

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**

AÑO 2022:

**17230-2015-14365, 21331-2019-00190,
17230-2019-01111, 09332-2018-08290**



178091780-DFE

Juicio No. 17230-2015-14365

CONJUEZ PONENTE: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO, CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 6 de junio del 2022, las 15h44. **VISTOS:** Viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto por Magdalena de Jesus Vaca Salgado, admitido a trámite mediante auto de viernes 19 de junio del 2020, las 09h01 por el Conjuez competente de esta Sala Especializada, constante a fs. 5-7 del expediente de casación. Para resolver, este tribunal considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.-

La Corte Nacional de Justicia ejerce jurisdicción nacional, en el marco de la justicia ordinaria, en todo el territorio del Ecuador, conforme lo establece el Art. 172 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en función del mandato consagrado en el Art. 184.1 de la Constitución de la Republica. En virtud de que los suscribientes hemos sido designados Conjueces Temporales de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución número 197-2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura y, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, nos ha correspondido asumir la calidad de Jueces en la presente causa, a los señores doctores Fernando Cohn Zurita en reemplazo temporal de la doctora Rita Bravo Quijano, doctores Pablo Loayza Ortega y Carlos Pazos Medina; según la razón sentada por la secretaria de esta Sala Civil y Mercantil y de las actas de sorteo de 17 de mayo del año en curso, respectivamente, emitidos por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Asumimos competencia de la causa según lo dispuesto en el artículo 190 del Código Orgánico de la Función Judicial, que faculta al Tribunal, para conocer de *“Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil, que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión”*, en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación.

SEGUNDO. - ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN. -

2.1.- Antecedentes. - Consta a fojas 10 y su complemento de fojas 13 a 16 del cuaderno de primer nivel, la demanda interpuesta por la señora Magdalena de Jesus Vaca Salgado, pretendiendo la

FUNCIÓN JUDICIAL Firmado por
CARLOS VINICIO
PAZOS MEDINA
C=EC
L=QUITO
CI
1708753890
**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE**

FUNCIÓN JUDICIAL Firmado por
PABLO
FERNANDO
LOAYZA ORTEGA
C=EC
L=QUITO
CI
0703157958
**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE**

FUNCIÓN JUDICIAL Firmado por
FERNANDO
ANTONIO COHN
ZURITA
C=EC
L=QUITO
CI
0911069714
**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE**

prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio del bien inmueble ubicado en la calle Francisco Hall E-401 y Pasaje Publico de la parroquia de Eloy Alfaro, Cantón Quito, provincia de Pichincha, con los siguientes linderos al Norte: Propiedad de Carlos Romero, en una extensión de 12 metros; al Sur: Calle Francisco Hall, con una extensión de 12 metros; al Oriente: propiedad de Jorge Reascos, con una extensión de 18 metros, y al Occidente: Pasaje Público, con una extensión de 18 metros. La actora indica que ha construido una vivienda en el antes referido terreno y que en el mismo ha vivido con su familia por más de 15 años en forma tranquila, pacífica, pública e ininterrumpida, para lo cual se justifica adjuntando el certificado del Registro de la Propiedad; pues, a decir de la accionante, ha operado la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio del antes señalado inmueble a su favor, por eso demanda al señor Luis Alfredo Suárez Ruíz. Por su parte, el accionado contesta la demanda, interponiendo las excepciones de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho; falta de legítimo contradictor en la causa, ya que indica que su nombre es Luis Alberto Suarez Ruiz y no Luis Alfredo Suarez Ruiz; falta de legítimo contradictor en el proceso, ya que tanto actor como demandado son propietarios del bien inmueble que solicitan la prescripción; ilegitimidad de personería de la parte actora; falta de derecho de la actora para presentar la demanda; y por ultimo alega la improcedencia de la demanda, ya que la actora es propietaria de dicho bien inmueble en el 50% y el demandado tiene el otro 50%, por lo que no puede demandar la prescripción del inmueble por ser una propiedad indivisa. Acto seguido, reconviene a la actora, para lo cual indica que la señora Magdalena de Jesus Vaca Salgado y el señor Luis Alberto Suarez Ruiz estuvieron casados desde el 12 de mayo de 1971 y que por incompatibilidad de caracteres abandono el hogar lo que conllevó al divorcio mediante sentencia emitida por el juez del Juzgado Séptimo de lo civil de Pichincha el 5 de noviembre de 1996. A decir del señor Luis Suarez Ruiz, la actora quedó en posesión del bien inmueble que forma parte del bien social en cuyo predio se constata una área de construcción de 342.06m² en el lote de terreno de superficie 201.00m² y que no ha renunciado a los gananciales, por lo que reconviene a la actora a que rinda cuenta de todos los usufructos obtenidos por el bien inmueble objeto de la prescripción adquisitiva de dominio que se demanda.

Con fecha 19 de septiembre del 2017, a las 15 horas con 40 minutos, la señora Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito, resuelve desechando la demanda por improcedente y la reconvencción por falta de prueba.

Inconformes con dicha resolución las partes apelan de la decisión de primera instancia, señalando: a) La actora apela la decisión por no encontrarse acorde con los méritos del proceso ni con las disposiciones legales vigentes para el presente proceso. b) El demandado, sustenta su recurso, manifestando que no está de acuerdo con respecto a la negativa de la reconvencción por falta de prueba, motivo por el que apela la referida sentencia.

En ese contexto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de 10 de julio del 2019, a las 12h17, desecha los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y demandado, confirmando la sentencia dictada por la jueza de primer nivel.

En ejercicio del derecho consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución y conforme la Ley de Casación vigente para la prosecución de esta causa, la señora Magdalena de Jesus Vaca Salgado, interpone recurso de casación impugnando la sentencia del ad quem.

2.2.- Fundamentos.- Calificado el recurso de casación, al ser admisibilidad restringida, se han admitido a trámite la falta de aplicación de un precedente jurisprudencial y la errónea interpretación de los artículos 715, 2392, 2398, 2401, 2409 y 2411 del Código Civil., con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.2.1.- A decir de la casacionista, para el tribunal de alzada no procede demandar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio por parte del ex cónyuge, porque no es suficiente la disolución de la sociedad, sino que es indispensable que se la liquide, sino se lo hace se mantiene los bienes pro indiviso correspondiente a los ex cónyuges, criterio que la recurrente considera que es erróneo frente a la jurisprudencia existente, vigente y aplicable para este caso. Indica que existe la falta de aplicación del precedente jurisprudencial emitida por la Corte Suprema de Justicia en la Gaceta Judicial, Año XCIV, Serie XVII, No. 1, pág. 100, quien dice que lo ha citado de la obra llamada JURISPRUDENCIA ECUATORIANA CIENCIA Y DERECHO de la Corte Nacional de Justicia. Período Enero-Diciembre 2012. Pág. 452., del cual la recurrente dice que si procede la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio ~~en~~ ex cónyuges.

La recurrente indica que la falta de aplicación del precedente jurisprudencial antes referido, los jueces de Primer y Segundo Nivel, afirman que "*... NO es suficiente la disolución de la sociedad, sino que es indispensable que se LIQUIDEN, mientras no se lo hace se mantiene los bienes pro indiviso perteneciendo a los ex-cónyuges ...*", lo cual considera se ha dejado de aplicar. También indica que existe errónea interpretación de los artículos 2409 y 2411 Código Civil, que tiene que ver con posesión con el ánimo de señora y dueña y el tiempo para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Igualmente dice que se interpreta erróneamente los 715, 2392, 2398 y 2401 de la misma ley, finalizando que correspondía aceptar la demanda y declarar que ha operado la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio en favor de la actora.

2.2.2. El demandado por su parte contesta el recurso de casación dentro del término establecido por la ley, indicando que el recurso interpuesto por la recurrente a más de las normas sustantivas ha señalado

normas adjetivas considerando que es improcedente por la causal primera, por tal razón solicita se niegue el recurso extraordinario de casación y se confirme la sentencia subida en grado, esto es desechando la demanda de prescripción adquisitiva de dominio. Posterior solicita audiencia en estrado para fundamentación del recurso presentado y en providencia de fecha 9 de mayo del 2022, fue negada la petición por extemporánea.

En estos términos se fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión del Tribunal de Casación.

TERCERO.- SOBRE LA CASACIÓN Y SUS FINES

El recurso de casación ha sido creado dentro de un esquema de alta técnica jurídica, siendo un recurso formalista, extraordinario, de admisibilidad restringida que obedece delimitados parámetros legales para su proceder, cuyos fines son el control de legalidad (fin nomofiláctico), obtención de justicia mediante la subsunción de los errores cometidos en los fallos de instancia (fin dikelógico) y la obtención de la unificación jurisprudencial (fin uniformador). La doctrina específica que^a (1/4) *La casación no implica un nuevo examen del litigio sino que sólo corrige la contrariedad de lo resuelto con la voluntad de la ley: no juzga de nuevo el pleito, sino que juzga la sentencia.*(1/4) *Propiamente hablando, no hay más que una forma de recurso de casación, por contravención a la ley, porque, sea que los jueces hayan desconocido las reglas de su competencia o ido más allá de los límites de su autoridad, sea que hayan descuidado de observar las formas judiciales, o que hayan dado una sentencia contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, sea que estatuyendo sobre el fondo se hayan hecho una falsa aplicación de la misma, hay siempre, en esos casos, contravención a las leyes de procedimiento o a las leyes civiles.*^{o 1} Así, la labor del tribunal de casación se halla limitada a cuestiones de puro derecho, dirigidas a enmendar los yerros de que se acusan al fallo, para lo cual se debe precisar, dónde se produjo la violación a la ley. La Ley de Casación (vigente al caso de estudio) contiene en sus disposiciones los requisitos de admisibilidad y procedencia, estableciendo cuatro fases en las que se desarrolla, ante los órganos jurisdiccionales: calificación, admisibilidad, sustanciación y resolución. La Corte Constitucional en sus distintas resoluciones ha señalado: ^a (1/4) *el recurso de casación se encuentra constituido por fases previamente definidas dentro de las cuales, la actividad jurisdiccional es diferente, por lo que superada una fase, a efectos de garantizar el ejercicio de los derechos de las partes, no puede volverse a ella en una fase posterior, en tanto, aquello, atentaría contra la previsibilidad de la aplicación normativa en los diferentes momentos que componen un proceso.*^{o 2}

1 Paillas Enrique, *El Recurso de Casación en Materia Civil-Derecho Chileno y Comparado*, Chile: Editorial Jurídica de , pág. 55-56.

