consagrado para cada uno. El segundo aspecto consiste, como dice Silva Melero ⁴⁷, en que debe obtenerse la prueba “ por los modos legítimos y las vías derechas”, excluyendo las calificadas de “ fuentes impuras de prueba”, se contempla la moralidad, la licitud y la procedencia de la prueba. Este principio implica que la prueba esté revestida de requisitos extrínsecos o intrínsecos ⁴⁸. Los primeros se refieren a las circunstancias de tiempo, modo y lugar;*

47 Silva Melero, ob.cit., t. I, págs. 29 y 30, nota 4.

48 Florian, ob. Cit., Núms. 129, 142, 153-157; GUASP, ob. Cit., págs. 343 y 346; ROCHA, Derecho Probatorio, ob. Cit., págs.

los segundos contemplan principalmente la ausencia de vicios, como dolo, error, violencia, y de inmoralidad en el medio mismo, como sería la reconstrucción total de un delito sexual o de una unión extramatrimonial para establecer la concepción; procuran que con ella se busque en realidad el convencimiento del juez sobre hechos que interesen al proceso, y no lesionar el patrimonio moral o económico de la parte contraria, como ocurriría con la exhibición de escritos sobre escabrosos secretos familiares que en nada influyan sobre el litigio (1/4).- **Principio de la libertad de la prueba:** Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes (1/4) puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea de derecho) o sean claramente impertinentes o inidóneas (cfr., punto 18 de este número) o aparezcan ilícitas por otro motivo (véase núm. 137, m). Dos aspectos tiene este principio: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Significa lo primero que la ley no debe limitar los medios admisibles, como sucede en algunos códigos de procedimiento, sino dejar al juez la calificación de si el aducido o solicitado tiene relevancia probatoria; lo segundo implica que pueda probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en su práctica. El segundo puede existir sin el primero (1/4).- **Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba:** Puede decirse que este representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no debe perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos. De esta manera se contribuye a la concentración y la eficacia procesal de la prueba⁴⁹.

130. De acuerdo a lo delimitado en los párrafos *supra*, es claro que, en función del principio de libertad probatoria, las partes procesales, ofertaron un sinnúmero de medios de prueba, las mismas

84 Y 101; DE LA PLAZA, ob. Cit., t. I, pág. 474.

49 Devis Echandia, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo I, Sexta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1999, p.109-126.

fueron admitidas, ordenadas, practicadas e incorporadas al proceso; sin que respecto de ellas, se haya realizado objeción válida y jurídica, en el momento procesal oportuno, en torno a su legalidad, admisión/inadmisión, pertinencia, conducencia, eficacia y validez, institutos que tienen relación con los principios desarrollados en líneas anteriores, cuyos referentes son los artículos 76 numeral 4, y 168 numeral 6, de la CRE.

131. Ahora bien, las alegaciones de la parte recurrente, se refieren a que, en la sentencia impugnada, el Tribunal de apelación:

- En el numeral 5.6 de la resolución incurre en el yerro acusado.
- Construye su razonamiento judicial en base a correos electrónicos y WhatsApp, no suficientes para declarar la procedencia de la pretensión del actor, ya que el artículo 1728 del Código Civil exige prueba de complemento.
- Valora una pericia que rompe el principio de libertad probatoria al exigir que la contradicción a la misma solo se haga con otro medio de prueba similar.
- No considera que, la pericia justipreciada se construyó en base a correos electrónicos, y no en recibos, facturas, o documentos, lo cual es censurable ya que dicho elemento no tiene ningún rigor científico ni metodológico.
- No dio atención a los reproches sobre la prueba deducidos en el recurso de apelación, menos aún al pedido de prueba nueva, rechazado en base a una interpretación dudosa del artículo 258 del COGEP.
- Transgredió el principio de indivisibilidad de la prueba, ya que no se valoró todos los medios probatorios existentes en la causa.
- Sobre la base de enunciados dogmáticos y la invocación de fallos de la ex Corte Suprema de Justicia, construye una decisión falaz, sin considerar que hay reglas claras de aplicación.
- No realiza un análisis individualizado de cada prueba presentada.