2 Sentencia N.º 234-15-SEP-CC del caso N.º 1897-12-EP.

TERCERO. - PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se resuelve responde al análisis de los razonamientos jurídicos del tribunal de apelación, que lo llevaron a negar los recursos de apelación interpuestos por las partes procesales; confirmando la sentencia de primera instancia materia de casación, que imponen el límite del examen de legalidad del Tribunal de Casación.

CUARTO. - ELEMENTOS NORMATIVOS DE LA RESOLUCIÓN. -

4.1.- El análisis jurídico del recurso de casación procede en aplicación del principio dispositivo contemplado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República en concordancia con el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, reconocido y consagrado además en instrumentos internacionales, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, correlativo a la prohibición constitucional de indefensión, que propicia el derecho de acción y contradicción. Procede así mismo en función del mandato del artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República; y con estricta sujeción a la facultad de control de legalidad, previsto por el Art. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, que permite la corrección de errores, en que pueden incurrir los Jueces, usando de los mecanismos incorporados en nuestro sistema legal, modificando o invalidando un acto que se considere contrario a sus intereses, como medio de hacer efectivas las garantías fundamentales, con vista en el orden que legitime la prestación de la administración de justicia, frente al ^a poder^o de acción y contradicción, como derecho ciudadano.

4.2. RESOLUCIÓN N°: 0153-2009, emitida por la Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia en el JUICIO N°: 0242-2007 por Prescripción extraordinaria de dominio.

4.3. Código Civil, artículo **715**:^a *Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre.° ; artículo **2392**: ^a *Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.° ; artículo **2398**: ^a *Salvo las excepciones que establece la Constitución, se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.° ; artículo **2401**: ^a *Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido****

ninguna interrupción natural o civil.^o ; artículo **2409**: *“La prescripción ordinaria puede suspenderse, sin extinguirse. En este caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si hubo alguno. Se suspende la prescripción ordinaria, en favor de las personas siguientes: 1.- (Reformado por la Disposición Reformativa 12 de la Ley s/n, R.O. 796-S, 25-IX-2012).- De los menores, dementes, persona sorda que no puedan darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas, y de cuantos estén bajo potestad paterna o bajo tutela o curaduría; y, 2.- De la herencia yacente. La prescripción se suspende siempre entre cónyuges.*^o ; y artículo **2411**: *“El tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de quince años, contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el Art. 2409.*^o .

Es importante señalar que, mediante Resolución de 27 de julio de 2011, el Pleno de la Corte Nacional resolvió:

Artículo 1.- Para declarar la reivindicación o la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, se requiere que la existencia de ese derecho sea planteada en demanda o como reconvenición, pero no mediante excepción a la acción. Artículo 2.- Este criterio constituye precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser acatado y aplicado por todos los jueces de instancia y tribunales provinciales en sus resoluciones.

La ex corte nacional en el fallo dentro del Expediente No. 372-99, Primera Sala, R.O. 257, 18-VIII-1999) resolvió: ^a Por tanto, es el administrador de la sociedad conyugal a quien corresponde iniciar las acciones posesorias que sean necesarias para conservar la integridad de los bienes sociales, o, si lo prefieren podrían los dos cónyuges, de consuno, intentar la acción posesoria, aunque ello no es indispensable. Pero no la puede intentar por su cuenta el cónyuge que no tiene la administración de la sociedad conyugal, ni aun alegando que comparece por sus propios derechos, pues si bien puede ser verdad que esté en posesión del inmueble, no posee únicamente para su patrimonio, sino para el de la sociedad conyugal.

Como norma orientadora el art. 718 del C.C., señala.- ^a El justo título es constitutivo o traslativo de dominio. Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. Son translaticios de dominio los que, por su naturaleza, sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos. Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición.

QUINTO. - ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS POR LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN

5.1.-ÚNICO CARGO.- Con apoyo en la causal primera de casación, la recurrente denuncia la falta de aplicación de un precedente jurisprudencial emitida por la ex Corte Suprema de Justicia en la Gaceta Judicial, Año XCIV, Serie XVII, No. 1, pág. 100, por parte del Tribunal de Apelación, que a decir de la recurrente si procedería la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio entre ex cónyuges y que la falta del referido precedente jurisprudencial se procedió a la errónea interpretación de los artículos 715, 2392, 2398, 2401, 2409 y 2411 del Código Civil.

5.2. La causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, prevé como motivo de casación: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;”* La jurisprudencia colombiana, respecto a la causal primera que se halla establecida en términos similares a los que prevé nuestro ordenamiento jurídico, establece que la trasgresión de una norma de derecho sustancial puede ser por omisión o por comisión *“ocurre lo primero cuando el juez pretermite su aplicación a los casos que la requieren y reclaman; y sucede lo segundo cuando la aplica a supuestos que tal ley no contempla, o cuando, siendo la pertinente, la hace actuar en la controversia, pero atribuyéndole un sentido que ese precepto no tiene.”*³

Estos dos últimos vicios son las que interesa al análisis, así se tiene que la falta de aplicación se produce *“cuando el juzgador no subsume la situación fáctica específica y concreta en la norma o normas de derecho que corresponden, y que de haberlo hecho la parte resolutive de la sentencia hubiera sido distinta de la adoptada (...)”*⁴; constituye una omisión; que ocurre al dejar de aplicar la ley al caso controvertido habiendo debido hacerlo, bien por desconocimiento o negando el derecho que la misma reconoce al no percibir su rango frente a las normas en relación y el vicio de errónea interpretación de normas de derecho se configura en una decisión judicial cuando siendo la norma, cuya transgresión se acusa, la pertinente al caso, el juzgador la entiende y la aplica dándole un sentido que no le corresponde o un mayor o menor contenido del que efectivamente tiene.⁵ De La Plaza,

3 Murcia Ballén, Humberto. La Casación Civil en Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Sexta Edición. 2005. P. 326.

4Gaceta Judicial Año C. Serie XVII. No. 2. Pág. 341

5 Sentencia dictada el 11 de noviembre de 2016, por el tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la

señala que ^a *La censura de la sentencia, por este concepto específico no podrá hacerse de otro modo que poniendo de manifiesto el desconocimiento de las normas o principios interpretativos que al Juez se ofrecieron.*^{o6}

5.3. En el caso, se acusa la errónea interpretación de los artículos 715, 2392, 2398, 2401, 2409 y 2411 del Código Civil, vicio que supone la atribución de un sentido interpretativo distinto al real de la norma, para lo cual necesariamente la recurrente debía establecer cuál fue la interpretación que la sala ad quem otorgó a las normas en análisis que resulta contrario a su espíritu; sin embargo de lo señalado en el recurso se procede al análisis de la sentencia de segunda instancia, verificándose que el tribunal de apelación solo se refiere a los artículos 2410 y 715 del Código Civil que tienen que ver con la prescripción extraordinaria y la posesión, por lo tanto no cabría una errónea interpretación de los artículos 2392, 2398, 2401, 2409 y 2411 del Código Civil, ya que no fueron aplicados en el fallo que se impugna, demostrando únicamente su conformidad con la sentencia de segundo nivel.

5.4.- Bajo la causal primera, la casacionista alega la falta de aplicación de la jurisprudencia que declara procedente la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio entre cónyuges que dice *“OCTAVO Los derechos que existen sobre la sociedad de bienes creada por las partes, están regulados por las disposiciones que norman la sociedad conyugal; por lo tanto, si no existe disolución de la misma (sociedad de bienes) mal puede pedir entonces la actora la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre la totalidad del inmueble del que es condueña, lo cual no cabe en estricto derecho. NOVENO Aún más existe jurisprudencia constante en la Gaceta Judicial Serie XII, No. 12 pág. 2557 que dice “Disuelta la sociedad conyugal por el divorcio de los cónyuges, se inicia un régimen comunitario en el cual puede hacerse valer la prescripción con miras al dominio del bien de cuya posesión se trate. La cuestión adquiere importancia una vez que el Art. 2433 del C.C., en su último inciso señala que la prescripción se suspende siempre entre cónyuges. De otra parte, el Art. 2435 del propio Código determina que el tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción (la extraordinaria), es de quince años, contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el Art.2433, tanto más, que en el caso, por efecto del divorcio, terminó el matrimonio y la acción se vuelve admisible^{1/4}”* (Gaceta Judicial, Año XCIV, Serie XVII. No.1 pág. 100.

El artículo 715 del Código Civil, señala: *“Posesión es la tenencia de una cosa determinada con*

Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio ordinario número 17711-2016-0284 (Bermeo vs Cia. Anónima El Comercio).

6 De la Plaza, Manuel. La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1994. P. 215.

ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo^o., y el artículo 2410 ibídem, indica: " El dominio de las cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse: 1. Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito; 2. Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 715; 3. Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; 4. Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1. Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; y, 2. Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo^o .