132. Analizadas las censuras, se llega a establecer la clara intención de los recurrentes, de inducir al Tribunal de casación, a justipreciar nuevamente los medios de prueba constantes en el proceso, solo

de esa forma se entiende sus afirmaciones, referentes a que, el *Ad quem*, construye su razonamiento judicial en base a correos electrónicos y WhatsApp, no suficientes para declarar la procedencia de la pretensión del actor, valora una pericia que no tiene ningún rigor científico ni metodológico, o que, no se realiza un análisis individualizado de cada prueba presentada.

133. Cuando se procura que el Tribunal de casación, revise el contenido de una pericia y le dé cierto valor, y que aquello se contraste con una o varias pruebas, y con la teoría fáctica, es claro que, el planteamiento, incurre en la prohibición establecida en el cuarto inciso del artículo 270 del COGEP, que señala: *“No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba”*; ergo, al configurarse tal pretensión, en los enunciados de la formulación propuesta, dicha cuestión deriva en la transgresión del principio de *no debate de instancia*, conforme lo ya explicado en párrafos anteriores.- La parte recurrente debía delimitar el ámbito de los preceptos de valoración probatoria soslayados y su trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados.

134. En este contexto, además, la parte recurrente, no desarrolla el fundamento del cargo, con el carácter técnico que exige el medio de impugnación, ya que, de forma por demás abstracta, en sus enunciados, hace relación a varios medios de prueba en cuya valoración presuntamente se infringieron las reglas cuyo error de omisión se acusa, pero sin demostrar el nexo entre estos dos presupuestos, lo que torna a su propuesta impugnatoria en vaga y estéril, tanto más que, lo que se verifica conforme lo indicado *ut supra*, es un debate de instancia, proscrito en esta sede.

135. Sin dejar de lado las imprecisiones de carácter técnico, descritas en líneas anteriores; en lo relacionado a la presunta falta de aplicación del artículo 183 del COGEP, cabe recalcar que el mismo, contiene una de las reglas generales sobre la prueba testimonial, por la cual, *la declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso*.

136. La hermenéutica de la mentada norma coadyuva a identificar los presupuestos de la misma, así:
a) Quien debe hacer la declaración para que surta efectos procesales, es la persona legitimada, es decir el accionado; **b)** La declaración de parte, de forma libre y voluntaria, de un modo claro y tangible debe

afirmar que los fundamentos de la demanda son verdaderos, a fin de que la misma pueda constituirse como una prueba irrefutable dentro del trámite; y, c) El cumplimiento de las dos cuestiones señaladas produce la terminación del proceso, debido a que existe el reconocimiento de los hechos o derechos controvertidos.

137. Ahora, de los hechos procesales fijados como ciertos, si bien, existen las declaraciones de parte, de los demandados, su contenido, lejos de sostener sobre la verdad de la demanda, afirman que los hechos establecidos en aquella son falsos, consecuentemente, dicha cuestión adjetiva-probatoria no se adecúa al contenido del artículo 183 del COGEP, por ello, la aplicación de la regla en cuestión no era exigible al *in examine*, por ello el error de omisión acusado es imposible; ergo, la censura adolece de debida fundamentación y demostración, siendo improcedente la misma.

138. En lo que respecta a la presunta falta de aplicación del artículo 1728 del Código Civil, cabe recalcar que el mismo, contiene el denominado principio de prueba por escrito, como norma atinente a la prueba de las obligaciones.

139. Entre los elementos constitutivos del principio de prueba por escrito, están: **a)** Que se trate de un escrito; **b)** Que emane de aquel a quien se opone o de quien lo represente; y, **c)** que haga verosímil el hecho alegado.

140. El principio de lo escrito, tiene relación con que, se trate de un escrito, este elemento descarta todas las declaraciones o consentimientos que no hayan sido expresados de esa manera y en ese lenguaje. Ahora, en la apreciación de cual escrito viene a constituir el principio de prueba, no se exige que se trate de uno redactado con el fin de pre constituirlo. Pueden ser varios o uno solo.

141. El origen del escrito. - La regla exige que el escrito emane de la parte a quien se le opone, o de quien lo represente; sin embargo, doctrinariamente, se admite que el escrito redactado por un tercero extraño a las partes en causa puede ser oponible a una de éstas cuando ella ha hecho suyo su contenido, ya sea expresa o tácitamente.