Es irrefutable que la descripción jurídica que infiere el juzgador ad quem, de ninguna manera trastoca el criterio jurisprudencial al que hace relación la parte recurrente. Naturalmente existiría la procedencia de dicho señalamiento jurisprudencial, pero bajo las formas y presupuestos legales propios de la institución con la cual se acciona. Efectivamente en este caso nos encontramos frente a la existencia de ex cónyuges y de una sociedad conyugal disuelta producto del divorcio; más sin embargo, ha quedado predeterminada una sociedad comunitaria de bienes, y tratándose del bien inmueble del cual se procura la acción de prescripción extraordinaria constante de la escritura pública de compraventa de fecha 25 de noviembre de 1988 a favor de Luis Suárez Ruiz y Magdalena Vaca Salgado, como forma de adquirir el dominio debe asumirse derivada de la existencia de un cuerpo cierto identificado producto de la partición legalmente obtenida que extinga la propiedad proindiviso del mentado bien; es decir que el producto de la sociedad conyugal se halle liquidada, y a lo que nos ocupa apreciamos que el primer desacierto de la parte actora es haber reclamado parte de la posesión de un bien inmueble de la cual funge como titular o copropietaria, y de otro lado el inmueble sigue constituido en un solo cuerpo cierto bajo la premisa de la extinta sociedad conyugal; diferente sería que ya auscultada judicial o extrajudicialmente la división del bien inmueble, opere la oportunidad de la pretensión, reiterándose que la posesión es un hecho y no un derecho, no se puede transferir ni transmitirse por compraventa, cesión, ni cualquier otra figura jurídica que se use, ya que los derechos posesorios no son susceptibles de tradición; únicamente puede añadirse o agregarse cuando se sucede a título universal o singular, es decir, la transferencia únicamente se da en casos de sucesión por causa de muerte. Pretender prescribir de manera general una cosa que no se la individualiza expresamente como referirse a un carro, un lote de terreno una casa, en vista de que, el dominio y los derechos reales

que se pueden adquirir por la prescripción, sólo existen respecto de cosas individualmente determinadas; por cuanto la posesión, es la tenencia, con ánimo de dueño, de una cosa determinada. (Art. 715). Sin embargo, de este elemento requiere que lo que se vaya a prescribir sea individualmente determinada; en ese sentido no existe errónea interpretación de las normas señaladas del Código Civil al que se hace alusión con respecto de la observancia del precedente jurisprudencial, pues las condiciones allí expuestas si corresponden en el análisis, más aun en cuanto permiten advertir que el ánimo de señor y dueño de la hoy recurrente no proviene de una cuota ya fijada a favor de cada uno de los ex cónyuges, en definitiva que el bien inmueble se halle debidamente singularizado, que a la par le haya legitimado efectuar actos de mera facultad.

Los derechos que existen sobre la sociedad de bienes creada por las partes en la especie, están regulados por las disposiciones que regulan la sociedad conyugal; en tal virtud, el haber de la sociedad y sus cargas, la administración ordinaria de sus bienes, la liquidación de la sociedad y partición de gananciales, se rigen, por lo que el Código Civil dispone para la sociedad conyugal. Lo señalado no quiere decir que cese ipso facto los derechos de los cónyuges que puedan instaurar respecto del haber común, sino que por el marco institucional jurídico o la naturaleza jurídica al cual se debe dicha mancomunidad, los mismos se constituyen prima face como punto de partida para la diligencia de inventarios, de allí que la eficacia de la sociedad conyugal se valora a partir de la causal de disolución de la misma, retroactivamente al tiempo del matrimonio, pues con él se genera una comunidad universal de bienes sin libre disposición a cuenta que su destino no puede ser otro que el de ser objeto de liquidación.

Adicionalmente cabe esgrimir que para efectos de la prescripción adquisitiva, no es posible contabilizar el tiempo que acumula uno de los cónyuges en posesión de un bien después de que su respectiva sociedad conyugal fue disuelta, en atención a que resulta imposible contabilizar el término de la posesión transcurrido mientras no se efectúa la distribución de gananciales como parte del régimen económico matrimonial en el cual cada uno de los integrantes pone en común y divide por partes iguales los beneficios obtenidos por cualquiera de los dos durante la vida en común; hacerlo sería desproporcionar los derechos equitativos de aquellos en atención a que los derechos y obligaciones de cada cónyuge son justiciables. Por lo tanto se rechaza el cargo.-

SEXTO.- DECISIÓN.-

Por lo expuesto este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia, no encuentra que se hubieran configurado los vicios alegados por la causal primera de Casación, en tal razón, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, NO CASA** la sentencia recurrida. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese y devuélvase.

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO
CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

LOAYZA ORTEGA PABLO FERNANDO
CONJUEZ NACIONAL

COHN ZURITA FERNANDO ANTONIO
CONJUEZ NACIONAL (E)

VOTO SALVADO DEL CONJUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, COHN ZURITA FERNANDO ANTONIO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 6 de junio del 2022, las 15h44. **Salvo mi voto respecto de la decisión de mayoría. Razono mi disenso en las siguientes consideraciones:**

- 1) En el recurso se menciona que hubo errónea interpretación del artículo 715 del Código Civil.
- 2) En el fallo recurrido se establece que: *“ QUINTO: (1/4) Por su parte, el artículo 715 ibídem establece: “ POSESIÓN ES LA TENENCIA DE UNA COSA DETERMINADA CON ÁNIMO DE SEÑOR O DUEÑO; SEA QUE EL DUEÑO O EL QUE SE DA POR TAL TENGA LA COSA POR SÍ MISMO, O BIEN POR OTRA PERSONA EN SU LUGAR Y A SU NOMBRE. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo°. La prescripción adquisitiva de dominio implica la confluencia de varios requisitos, entre los que se encuentran, el que la posesión sea pacífica, es decir, que la posesión no se haya adquirido por la fuerza, que no esté afectada por la violencia y que no sea objetada judicialmente, en su origen. Otro requisito sustancial, para la adquisición de la propiedad, por el transcurso del tiempo, es que la posesión sobre el bien inmueble, sea continua, esto es, que se ejercite sin solución de continuidad en el tiempo; esto significa que para la configuración de este requisito no sólo debe tenerse en cuenta el factor tiempo, sino que también que la posesión, debe tenerse al momento de la interposición de la demanda, como presupuesto indispensable para la usucapión. Es conocido que la prescripción es un modo de adquirir la propiedad de un bien ajeno, mediante la posesión ejercida sobre dicho bien. Para ello se requiere que la parte demandante pruebe plenamente la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante al menos quince años consecutivos o continuos. Que sea pública implica el reconocimiento de otros respecto de la posesión del bien con ánimo de señor y dueño, reconocimiento de la gente de que aquel es el dueño por haber hecho actos propios de quien ostenta la calidad de propietario de un bien. La acción de prescripción adquisitiva es evidentemente declarativa, pues busca el reconocimiento de un derecho, a partir de una situación de hecho determinada, o un pronunciamiento de contenido probatorio, que adquirirá certidumbre mediante la sentencia, de tal forma que la norma abstracta de la ley se convierte en una decisión concreta, estableciendo una relación de derecho entre las partes, limitándose la sentencia a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, vale decir que no es susceptible de ejecución, pues la declaración judicial basta para satisfacer la pretensión del actor y le servirá como justo título para hacer la transferencia de la propiedad. (,,) SÉPTIMO: (1/4). En la especie, tanto la actora como el demandado son DUEÑOS PROINDIVISO del bien materia de la demanda, por lo tanto, respecto de la acción de dominio (prescripción adquisitiva), resulta IMPROCEDENTE que quien es DUEÑA pretenda adquirir por prescripción su mismo inmueble, cosa*

diferente habría sucedido si hecha la liquidación legal y siendo cada ex-cónyuge dueño de su cuota, pretenda adquirir por prescripción la otra cuota de su ex-cónyuge. Es preciso considerar que la prescripción de dominio tiene como presupuestos legales que la acción la presente quien es POSEEDOR en contra del titular del dominio del bien, presupuestos que NO concurren en esta causa ordinaria, pues como queda determinado, la actora aún es dueña del inmueble materia de esta litis (1/4)°

3) Resulta claro colegir que la Sala de segunda instancia efectuó una interpretación del art. 715 del Código Civil en el sentido de que no cabe que se considere poseedor a quien es propietario pro indiviso del bien objeto de la acción.

4) La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación parte del reconocimiento de los hechos tenidos por ciertos en la sentencia.

5) De la sentencia se reconoce lo siguiente (en virtud del resumen de la contestación a la demanda):

^a El demandado comparece y propone las siguientes excepciones: (1/4) Falta de derecho de la actora para proponer la presente acción, por su condición de COPROPIETARIA del 50% de derechos y acción, y MERA TENEDORA DE MIS DERECHOS Y ACCIONES, por ser administrados de la sociedad conyugal; Improcedencia de la demanda. El demandado RECONVIENE a la parte actora manifestando que: El 12 de mayo del 1971, contrajo matrimonio con la señora Magdalena de Jesús Vaca Salgado en la ciudad de Píllaro, por sentencia dictada por el señor Juez Séptimo de Pichincha, de 5 de noviembre de 1996, se declaró disuelta la sociedad conyugal; sentencia inscrita el 20 de noviembre del mismo mes y año, en la correspondiente acta de matrimonio. Es el caso que desde el mes de marzo de 1996, se encuentro separado de su ex - cónyuge la señora Magdalena de Jesús Vaca Salgado, por cuanto tuvo que abandonar su hogar por múltiples problemas de incompatibilidad. Desde el mes indicado la señora Magdalena de Jesús Vaca Salgado ha venido administrando ese bien social, percibiendo ingentes sumas de dinero por concepto de arriendo. Esto es que a la fecha se encuentra percibiendo los usufructos de un bien social por más de veinte años. Por lo expuesto, reconviene a la actora a que rinda cuentas de todos los usufructos rendidos por la inmueble cuya prescripción adquisitiva de dominio demanda, desde el mes de marzo de 1996 hasta la presente fecha, esto es por un período de más de 20 años.

6) En suma, el demandado reconoce y por tanto no fue objeto de cuestionamiento el hecho de que desde el mes de marzo de 1996 se encontraba separado de su excónyuge y que esta había administrado el bien, percibiendo el 100% de los valores por concepto de arriendo, del que ella era simplemente copropietaria.

7) En conclusión, se reconoce que la actora había administrado la propiedad bajo su exclusivo control.

Lo que debe determinarse es si, por el artículo 715 la copropietaria podía demandar la posesión del bien en su integridad de derechos, o si, por el contrario, no podía hacerlo en momento alguno, mientras no esté liquidada la sociedad de bienes.

8) No existe en la norma limitación alguna para poder poseer un bien y, como reconoce el mismo demandado en la contestación reseñada en la demanda, actuar como señor y dueño respecto de la propiedad en su integridad, habiendo poseído desde el año 1996 hasta la fecha de la presentación de la demanda el bien inmueble, con ánimo de señor y dueño y no como simple copropietario, al haber percibido, como lo reconoce el mismo demandado, la totalidad de los valores devengados en el tiempo que la actora ha dado el inmueble en arriendo. En suma, el copropietario puede ser poseedor y actuar como señor y dueño de la integridad del bien, en la totalidad de los derechos y acciones y adquirir por prescripción el mismo, del cual hasta entonces ha tenido solo la condición de copropietario. La falta de oposición de esa posesión por el otro copropietario, origina la misma consecuencia que el caso en que el demandado sea el propietario absoluto del bien y quien demanda no tenga derecho de propiedad alguna en el mismo.

9) En consecuencia, estimo que se ha producido la errónea interpretación del art. 715 del Código Civil y por tanto de acuerdo a los hechos que no han sido controvertidos por las partes, se debe declarar que ha operado a su favor de la actora la PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO, del inmueble descrito anteriormente, a fin de que el bien, perteneciente a la sociedad conyugal, pase a ser de propiedad de la actora a título personal.

10) Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, CASA la sentencia, y declara con lugar la demanda, habiendo operado a favor de la actora MAGDALENA DE JESUS VACA SALGADO la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del bien inmueble ubicado en la calle Francisco Hall E-401 y Pasaje Público, de la parroquia Eloy Alfaro, cantón Quito, provincia de Pichincha, comprendido dentro de los siguientes linderos: NORTE: Propiedad de Carlos Romero, en una extensión de 12m; SUR: Calle Francisco Hall, en una extensión de 12 m, ORIENTE: PROPIEDAD de Jorge Reascos, con una extensión de 18m, OCCIDENTE. PASAJE Público, con una extensión de 18m. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Notifíquese.-

PAZOS MEDINA CARLOS VINICIO
CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

LOAYZA ORTEGA PABLO FERNANDO
CONJUEZ NACIONAL

COHN ZURITA FERNANDO ANTONIO
CONJUEZ NACIONAL (E)

FUNCIÓN JUDICIAL

178343264-DFE

Juicio No. 21331-2019-00190

**JUEZ PONENTE: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO, JUEZ NACIONAL
(PONENTE)****AUTOR/A: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 9 de junio del 2022, las 08h37. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Guzmán Castañeda, doctor David Isaías Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que fueron electos conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, que habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura; y, al ser encargados en los respectivos despachos acorde a las facultades de la Corte Nacional de Justicia, más el sorteo de ley realizado, por el cual ha correspondido conocer esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la resolución dictada por el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, de 11 de mayo de 2020, dentro de la causa ordinaria de reivindicación seguida por Carmen Araceli Mora Ortiz en contra de Rosa Mariana Guamán Crespo.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció a virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Lago Agrio, de 30 de octubre de 2019, que declaró con lugar la demanda y ordenó que la demandada restituya a la accionante el bien inmueble materia de la causa.

1.2.- Satisfecho el trámite del recurso de apelación, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, rechazó el recurso de apelación presentado por la parte demandada y confirmó la sentencia subida en grado.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la parte accionada, deduce recurso de casación, convirtiéndose de esta manera en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio casacional.

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
WILMAN GABRIEL
TERAN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CI
1714429675**FUNCIÓN JUDICIAL**
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
HIMMLER
ROBERTO
GUZMAN
CASTANEDA
C=EC
L=QUITO
CI
1706381975**FUNCIÓN JUDICIAL**
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
DAVID ISAIAS
JACHO CHICAIZA
C=EC
L=QUITO
CI
0502022148

3.- Causales admitidas en el recurso de casación: Al recibirse el planteamiento casacional, por sorteo, correspondió su calificación al Conjuez Nacional, doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, quien, mediante auto de 10 de marzo de 2021, luego del trámite del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido el mismo por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), la casacionista, a través de su defensa técnica, fundamentó el recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, el cual fue debatido por la contraparte, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

5.- Intervención de la defensa técnica de la casacionista recurrentes: En lo relevante, la denuncia casacional de la demandada, por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, cita la presunta errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil y falta de aplicación del artículo 715 de la norma referida. Señala, que la demanda de reivindicación requiere que el demandado sea el actual poseedor, cosa que no ocurriría en el caso, porque la accionada sería una falsa poseedora, según habría indicado la actora en su demanda. Por lo tanto, existiría la infracción del artículo 715 del Código Civil ya que no tendría la calidad para reclamarla como poseedora y que esto denotaría la falta de aplicación del mencionado artículo en el fallo y la falta de subsunción del hecho a la norma que rige la acción reivindicatoria. Esto debido a que la acción de dominio exige tres requisitos para su procedencia: que el actor sea dueño, que se individualice el bien y que el demandado esté en posesión. Pero, la calidad de falsa poseedora de la demandada, que habría sido así determinada en la sentencia impugnada, no configuraría el tercer elemento respecto a que el demandado esté en posesión del bien. En esa línea argumentativa, pide que se case la sentencia y se rechace la demanda.

6.- Intervención de la defensa de la contraparte: En lo principal, alude que, la sentencia de la impugnación ha sido dictada bajo los requerimientos de lo demandado, en consonancia con los fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia referentes a la reivindicación. Precisa que según los recaudos procesales se ha establecido que la demandada es la actual poseedora del bien en cuestión, y singularizado el inmueble, por lo tanto considera, que la recurrente no habría demostrado los vicios que denuncia. Solicita rechazar el recurso ratificando la sentencia emitida por los señores jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Sucumbíos en todas sus partes y que se le imponga una multa a la parte contraria por haber hecho litigar de forma inoficiosa.

III CONSIDERANDOS

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 4, 184, 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269, inciso primero, del Código Orgánico General de Procesos y por efectos de la Resolución 03-2021 de la Corte Nacional de Justicia; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, así pues, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violación a solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de los casos invocados, admitidos en fase previa de admisibilidad: Como quedó

establecido, en el párrafo 3 de esta sentencia, en concreto el caso admitido por vía casacional, es el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, cuyo contenido es:

“5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”

10.1.- El caso quinto, es relativo a los errores *in iudicando*, se produce por violación directa normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, doctrinariamente se ha llamado a esta causal como vicio de juzgamiento. La falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación responden a conceptos propios de infracción disimiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la acertada para solucionar la cuestión; la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar el problema jurídico; por último, la errónea interpretación es un yerro, en el cual, si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, se aleja del espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra destinada la norma para dar la solución al conflicto jurídico.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, por el caso quinto se acusa la falta de aplicación del artículo 715 del Código Civil y la errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil.

V.- JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- En virtud de lo arriba determinado, se pasa a analizar los yerros denunciados por la parte recurrente en casación, cuya impugnación se precisa a continuación:

12.1.- La postulación casacional, se constriñe en que a decir de la casacionista demandada en la causa, su calidad es de falsa poseedora, por lo que no se encontraría configurado uno de los requisitos de la acción de dominio, esto es, que se demande a quien se encuentra en posesión actual del bien inmueble, evento que hace improcedente la demanda.

12.2.- Problema jurídico a resolver: De lo concretizado en el párrafo anterior, se desprende la siguiente interrogante: ¿Quién es el legitimado pasivo en el juicio reivindicatorio?; la cuestión planteada, se pasa a resolver en los siguientes párrafos:

¿Quién es el legitimado pasivo en el juicio reivindicatorio?

13.- Sobre la acción reivindicatoria: previo a abordar el cargo aludido por la accionante, es preciso indicar, que la reivindicación, se encamina a proteger el derecho del propietario a gozar y disponer de sus bienes, cuando terceros estén en su posesión, es decir, *“¼ protege al propietario contra una lesión específica al derecho de la propiedad: su desconocimiento por la privación de la parte útil del dominio: la posesión”*¹, en esa línea, el artículo 933 del Código Civil, la determina como la acción: *“¼ que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”*. El antiguo aforismo romano: *“ ubiunque sic res, pro domino suo clamare”* (Dondequiera que se encuentre una cosa, clama por su dueño), prerrogativa irrefragable del dueño de una cosa singular al estar desprovisto de su posesión para que quien la posea se la restituya. Es uno de los remedios jurídicos característicos de protección del derecho de dominio siendo una acción declarativa de condena, de naturaleza real y ejercitable *erga omnes*, por ser un mecanismo real, cualquiera que sea el detentador de la cosa, con el fin de obtener su restitución y, como medio al servicio de este fin, la condena al demandado, ya que el fallo, en caso de ser favorable, debe imponerle un comportamiento de restitución; supone la existencia de un solo bien pretendido por dos personas distintas, por lo que deberá resolverse sobre la preferencia del título previa su exacta identificación ± entonces ± siempre se dirige contra el poseedor no propietario, tendiendo a recuperar la cosa sobre la que se proyecta para integrarla efectivamente en el haber de dominio de quien la ejercita con éxito, siendo un presupuesto previo la condición sea expresa o tácita, de propietario de quien demanda. Para ejercer esta acción, el Código Civil establece como requisitos: **a)** Procede en bienes corporales, raíces o muebles (Artículos 934, 935 y 936); **b)** Está legitimado para ejercerla quien tiene la nuda, absoluta o fiduciaria propiedad de la cosa, incluso quien no tenga dominio, pero si su posesión regular, pudiendo ganarla por prescripción; pero, en este caso esta acción no puede intentarse contra el verdadero dueño, ni contra el que la posea con igual o mejor derecho (Artículos 937 y 938); **c)** Es legítimo contradictor el actual poseedor² de la cosa o aquel que aunque ya no esté en posesión lo haya estado de mala fe, debiendo responder por los frutos y deterioro del bien (Artículos 939 a 947). Aunque la acción viene enunciada en el Código Civil, este alto Tribunal de Justicia, a través de sus fallos, ha consolidado un cuerpo doctrinario en el que se destaca la exigencia de cuatro presupuestos a demostrarse por quien pretende reivindicar un bien: *“ 1) que el actor o demandante tenga la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa cuya reivindicación se pretende; 2) que se trate de una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular que esté claramente identificada; 3) que el demandado tenga la actual posesión material de la cosa que se reivindica; y 4) que exista plena identidad entre la cosa que reivindica el actor y la que posee el demandado.”*³. A partir de la

1 González María, citando a Mercant, “Acción reivindicatoria”, RUDF, N°1, Montevideo, FCU, pp. 32.

2 De conformidad con el Art. 715 del Código Civil, la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño.

3 Gaceta Judicial 11 de 30-jul.-2002

naturaleza y los elementos propios de esta acción de dominio, de manera general se reconocen tres caracteres: el real (permite ejercitarla contra cualquiera que perturbe la relación existente entre el dueño y el bien); el recuperatorio (su fin es recuperar la cosa) y el de condena (busca que por orden judicial se restituya el bien)⁴. Por ende, esta clase de juicios deben instaurarse por el propietario de un determinado bien contra quien lo posee indebidamente; correspondiendo al propietario con derecho a poseer contra el poseedor que carece de tal derecho.