142. Determinación del origen del escrito. - La parte a quien se opone el escrito debe ser el autor del acto y, a la vez éste debe ser su obra intelectual.- Su origen se establece plenamente por su escrituración o por la firma.

143. Contenido del principio de prueba por escrito.- El contenido debe hacer verosímil los hechos alegados, de forma pertinente, concluyente y admisible.

144. Ahora bien, los recurrentes sostienen que existe falta de aplicación del artículo 1728 del Código Civil, sin embargo, de los hechos procesales, fijados como ciertos, se avizora que, la norma en referencia, fue invocada como parte de los fundamentos de derecho en la demanda, sobre la base de aquello, el *Ad quem*, la integra como parte de la fundamentación jurídica suficiente en su sentencia, es decir aplica la misma para resolver el conflicto judicializado, solo de esa forma se entiende que, al establecer la cuestión fáctica (relacionada a la entrega de valores económicos por parte del accionante a los demandados), y fijar los hechos, lo hace sobre la base de los elementos que integran el artículo 1728 del Código sustantivo Civil, luego de lo cual, concluye que existen actos escritos de los demandados, entre ellos, los constantes en la aplicación de mensajería instantánea, y en los correos electrónicos, a partir de los cuales, en ilación con la prueba de complemento, emergió la prueba de la obligación reclamada a los accionados; ergo, la censura esbozada es contradictoria con la esencia del cargo planteado, siendo por tanto improcedente.

145. Procesalmente, además, se avizora que el *Ad quem*, en el acápite ^aIVº, de su sentencia, plasma la relación de los hechos; a partir de estas premisas fácticas y procesales, avanza con la teoría probatoria planteada, justipreciando los medios probatorios admitidos, incorporados y practicados por los sujetos procesales, a tal punto que en el acápite ^aVº, analiza los problemas jurídicos, concluyendo que los reproches en sede de alzada son improcedentes y, *per se*, ratificando la aceptación parcial de la demanda.- Revisado el análisis que realiza el *Ad quem*, por otra parte, es claro que, los testimonios producidos como parte de las teorías probatorias de los sujetos procesales, si fueron valorados en el contexto de dichas declaraciones, en relación con las declaraciones de parte, la prueba documental, y pericial, de todo lo cual, emergió la convicción y verosimilitud sobre la existencia de la obligación; asimismo, no se observa que, exista una infracción al principio de indivisibilidad de la prueba documental, o a las reglas que rigen la pericia.

146. La conclusión esbozada en la sentencia impugnada, emerge como consecuencia de aquel ejercicio jurisdiccional y soberano de instancia, en el cual se avizora que toda la prueba solicitada y practicada en respeto al principio de legalidad, ha sido apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica; en base a lo indicado en estos dos últimos párrafos, se ultima que no existe error de omisión de las normas acusadas, ni una equivocada aplicación del artículo 1453 del Código Civil que establece a la convención como una fuente de las obligaciones.

147. En conclusión, el Tribunal *Ad quem*, al resolver la acción incoada, en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, justipreció las pruebas aportadas por las partes, sin haber violado normas de derecho concernientes a esa valoración, pues conforme lo explicado a lo largo de esta resolución, no se verifica error de omisión de ningún precepto jurídico aplicable a la valoración probatoria; por ello, no se puede verificar que la cuestión alegada por la parte impugnante, haya conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia, relacionadas con el artículo 1453 del Código Civil; toda vez que, desde la técnica impugnatoria, conforme lo explicado precedentemente, si no hay violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, no puede haber violación indirecta de la norma sustantiva como para configurar la causal objeto de estudio, por ello, por adolecer de debida fundamentación, demostración, y trascendencia, el cargo casacional, en la forma propuesta, es improcedente.

VII. DECISIÓN.

148. En virtud de lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

149. Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez, y Miguel Enrique Romero Jarre, demandados, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.

150. Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y el rechazo total del recurso de casación, conforme la parte final del artículo 275 del COGEP, corresponde al juzgador competente, entregar a la parte perjudicada (actor), por la demora, el valor total de la caución.

151. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Resumen de fácil comprensión: En la presente sentencia se declara la improcedencia del recurso de casación, presentado por la parte demandada, por cuanto el Tribunal de apelación, en su resolución, no incurre en deficiencia motivacional, incongruencia, ni en infracción de ningún precepto jurídico de valoración probatoria.

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

LUIS ADRIAN ROJAS CALLE

JUEZ NACIONAL (E)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA

JUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

229353892-DFE

Juicio No. 11333-2020-00681

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 17 de abril del 2024, las 15h33. **VISTOS.-** En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, previo el sorteo respectivo, llama a la doctora Rita Bravo Quijano, Conjueza Nacional (E), para reemplazar al doctor Roberto Guzmán Castañeda, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E), en la presente causa. En tal virtud, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (E), Rita Bravo Quijano, Jueza Nacional (E); y, David Isaías Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) (ponente).

Agréguese al proceso los escritos presentados por el señor Galo Ortega Criollo de 1 de abril de 2024, las 8h58 y, 3 de abril de 2024 las 09h18.- Una vez que se ha emitido la correspondiente sentencia, los demandados Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, han interpuesto recursos horizontales de aclaración y ampliación; cumplido el procedimiento respectivo, siendo el estado de la causa el de resolver los medios de impugnación, en cuanto a lo solicitado, se reflexiona lo siguiente:

I. ÁMBITO NORMATIVO Y CONCEPTUAL DE LOS RECURSOS DE ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN.

1. El Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), en el artículo 100, señala que: *“Pronunciada y notificada la sentencia, cesará la competencia de la o del juzgador respecto a la cuestión decidida y no la podrá modificar en parte alguna, aunque se presenten nuevas pruebas. Podrá, sin embargo, aclararla o ampliarla a petición de parte, dentro del término concedido para el efecto. (1/4)°*; el artículo 250 del Código invocado, establece que: *“ (...) La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley°*; por

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

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

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

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

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

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

su parte, el artículo 253 *ibídem*, indica que: *“La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas (1/4)°; y, el artículo 255 *ibídem*, en lo pertinente, expresa:*

“La petición se podrá formular en la audiencia o en la diligencia en que se dicte la resolución. Si se trata de resolución dictada fuera de audiencia o de diligencia se formulará por escrito dentro del término de tres días siguientes a su notificación.

La solicitud de aclaración o ampliación deberá expresar con claridad y precisión las razones que la sustenten, de no hacerlo, se la rechazará de plano. Si la solicitud se ha formulado de manera oral, la o el juzgador confirmará o modificará la providencia impugnada en el mismo acto. Previamente escuchará los argumentos de la contraparte. Si la petición se ha formulado por escrito, se notificará a la contraparte por el término de cuarenta y ocho horas, vencido este término y dentro de las veinticuatro horas siguientes, resolverá lo que corresponda.

Si se ha solicitado la aclaración o ampliación de la sentencia o auto definitivo, los términos para interponer los recursos que procedan, correrán a partir del día siguiente al de su notificación°.

2. En definitiva, la aclaración y ampliación son recursos horizontales, que conceden a las partes la facultad de solicitar al mismo Juez o Tribunal que dictó la sentencia, que subsane las deficiencias materiales o conceptuales que contenga, o la integre de conformidad con las peticiones oportunamente formuladas. Los equívocos que puede corregir el juzgador para aclarar su sentencia, son, entre otros, errores en los nombres o en las calidades de las partes; o, en su defecto, precisar cualquier término que, por su redacción, resulte obscuro. La ampliación, en cambio, procede para suplir cualquier omisión en que se hubiese incurrido sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio.

3. En el presente caso, es pertinente precisar el sentido gramatical de los términos aclaración y ampliación, de tal forma que pueda interpretarse de manera integral, el alcance de las normas que delimitan los recursos. De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, aclarar se define como: *“Disipar o quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo^{1o}”;* mientras que, la definición de ampliar, es la siguiente: *“Extender, dilatar^{2o}”*.

4. En este contexto, como queda claro, los dos recursos horizontales son totalmente diferentes entre sí, ya que para aclarar algo, debe haberse resuelto, aunque en forma obscura o confusa, mientras que la ampliación implica ausencia de resolución; consecuentemente, no es factible plantear los dos recursos sobre un mismo punto.