14.- Como se ha dejado anotado, uno de los requisitos fundamentales para que prospere la reivindicación, es que el legitimado pasivo de la demanda se encuentre en posesión actual del bien; es decir que la cosa reclamada en restitución, siempre habrá de estar poseída por persona distinta al titular de dominio, quien se entiende ha sido desposeído sin su consentimiento. La casacionista en su calidad de demandada en el juicio de reivindicación, ha dejado indicado tanto en el recurso de casación escrito como en la sustentación oral, que no se encuentra en posesión del predio de la demanda, en vista de la actora la ha categorizado como falsa poseedora y que, allí radicaría el error de subsunción del tribunal de alzada. Afirmación que llama la atención de este Tribunal de casación, pues revisado el contenido de la sentencia de apelación en su considerando 4.3, se desprende que la defensa de la accionada frente a la acción de dominio intentada, se centra en: *“ (1/4) consta la contestación a la demanda que han presentado la demandada ROSA MARIANA GUAMAN CRESPO, quien en lo principal expresa: 1/4 3. Que la demandante en lo fundamental en cuanto se refiere a PRETENCIONES, exige que se ordene la desocupación y desalojo del bien ocupado, negando todo lo expuesto en la demanda, que respecto a lo alegado en la demanda presenta las siguientes excepciones: que estas son falsas por cuanto con ALEX DIONICIO MORA ORTIZ, (hermano de la autora), convivió desde el mes de febrero del año 2011, que en el mes de enero del 2014 se realizó una información sumaria en la que los testigos manifiestan la existencia de unión de hecho, durante la cual han procreado una hija y han adquirido los bienes que hay menciona; que ha presentado una demanda tipo procedimiento Sumario-Alimenticio, en contra de su ex conviviente ALEX DIONICIO MORA ORTIZ, con fecha miércoles 15 de agosto del 2018; que su ex conviviente ALEX DIONICIO MORA ORTIZ, presentó una demanda de tipo sumario- terminación de Unión de Hecho, en su contra, la misma que ha sido aceptada y se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la ley; que la autora es hermana de mi ex conviviente el sr. ALEX DIONICIO MORA ORTIZ, y presenta esta demanda de reivindicación en su contra, con el propósito de despojarle del bien inmueble antes singularizado que lo adquirieron durante su unión de hecho y que en forma ficticia ha vendido a favor de su hermana CARMEN ARACELI MORA ORTIZ; que niega la narración de los hechos de la demanda por ser falso y una vil mentira que la autora haya comprado el inmueble de soltera*

⁴ Sánchez Blanca, citando a Montés Penadés, Curso de Derecho Civil III, Tirant lo Blanch: <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413555881#ulNotainformativaTitle>

ni ha realizado construcciones, ni remodelaciones externas e internas, en conclusión la autora jamás ha vivido en su casa, por lo que niega fundamentos de hecho y de derecho que la parte autora señala, no admite nada^{1/4}.° [Sic]. Es decir, que la propia demandada, ha aceptado estar en posesión del bien requerido por la actora e inclusive en su declaración de parte admitió su calidad de poseedora durante varios años en el predio, por haber sido conviviente del anterior propietario del bien inmueble, aduciendo inclusive ser propietaria por tratarse de un bien adquirido en unión de hecho, circunstancia que ha sido desvanecida al no haber sido probada y que en suma no procedería, pues conforme indica el *ad quem*, de los recaudos procesales ha quedado establecido que el anterior propietario Alex Mora Ortiz, al momento de la adquisición del inmueble, no se encontraba manteniendo unión de hecho con la demandada. En ese marco, la sala de apelación, partiendo de la afirmación de la demandada, acerca de su posesión en calidad de propietaria, determinó: *“(1/4) Se ha justificado asimismo, que la titular del derecho de dominio no está en posesión del inmueble a reivindicar; así se desprende de la misma contestación realizada por la parte demandada al expresar que su posesión no es maliciosa ni temeraria, que ella allí vive con su hija desde hace ocho años, aseveración que ha ratificado en su declaración de parte y en la fundamentación del recurso; de igual manera, del Informe del Perito Ing. Darwin Jiménez Cuenca, quien en varios numerales indica que el predio está ocupando y se halla posesionada la señora demandada GUAMAN CRESPO ROSA MARIANA*°. La sentencia objetada, se remite a los hechos probados y en suma a aquellos que no requieren prueba, por haber sido admitidos en la contestación de la demanda, lo que exime la carga probatoria del demandante⁵; la doctrina es clara en manifestar que los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y como consecuencia natural, fuera de la prueba⁶. Así, resulta intrascendente en el caso, que la demandada haya entrado en posesión del inmueble bajo la anuencia de su ex conviviente, pues en la actualidad, el bien ha sido transferido a una tercera, la actora Carmen Mora, quien por el derecho de persecución del bien y en oposición del uso y goce de la demandada, exige recuperar el predio. De lo analizado, no se observa errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil, la accionada ha aceptado encontrarse en posesión del bien, quedando fijado como hecho cierto y por tanto procedente que la prenombrada restituya la posesión a la actora.

15.- Acerca de la calidad de la posesión.- El legitimado pasivo en el juicio de reivindicación solo lo es quien se encuentra en posesión actual⁷, posesión entendida según el artículo 715 del Código Civil como la *“tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”*, que engloba dos concepciones a tenerse en cuenta: el *corpus* traducido como la tenencia material de la cosa y el

⁵ Art. 163 del COGEP.-Hechos que no requieren ser probados. No requieren ser probados: 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción^{1/4}

⁶ Couture. Eduardo, Fundamentos del derecho procesal Civil, Depalma, Buenos Aires.

⁷ Código Civil: Art. 939.- La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.

animus o ánimo de señor y dueño. Es decir, que la posesión se configura por una parte, por su identidad material, determinada por el hecho de la detentación actual y directa del bien, sin perjuicio de que aquella pueda ser legítima, ilegítima, viciosa, de buena o mala fe, siendo importante la calidad material de la posesión por los efectos que podría llegar a producir a la hora de declarar o extinguir derechos. Por otra parte, tenemos la identidad subjetiva de la posesión, dada por el individuo y su voluntad aplicada al objeto bajo su poder, de lo que ineludiblemente debe verificarse que su actitud es la de someter la cosa a su arbitrio por creerse dueño; de modo que aun frente a terceros se presume esta calidad. En tal razón, el ejercicio de la acción de dominio contra quien ostenta la posesión, fija su procedencia, no se trata de demandar a cualquiera sino a aquella persona que se encuentra disponiendo materialmente de la cosa y la conduce a su voluntad como dueño aunque en su fuero interno sepa no serlo titularmente, pero se mira a sí, como tal, más allá de si se domina aquella posesión como irregular o falsa, lo que importa en la acción de dominio es la intención con que posee la parte demandada, que en el caso ha sido bajo la consideración de dueña del inmueble, sin perjuicio de que la actora la haya denominado falsa poseedora, esta calificación no es asequible cuando de los asertos del proceso se corrobora identidad material y subjetiva en su posesión. No se encuentra por tanto, transgresión de derecho por el caso quinto de casación.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

15.- La acción reivindicatoria o de dominio, resguarda la prerrogativa del dueño a gozar y disponer de sus bienes, que injustamente ha sido privado. Opera sobre bienes singulares, sin posesión material del propietario para ordenar al poseedor a restituirlos; su esencia es declarativa de condena, real y ejercitable a falta de prescripción adquisitiva del bien aludido, por el detentador del bien, para que la restituya al titular; procede sobre cosas corpóreas, raíces o muebles; su legitimado es quien tiene la nuda, absoluta o fiduciaria propiedad, incluso el carente de la posesión regular que pueda ganarla por prescripción, en cuyo caso está impedido contra el verdadero dueño o el con igual o mejor derecho; su legítimo contradictor, es el actual poseedor o quien aunque haya quedado sin poseerla, la haya tenido de mala fe. Sus elementos necesarios son la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de lo exigido por el reivindicante; que esa cosa o cuota singular, sea específica, cierta e identificada; bajo tenencia material del intimado; e, identidad entre lo exigido y lo requerido; es obrante contra quien perturbe la relación dueño \pm bien, es recuperatoria de la cosa y de condena a restituirlo.

VI. DECISIÓN

16. Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE**

DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, decide:

16.1.- Rechazar el recurso de casación planteado por la señora Rosa Mariana Guamán Crespo, respecto de la resolución dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, de 11 de mayo de 2020.

16.2.- Disponer la entrega de la caución rendida, a la parte actora perjudicada con la demora de la ejecución de la sentencia.

16.3.- Devolver los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.-

Notifíquese y cúmplase.-

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA

JUEZA NACIONAL (E)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL



178533171-DFE

Juicio No. 17230-2019-01111

JUEZ PONENTE: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 10 de junio del 2022, las 15h43. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Himmler Guzmán Castañeda, doctor David Isafas Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que fueron electos conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, que habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura; y, al ser encargados en los respectivos despachos acorde a las facultades de la Corte Nacional de Justicia, más el sorteo de ley realizado, por el cual ha correspondido conocer esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la resolución dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 24 de septiembre de 2020, dentro de la causa ordinaria que por cobro de dinero sigue Jorge Vinicio Ochoa Bustos en contra de Rafael Velasco González y Fabián Villarreal Viteri, en su calidad de presidente y gerente general respectivamente, de la empresa ASOCIADOS DRIVING SCHOOL CIA.LTDA.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada por el Juzgador de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, de 15 de junio de 2020, que aceptando la demanda propuesta, dispuso que la compañía demandada pague al actor el valor del cheque protestado por un valor de \$43.000, más los intereses de mora desde la citación de la demanda.