5. Se debe especificar, además, que la aclaración sirve para brindar mayor comprensibilidad a aquellas partes de la sentencia que fueren oscuras, mientras que la ampliación sirve para resolver argumentos que, alegados oportunamente por los impugnantes, no obtuvieron respuesta por parte del juzgador respectivo; por lo mismo, no se encuentra que ninguno de estos medios de impugnación horizontales, tengan como objetivo el posibilitar a los recurrentes alterar los cargos que propusieron, o formular nuevas alegaciones que no fueron exteriorizadas en su fundamentación o contradictorio, tanto más que aquello precluyó.

6. En este orden de ideas, cabe también señalar que no son procedentes los recursos horizontales que se plantean exclusivamente por inconformidad con lo resuelto, o que su pretensión sea que el Tribunal entre en contradicciones o altere lo que ha resuelto en su sentencia.

7. En relación al alcance de los recursos de aclaración y ampliación, la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado en los siguientes términos:

(...) se establece que el juez que dictó sentencia, si bien no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso, sí puede aclararla o ampliarla, a solicitud de una de las partes

1 Diccionario de la Real Academia Española; <http://dle.rae.es/?id=0UfzuY8>, Acceso: 04 de octubre de 2020, las 15h00

2 Ídem; <http://dle.rae.es/?id=2RiurRM>, Acceso: 04 de octubre de 2020, las 15h05.

presentada dentro del término de tres días, estableciéndose este tiempo para que se preparen las invocaciones jurídicas pertinentes en caso de encontrarse frente a una sentencia que fuere oscura, o cuando esta no hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos³.

II. ANÁLISIS JURIDICO.

8. El escrito que contiene la interposición de los recursos de aclaración y ampliación, en su parte medular, expone lo siguiente:

“ (...)El tribunal al decidir la causa toma en consideración el argumento contentivo escrito de casación que consta transcrito en el numeral 18 que dice:(¼) “ En el in examine, el Conjuetz Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló ut supra, en el numeral “ 9.º de la presente sentencia, se aceptó a trámite los recursos en su integridad, por los casos 2, 3, y 4 del artículo 268 del COGEP respecto de los cuales, los recurrentes, en sus memoriales impugnatorios, argumentan lo siguiente: Luego en el numeral 19. Sobre el caso 2 del artículo 268 del COGEP (recurrentes Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez)

(¼)

Más adelante, en los párrafos 44 y 45 se fija como premisa de la decisión:

44. Reiterando que, en el in examine, se aceptaron a trámite, los recursos, por los casos 2, 3, y 4 del artículo 268 del COGEP; inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas. VI.3. Estudio del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP deducido Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez.

*45. El caso numeral 2 del artículo 268 del COGEP, establece lo siguiente:
“ Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos (¼) 2.*

3 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 078-14-SEP-CC, caso N° 0089-12-EP, 08 de mayo del 2014, p. 9

Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.^o

Sobre la base de lo señalado infra, respetuosamente solicitamos al tribunal se sirva aclarar si para decidir la causa se tomó en consideración (por efecto de los principios dispositivo y de limitación) el argumento de casación expuesto a través de medio oral y en audiencia por nuestra defensa y el contradictorio efectuado por el actor; y, o el argumento escrito de casación propuesto por Arturo José Eguigurren Suárez y Augusto Vinicio Eguigurren Suárez.^o (Sic)

9. Así también los recurrentes, solicitan ampliación de la sentencia, en el siguiente sentido:

^a (1/4) 1. Si en el caso concreto, el tribunal adquem, tenía la facultad competencial para pronunciarse sobre los requisitos de tiempo y forma de la interposición del recurso de apelación propuesto por Arturo José Eguigurren Suárez y Augusto Vinicio Eguigurren Suárez.

2. Si al tenor de lo que disponen los artículos 203 y 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, supletorio del COGEP, existe voto de minoría o voto salvado?

Del mismo modo, se ha de precisar:

1. Si la calificación de los requisitos de tiempo y forma del recurso de apelación corresponde al Juez aquo o al Tribunal adquem?

2. Si el tribunal adquem (en voto de mayoría) tenía facultad competencial para calificar requisitos de tiempo y forma sobre los recursos de apelación propuestos por: Arturo José Eguigurren Suárez y Augusto Vinicio Eguigurren Suárez y luego: ^a Declarar el recurso de apelación de los hermanos Eguigurren Suárez, NO DEDUCIDO, por extemporáneo al no haberse fundamentado en el término dispuesto en la Ley(...)^o (Sic)

10. *Prima facie*, en torno a la aclaración solicitada, se desprende que los recurrentes, en

ejercicio de su derecho a impugnar, solicitan que el Tribunal de casación aclare si en la decisión de la causa se tomó en consideración lo replicado por la defensa en la sustentación oral y, o el argumento contenido en el escrito de casación interpuesto por Arturo Jose y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez.

11. Este órgano Jurisdiccional, en relación al pedido de aclaración señala que, en la determinación de los argumentos impugnatorios, se partió de los enunciados deducidos en el memorial casacional, asimismo, en virtud del principio dispositivo, al ser las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores, en los numerales 22, 63,108, y 126, de la sentencia, se señaló enfáticamente que el estudio se centraba en las censuras planteadas por la nueva defensa en audiencia, las mismas que tenían ilación con el argumento escrito, por ello, se delimitaron de forma clara los problemas jurídicos a resolver, motivación en la cual no existe oscuridad alguna.

12. Por otra parte, los recurrentes, solicitan que se amplíe la sentencia, respecto de la facultad competencial que tiene el Tribunal de casación para pronunciarse sobre los requisitos de tiempo y forma de la interposición del recurso de apelación; al respecto, cabe recalcar que dicha cuestión, en función del principio dispositivo, y conforme los argumentos impugnatorios basados en los casos 2, 3, y 4 del artículo 268 del COGEP, admitidos a trámite, no fue un tema de estudio y mucho menos de resolución, por lo que no existe fundamento alguno para la procedencia de la ampliación aludida

13. Asimismo, cabe enfatizar que, el Tribunal de casación, frente a los incidentes deducidos por los recurrentes, relacionados con presuntos errores *in procedendo*, cometidos en la sustanciación de la causa, en el considerando ^a III.º de la sentencia, abordó los mismos, a cabalidad, dando respuesta a todos los cuestionamientos, con una fundamentación fáctica y normativa suficiente; ergo, se ha resuelto lo planteado por los impugnantes, por lo cual, no se ha omitido tema alguno que requiera ser ampliado por este órgano judicial.

14. Ante la situación impugnatoria planteada, resulta menester insistir que, constituye deber indefectible del recurrente, el señalamiento concreto y diáfano de la sentencia que contiene frases o palabras, cuyo alcance y contenido deba ser explicado, así como determinar qué punto controvertido no fue resuelto, o singularizar si se ha omitido decidir; sin embargo dicha argumentación no se

verifica en los postulados de los impugnantes; a *contrario sensu*, su planteamiento está encaminado a formular alegaciones ya resueltas con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, por lo que su pedido es infructuoso, vago e indeterminado.

15. Como corolario, es preciso dejar plenamente establecido que, en la sentencia expedida por el Tribunal de casación, de martes 19 de marzo del 2024, 12h21, los Jueces Nacionales actuantes, no hemos utilizado frases obscuras, ambiguas, ni indeterminadas, tampoco hemos dejado de resolver alguno de los puntos controvertidos.

III. DECISIÓN.

16. A la luz de lo expuesto, la sentencia dictada, es lo suficientemente clara, motivada y completa; por lo que se declara improcedente la solicitud de aclaración y ampliación planteada por Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

VOTO SALVADO

DRA. RITA BRAVO QUIJANO (E)

VISTOS.- Integra el Tribunal, y asume el conocimiento de la presente causa, la doctora Rita Bravo Quijano, como Jueza Nacional (E), quien actúa en el presente acto jurisdiccional, pese a que no resolvió el recurso de casación en la presente causa, razón por la cual, no emite criterio alguno al respecto, salvando su voto, en este acto, suscribiendo la resolución por imperativo legal, conforme el artículo 4 de la Resolución No. 18-2017 emitida por esta Alta Corte, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva y la debida diligencia.- **NOTIFÍQUESE**

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

LUIS ADRIAN ROJAS CALLE

JUEZ NACIONAL (E)

BRAVO QUIJANO RITA ANNABEL

JUEZA NACIONAL (E)



Abg. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

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

www.registroficial.gob.ec

IM/FMA

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

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

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