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho recurso de apelación, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en lo medular rechaza el recurso de apelación y confirma la sentencia subida en grado.

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
WILMAN GABRIEL
TERAN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CI
1714429675
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

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

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

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la parte accionada, interpone recurso de casación, convirtiéndose de esta manera en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales admitidas en el recurso de casación: Al recibirse el planteamiento casacional, por sorteo, es conocido por el respectivo Conjuez Nacional, doctor Pablo Loayza Ortega, quien, mediante auto de 5 de abril de 2021, luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido el mismo por el caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (*en adelante COGEP*).

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, el recurrente, a través de su abogado defensor, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos, recurso que fue debatido por la contraparte. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

5.- Intervención del recurrente: Con apoyo en el caso cuarto del artículo 268 del COGEP, en lo sustancial, denuncian la falta de aplicación del artículo 1728 del Código Civil; señala que la parte actora, se habría valido de un cheque protestado en dos ocasiones, lo cual sería un mero principio de prueba por escrito, sin que aporte prueba adicional que afirme su demanda. La infracción de dicha norma, se configuraría por la falta de prueba testimonial que justifique la causa y existencia de la obligación, una cosa sería la prueba testimonial y otra la declaración de las partes procesales, medio de prueba en el que se habría fundado el Tribunal de apelación para su decisión y no en testimonios, que son el tipo de prueba que exige esta clase de obligaciones según la jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia. No se habría valorado la prueba en todo su contexto, conforme al artículo 164 del COGEP, porque se habría dejado de lado la prueba presentada por los demandados en el pleito, que inicia en el 2014, cuando el accionante, con el mismo cheque que ahora presenta en juicio ordinario, demandó ejecutivamente a los mismos accionados, cuando se habría percatado de que el billete bancario es simple indicio de prueba y no un título ejecutivo, razón por la que desistiría de su demanda, siendo aplicable el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil, vigente a esa época, que en esencia dispone que quien desista de la demanda no puede proponerla por segunda vez, tesis sostenida también por el artículo 237 del COGEP, sin que pueda volver a demandarse los mismos hechos; independientemente de la vía, el objetivo del actor es cobrar dinero a los mismos demandados, por lo que existiría identidad objetiva y subjetiva y no cabría una nueva demanda. Solicita se case la sentencia y rechace la demanda.

6.-Intervención de la contraparte: Por efecto del principio de contradicción, se escuchó a la contraparte, que en lo medular, rechaza los fundamentos del recurso, dice que en instancia, se habrían presentado varias pruebas, entre ellas, el cheque protestado, el historial bancario del actor, con lo que se verificaría el monto y fecha en la que el señor Jorge Ochoa, habría entregado el dinero a favor de los demandados, lo cual habría sido aceptado en la declaración de parte de los demandados, al señalar que es su firma la que constaría en el cheque sin cancelar. Respecto a la alegación, sobre la cancelación de la obligación con una entrega de cesión de participaciones, esta no tendría nada que ver con la obligación demandada, ya que las fechas de la firma de la escritura de sesión de participaciones y la del giro del cheque emitido en garantía por devolución del dinero a los demandados, serían distintas. Estos elementos, constituirían prueba de la demanda, correspondiéndoles a los demandados demostrar la extinción de la obligación, por lo cual no habrían aportado ninguna prueba que demuestre la cancelación del valor del cheque. Sobre el anterior juicio ejecutivo, habría desistido, al no ser el cheque título ejecutivo, por haber sido protestado fuera de los veinte días que establecía la ley de cheques, procediendo con el juicio ordinario, conforme a la jurisprudencia constante en la sentencia No 302 del 2011, de la ex Segunda sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, de 3 de mayo 2011, que establece que cuando se haya iniciado un juicio ejecutivo o después de un juicio verbal sumario, se puede seguir la acción ordinaria para el cobro del cheque, sin tener los efectos que establecía el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil. El cheque, tendría valor de documento privado, por el reconocimiento efectuado en la declaración de parte de los demandados. Solicita se rechace el recurso.

III CONSIDERANDOS

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 4, 184, 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269, inciso primero, del Código Orgánico General de Procesos y por efectos de la Resolución 03-2021 de la Corte Nacional de Justicia; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es

facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, así pues, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violación a solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofilático; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de los casos invocados, admitidos en fase previa de admisibilidad: Como quedó establecido, en el párrafo 3 de esta sentencia, en concreto el caso admitido por vía casacional, es el cuarto del artículo 268 del COGEP, cuyos contenidos es el siguiente:

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".

10.1.- El caso cuarto, se produce por violación directa de las normas procesales que regulan la valoración de los instrumentos probatorios y por tal vulnera de manera indirecta normas sustanciales, normas que deben indicarse en la formulación del cargo, concomitantemente con la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción y la explicación razonada del nexo de causalidad entre ambas infracciones. Los vicios previstos en el caso invocado *"Aplicación indebida, falta de aplicación y errónea interpretación"*, han de entenderse de la siguiente manera: (i) la aplicación indebida, radica en un yerro de selección de norma, al seleccionar el juzgador una no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la norma acertada para su solución,

(ii) la falta de aplicación, resulta cuando, como su nombre lo indica, el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar la controversia; y, (iii) la errónea interpretación es un yerro de interpretación, aquello implica que, si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución de la litis, se aleja del espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra en la norma.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, se tiene que los yerros admitidos para estudio de este Tribunal, se afianzan en el caso cuatro del artículo 268 del COGEP por falta de aplicación del artículo 1728 del Código Civil e infracción del artículo 164 del COGEP.

V.- JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- Como ya ha quedado determinado en el párrafo anterior, se procede a verificar lo impugnado por la parte casacionista conforme a lo sustentado en la audiencia.

12.1.- La denuncia casacional, se concentra en que se concreta en que se estaría demandando, con un cheque protestado dos veces y sería un mero principio de prueba por escrito, sin aportar más prueba que afirme el reclamo; la prueba testimonial, justificante de la causa y existencia de la obligación, sería distinta a la declaración de las partes, medio en que se sustentaría el fallo, cuando la prueba testimonial sería la exigible en esta clase de procesos; sin valorarse la prueba en todo su contexto, se dejaría de lado la prueba de los demandados; el problema, inicia en el 2014, cuando con el mismo cheque hoy exigido en juicio ordinario, se los demandó en juicio ejecutivo y al percatarse que era un simple indicio de prueba, se ha desistido, por ello, mal podría demandarse de nuevo los mismos hechos; pues, independientemente de la vía, el objetivo es cobrar dinero a los mismos demandados, habiendo identidad objetiva y subjetiva.

13.- Problema jurídico a resolver: De la abstracción realizada, se tiene que tales acusaciones, se orientan a una sola intención concretizada en la siguiente interrogante:

¿Cómo acreditar el principio de prueba por escrito según el Código Civil ecuatoriano?

Este cuestionamiento, se resuelve en los siguientes párrafos:

¿Cómo acreditar el principio de prueba por escrito según el Código Civil ecuatoriano?

14.- Acerca del cheque Este nace de un contrato de cuenta corriente bancaria, que sustenta una titularidad de fondos, es una figura cuya singularidad o elemento causal, genera a un titular de la cuenta, a cuyo nombre, el Banco como mandatario ejecuta las instrucciones del cliente y, como

contraprestación, recibe ciertas comisiones, asumiendo responsabilidades. La cuenta corriente bancaria, expresa una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el banco que los retiene y que encuentra causa tanto en operaciones activas como pasivas, es decir, que responde tanto a operaciones efectivas en dinero como de créditos que el Banco concede a sus clientes; realizando operaciones de caja, a través de las cuales hace transferencias y pagos a terceros, mediante las correspondientes órdenes de los titulares; operaciones que realiza la entidad bancaria según los límites tanto de disponibilidad de fondos del cliente como de la cobertura que mediante el contrato se ha pactado con el Banco. Dicho esto, conforme al artículo 478 del Código Orgánico Monetario y Financiero, armónica con el derogado artículo 25 de la ley de cheques, el cheque, constituye un medio de pago escrito mediante el cual una persona llamada girador, con cargo a los depósitos que mantenga en una cuenta de la que es titular en una entidad financiera, ordena a dicha entidad, denominada girado, que pague una determinada cantidad de dinero a otra persona llamada beneficiario. Por lo tanto, es una orden incondicional de pago directa; y, para que sea válido como tal ± el cheque -, debe contener necesariamente los requisitos contemplados en el artículo 479 *ídem*, a saber: **1.** La denominación de cheque, inserta en el texto del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción; **2.** El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero; **3.** El nombre de quien debe pagar o girado; **4.** La indicación de la fecha de pago; **5.** La indicación del lugar de la emisión del cheque; y, **6.** La firma de quien expide el cheque o girador. En cuanto a los elementos personales del cheque, se tiene que son tres: **a)** El girador: es quien emite el cheque, en otras palabras, quien mantiene el contrato de cuenta corriente con el banco; **b)** El girado: es la persona jurídica, banco o institución financiera, que guarda los fondos del girador en virtud del contrato de cuenta corriente que mantiene con éste; y, **c)** El beneficiario: es a favor de quien se gira el cheque, llamado de otra forma, el tenedor del cheque.

14.1.- Así, en el considerando Segundo del fallo recurrido, se afirma ser irrefutable que: *“^a ¼ el cheque N° 000120 girado el 26 de enero de 2014 contra la cuenta corriente N° 0217116414 de ECOVIAL en el Banco del Austro, fue ^a ¼ entregado como garantía de pago, en un negocio privado por cesión de participaciones de la compañía ASOCIADOS DRIVING SCHOOL CÍA. LTDA¹¼ este cheque fue protestado dos veces por insuficiencia de fondos (el 12 de agosto de 2014 y el 24 de octubre de 2014° [SIC]. Entonces, el cheque de la controversia, acorde a la conclusión fáctica, se gira el 26 de enero de 2014, a favor del actor; en ese rango temporal, estaba en vigencia la Ley de Cheques, derogada por el actual Código Orgánico Monetario y Financiero, publicada en el Registro Oficial Suplemento 332, de 12 de septiembre de 2014. La Ley de Cheques, preceptuaba en su artículo 25, que este instrumento, debía presentarse para el pago dentro del plazo de veinte días, contados desde la fecha de su emisión, cosa armónica, con el artículo 493 del Código Orgánico Monetario y Financiero; de allí, el artículo 50*

de la antigua Ley de Cheques concomitante con el artículo 512 del actual Código Orgánico Monetario y Financiero, dispone que las acciones que corresponden al portador o tenedor contra el girador, los endosantes y demás obligados, prescriben a los seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación, las acciones que disponen tanto la vieja como la nueva ley, son la ejecutiva y la verbal sumaria (sumaria con el COGEP). Ahora bien, siguiendo al inciso primero del artículo 57 de la ley de Cheques (que también es armónico con la nueva ley), el cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación, constituye título ejecutivo, en la especie el cheque fue presentado al cobro y protestado por fondos insuficientes el 12 de agosto y el 24 de octubre de 2014, como data la sentencia; es decir fuera del plazo legal para el presentación al cobro (20 días), que empezó a recurrir a partir del 26 de enero del 2014, habiendo perdido por tanto su calidad de título ejecutivo. Entorno a lo descrito, aduce el recurrente que habiendo presentado el actor, al cobro el cheque en el juicio ejecutivo N° 17230-2015-1150 y desistido de dicha acción, se encontraba impedido de ejercerla nuevamente aun por la vía ordinaria, habiendo operado cosa juzgada; el *ad quem*, respecto a este tópico, en el considerando Cuarto, concluye determinadamente que: *“¼el cheque N° 000120 girado el 26 de enero de 2014 contra la cuenta corriente N° 0217116414 de ECOVIAL en el Banco del Austro, si bien NO constituye título ejecutivo, en efecto, es un principio de prueba de una relación comercial cuya existencia fue alegada por el actor en su demanda y aceptada por la empresa demandada en su contestación, por lo que dicha relación, para este Tribunal, existió. Y, si bien el actor persiguió el cobro del referido cheque mediante juicio EJECUTIVO, al desistir de esa acción, de conformidad con el Art. 377 del Código de Procedimiento Civil no podía volver a iniciar otro procedimiento EJECUTIVO basado en el mismo documento, debiendo señalarse que aquello no le impedía iniciar este procedimiento ordinario en el cual el cheque, de ser título ejecutivo, pasa a constituir principio de prueba en este procedimiento de conocimiento...”* [SIC]. Criterio con el que coincide este Tribunal, puesto que si bien el germen de la obligación cuyo cobro se pretende en el presente juicio ordinario, es el cheque exigido y que fuere previamente demandado por la vía ejecutiva, su naturaleza y procedencia en dichas vías, es distinta, en la ejecutiva vale como título ejecutivo y esa es la calidad que debe acreditar para ordenarse el pago, mientras que en la ordinaria el cheque se reduce a principio de prueba por escrito y su presentación sin otros medios que coadyuven a fijar la obligación, genera el rechazo de la acción.

14.2.- A propósito de la reiterada alegación de existencia de cosa juzgada, sin perjuicio de lo ya analizado, se aclara que esta se debe examinar desde dos aristas, la cosa juzgada formal y la material; la característica tipificante de la formal es la inimpugnabilidad; pero carece de inmutabilidad, que es en cambio la característica tipificante de la cosa juzgada material o sustancial. ^a *La cosa juzgada formal es eficaz, tan sólo, con relación al juicio concreto en que se ha producido o con relación al estado de cosas (personas, objeto, causa) tenido en cuenta al decidir¼ Existe, en cambio, cosa*

*juzgada sustancial, cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aún en otro juicio posterior*¹. Lo que importa en el *sub judice*, es verificar si la cosa juzgada material ha prosperado, pues no está en discusión que en el juicio ejecutivo existió cosa juzgada formal y que en efecto, a virtud del desistimiento no podía volver a plantarse el cobro del cheque en vía ejecutiva, restando determinarse si también ha operado la cosa juzgada material que impida formular la pretensión por vía ordinaria; debiendo tomarse en cuenta, que existe cosa juzgada material, cuando en el juicio consta: 1) identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; 2) identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho; 3) Identidad de causa pretendí, fundada en el conjunto de hechos jurídicamente relevantes a los que la norma aplicable al caso vincula el efecto jurídico que se pretende. En el *in examine* no existe cosa juzgada material, pues ante la prescripción de la vía ejecutiva y sumaria por haber fenecido el plazo para el ejercicio de aquellas, el artículo 2415 del Código Civil, dispone que el tiempo para la prescripción es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias; y, ^a *La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco*^o. Es decir, que habiéndose extinguido la posibilidad de cobro del cheque mediante acción ejecutiva previamente planteada, le quedaba la vía ordinaria. Esto en vista de que el instrumento ^a *cheque*^o, perdió sus efectos, de orden de pago y en consecuencia, luego de perder tales efectos, pasando por ser una obligación líquida, pura y de plazo vencido, la fuerza de tal liquidez para su ejecución, dejó de conservar sus efectos, pero perdura su plazo vencido por la falta de pago. La acción primaria del cheque es por su calidad de orden incondicional de pago a la vista; al superar los plazos para su presentación y exigencia, pasa a ser líquida, pura y de plazo vencido; ante la falta de requerimiento de esa liquidez, se merma la eficacia, pero perdura mientras sea exigible, el plazo vencido de su importe. De esta manera, si el cheque, pierde sus efectos de orden de pago, puede transmutarse a obligación líquida, pura y de plazo vencido, por su falta de pago a su presentación en los plazos de ley; y, puede también por inactividad del tenedor, por el paso del tiempo, desvanecerse su aptitud de orden de pago y de liquidez pura, preservando la característica de plazo vencido, donde lo relevante es probar la existencia de obligación impaga, como sucede en el caso descrito, en donde la parte actora, presenta al cobro una presunta obligación dineraria contenida en un cheque, por la vía ordinaria, lo que la compele, una vez que aquel ha perdido la categoría de orden incondicional de pago a la vista, ha demostrar fehacientemente el vínculo jurídico del que nace la exigibilidad de pago a los demandados, donde lo relevante es probar la existencia de obligación impaga. Desde este extremo no procede el cargo planeado por la parte casacionista.

1 Couture Eduardo.- Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depalma, 1997, 3era. Ed. Págs. 416, 417 y 418.

15.- El principio de prueba por escrito: A la luz del texto legal del artículo 1728 del Código Civil, el principio de prueba por escrito es un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Este funciona como excepción a la inadmisión de prueba testimonial para demostrar la existencia de una obligación señalada en los tres artículos precedentes al referido artículo. De esa manera, se ejemplifica que 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 tal circunstancia. Así pues, el principio de prueba por escrito es un acto jurídico que por sí solo no acredita el hecho discutido ± por ello ± el medio escrito, es una prueba trunca que requiere ser reforzada con otros medios de prueba, para solventar una prueba íntegra. Ahora, bien, para que un documento escrito, origine el principio de prueba, debe cumplir tres requisitos: **a)** debe estar escrito, sea que esté firmado o no; **b)** debe emanar de la parte contra quien se lo invoca o de su representante; y, **c)** el escrito debe hacer verosímil el hecho litigioso; lo cual lo hace, cuando entre él y la obligación que se intenta probar hay manifiesta ilación y coherencia². Además, el principio de prueba por escrito, es una circunstancia que disminuye la incertidumbre de la prueba testimonial, haciendo menos sospechosas las deposiciones de testigos, que aunque insuficientes para demostrar la verdad por sí solas, crean una cierta posibilidad que, unida a la probabilidad del principio de prueba por escrito que tampoco por sí sola constituye plena prueba, puede integrar prueba suficiente, desvaneciendo la idea de que sean una simple inventiva el o los hechos establecidos por las declaraciones de los testigos.³ El principio de prueba por escrito es un primer paso hacia la verdad, de allí que no sea íntegramente dependiente de simples testimonios.⁴ Pero esto, no quiere decir que la exigencia de acompañamiento probatorio de la obligación al principio de prueba, se restrinja a la prueba testimonial, pues el legislador pretende en dicha norma, incorporar la permisibilidad probatoria por medio de testigos a esta clase de obligaciones, que a diferencia de otras de mayor cuantía se encuentran prohibidas, pues dada su naturaleza requieren de ciertas solemnidades para existir, cosa que no sucede en las prestaciones derivadas del principio de prueba, que en un inicio están preservadas en el título de crédito pero su soporte es insuficiente ya que debe completarse con otros medios de demostración.

15.1.- En ese sentido, el cheque origen de la discusión del caso *sub judice*, es un documento escrito, que emana de la parte demandada, resultando verosímil la existencia de la obligación referente al préstamo del valor dinerario de 43.000 dólares por la propia afirmación de las partes procesales, que coinciden en que el cheque fue girado en garantía de una obligación dineraria. En ese sentido el *ad*

2 Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H., Curso de Derecho Civil, Parte General y los Sujetos de Derecho, Tomo II, Volumen II, 1971, p.85).

3 Luis Claro Soler, Explicaciones del Derecho Civil y Chileno Comparado, Volumen VI, 1979, p. 753).

4 Bigot-Prémeneu, Exposé des motifs du Code Napoléon, 1807, p. 409).

quem, al determinar el origen de la obligación reclamada, ha señalado en el considerando Tercero que: ^a¼ *De conformidad con el Art. 163 del*¼ *COGEP,* ^a¼ *No requieren ser probados:* ¼ *Como se observa, la parte accionada, frente a las aseveraciones del actor en su demanda, acepta haber girado el cheque que, en la especie, es un principio de prueba de la relación comercial que aceptó ASOCIADOS DRIVING SCHOOL CÍA. LTDA., al contestar la demanda*¼ *aceptó*¼ *que el actor prestó, inyectó dinero a la compañía ASOCIADOS DRIVING SCHOOL CÍA. LTDA., razón por la que se emitió el cheque cuyo pago se demanda; de hecho, en el juicio ejecutivo que con anterioridad inició el actor en contra de la compañía demandada, basado en el cheque, el representante de ésta*¼ *admitió que el actor, en su calidad de asesor de ECOVIAL* ^a *dio en préstamo a la prenombrada empresa la suma de CUARENTA Y TRES MIL DÓLARES*¼ *resultando verdadero que no se le restituyó el capital en dinero en efectivo*¼ ^o ¼ *cabe señalar que la compañía demandada NO negó haber girado el cheque a favor del actor, señaló, eso sí, haberse girado el cheque de manera postdatada, lo que NO fue acreditado*¼ *La propia empresa demandada, al anunciar las pruebas*¼ *pide incorporar copias certificadas del juicio ejecutivo N°17230-2015-1150 de las que se infieren, a decir de ASOCIADOS DRIVING SCHOOL CÍA. LTDA.,* ^a *los pagos realizados por la empresa ECOVIAL, a favor del accionante, por concepto de intereses por el préstamo usurero de los USD. 43.000,00, constantes en el cheque N° 000120°* ¼ *en otras palabras, la compañía demandada NO niega la exigencia de pagar el cheque, de hecho, afirma haberlo cancelado, alegación que no se llega a demostrar*¼ ^o [Sic]. Así, se cumplen los requerimientos para que el cheque sea considerado principio de prueba por escrito y la demostración de la provisión de fondos. Bajo la precisión de que por sí solo no constituye prueba plena, ya que no puede demostrar de algún modo la certeza del hecho o la verdad de la afirmación respecto al préstamo. Justo por eso, el *Ad-quem*, analiza también otros medios probatorios y en su defecto en los hechos que no requieren ser probados por las afirmaciones de las partes y siendo que la norma contenida en el artículo 1728 del Código Civil, señala que debe acreditarse por medio de testigos, esto no obsta, como se ha explicado, la utilización de diferentes medios probatorios. Pues, procesalmente, las partes gozan de libertad probatoria para probar los hechos controvertidos, siempre y cuando no se violente el debido proceso ni la ley. Además, hay que reconocer que la aplicación del derecho evoluciona para adaptarse a la realidad social y por ese motivo hay que entender el contexto temporal en el que fueron escritas ciertas normas como la analizada en este caso. Desde que se redactó el artículo en mención han existido muchos avances tecnológicos, mismos que hoy incluso pueden ser usados para dar certeza de la existencia de un hecho y que hacen que la prueba pueda extenderse más allá del valor testimonial. Por tanto, es fundamental admitir que la prueba no se limita a este solo elemento; el valor hermenéutico de los contenidos textuales tiene que ser leído acorde a las circunstancias físico, temporales, circunstanciales, territoriales, en torno al problema jurídico; constreñir o limitar su campo hacia la singularidad o

pluralidad del artículo 1728, como pretende la recurrente, radicaría en una negativa del acceso a la justicia y a la jurisdicción.

15.2.- En ese sentido, los jueces de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en su fallo, establecen que en la causa se ha completado el principio de prueba por escrito, verificando la existencia de la obligación y su no extinción por la presunta cesión de participaciones de la empresa demandada en favor del actor, evento sobre el que ha quedado fijado por el fallo acusado, que: *“ 17 de diciembre de 2013 Fabián 1/4 Villarreal 1/4 y Rafael 1/4 Velasco 1/4 con sus respectivas cónyuge y ex cónyuge, por sus propios derechos -y NO como representantes de la empresa demandada-, cedieron a favor del accionante y de otras personas, el 100% de las participaciones de la compañía ESCUELA DE CAPACITACIÓN AUTOMOVILÍSTICA DEL ECUADOR CÍA. LTDA., ECAUTE; por otro lado 1/4 el cheque por \$43.000 1/4 cuyo giro por parte de la empresa demandada NO ha sido negado, aparece emitido con posterioridad, esto es, el 26 de enero de 2014 a la orden de JORGE OCHOA. De estas circunstancias y fechas, resulta inverosímil 1/4 que, habiéndose cedido 1/4 participaciones de la compañía ECAUTE a favor de, entre otros, el actor 1/4 el 17 de diciembre de 2013, se haya girado con posterioridad, el 26 de enero de 2014, un cheque por \$43.000 si, como alega la empresa demandada, con esa cesión de participaciones se habría cumplido la obligación instrumentada en un cheque (girado con posterioridad). De hecho, se observa que la cesión de participaciones de la compañía ECAUTE, realizada el 17 de diciembre de 2013, no la realiza la compañía demandada, sino las personas naturales 1/4 y en la escritura de cesión se establece que los cedentes han recibido el precio pactado de mutuo acuerdo por la cesión hallándose conformes con el pago recibido a entera satisfacción 1/4 si al 17 de diciembre de 2013, con esa cesión, ya se habría cumplido la obligación adeudada al actor, por qué, entonces, días después, el 26 de enero de 2014, la compañía ECOVIAL 1/4 emite un cheque por \$43.000? Se ha alegado que el cheque habría sido postdatado, prueba de lo cual NO obra de autos. La 1/4 explicación lógica es que dicho giro responde a una negociación distinta a la instrumentada en la escritura de cesión de participaciones 1/4 una negociación entre partes distintas 1/4 por el préstamo que la propia empresa demandada ha aceptado haber recibido por parte del actor 1/4 no consta orden de NO pago del cheque girado por la 1/4 demandada a la orden del actor, medida que habría resultado idónea si, como afirma la 1/4 demandada, ese cheque debía ser devuelto por el actor cuando se realizó la transferencia de participaciones 1/4”* [Sic]. Razonamiento que en vista del caudal probatorio, lo señalado por la doctrina y la ley, resulta idóneo al fin de corroborar no solo la relación obligacional entre las partes, sino que esta se mantiene latente. En ese sentido no se encuentra infracción alguna del artículo 1728 del Código civil, resultando improcedente el cargo.

16.- Valoración de la prueba en su integridad: El artículo 164 del COGEP prevé que: *“ Para que*

las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. **La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.** La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión^o (El énfasis del Tribunal). Queda claro que la norma *ibídem*, cuya infracción se acusa, no contiene en si una regla de valoración de prueba, al ser una guía a la apreciación de la prueba excluyendo la valoración discrecional del juzgador, la opinión jurídica generalmente autorizada, ha dicho que *la sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero razonamiento^{o 5}*, ya que la valoración probatoria es facultad soberana de las instancias, escapando del control de la casación su revisión; la vulneración de estas reglas es motivo de casación únicamente cuando se demuestre de forma evidente, que el *Ad quem* ha sido arbitrario, al apartarse de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en la observación racional, ya que la convicción a más de ser razonada debe ser el resultado lógico de los hechos y la convicción que sobre ellos se alcance con la apreciación motivada de los elementos de la prueba. Las alegaciones de la parte recurrente, en la audiencia de fundamentación del recurso, resultan tendenciosas a que la prueba no se ha valorado en su integridad y exigentes para que este Tribunal las vuelva a valorar de la forma en que el peticionario solicita, cosa vedada en materia casacional a la luz del artículo 270 penúltimo inciso del COGEP. En tal razón se niega el cargo.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

17.- El cheque nace del contrato de cuenta corriente bancaria y sustenta una titularidad de fondos; la cuenta corriente, expresa disponibilidad de capital a favor de su titular en contra del banco que retiene valores, en operaciones activas o pasivas, con procedimientos dinerarios y crediticios brindados por éste a sus clientes, con movimientos de caja, transferencias y pagos a terceros, mediante órdenes libradas por los titulares, hasta el límite disponible en la cuenta del cliente y en la cobertura pactada con el banco. Es un medio de pago escrito por el cual, el girador, con cargo a los depósitos en su cuenta en la entidad financiera, que recibe la orden de pago de un monto de dinero a otra persona o beneficiario. Para su valía, debe contener: su denominación de cheque, en su texto e idioma de redacción;

⁵ Couture, Eduardo 1979. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma t. II, Pág. 478.

la orden pura y simple de pagar un valor de dinero; el nombre de quien debe pagar; la fecha de pago; lugar de emisión; y, firma del girador. Intervienen así: un girador, que lo emite por mantener el contrato de cuenta corriente; un girado, que es el banco o ente financiero, que tiene los fondos del girador por el contrato de cuenta corriente; y, un beneficiario, que es a favor de quien se gira el cheque o su tenedor. Tal instrumento, debe presentarse al cobro dentro de los veinte días, contados desde su emisión; las acciones que asisten al portador o tenedor contra el girador y otros obligados, prescriben en seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación; las acciones de cobro son: la sumaria y la ejecutiva; en el segundo caso, su tiempo de prescripción es, en general, de cinco años; la vía ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, dura otros cinco. Si el cheque, pierde sus efectos de orden de pago, puede transmutarse a obligación líquida, pura y de plazo vencido, por su falta de pago a su presentación en los plazos de ley; y, puede también por inactividad del tenedor, por el paso del tiempo, desvanecerse su aptitud de orden de pago y liquidez pura, preservando aptitud de plazo vencido, donde lo relevante es probar la existencia de la obligación impaga como presupuesto de procedencia de la demanda de cobro de dinero precedida de un principio de prueba escrita, que es el acto escrito de la parte demandada, que hace verosímil el hecho litigioso; es una excepción a la inadmisión de prueba testimonial para demostrar la existencia de una obligación; un acto jurídico que para acreditar lo discutido y constante en el medio escrito, requiere refuerzo con otros medios de prueba, para solventar una prueba íntegra; por ende, debe ser escrito, emanar de la parte contra quien se lo invoca, el escrito debe hacer verosímil lo litigioso; precautela que entre éste y la obligación que se intenta probar haya ilación y coherencia; restando la incertidumbre de la prueba testimonial y lo sospechoso de sus contenidos, para que junto a las expresiones del instrumento escrito, integren una unidad que reluzca probanza suficiente. Este principio, es el primer paso al silogismo de verdad, sin tener necesaria dependencia a simples testimonios; sino de su necesario un acompañamiento probatorio de la obligación al principio de prueba, con otros medios, pues el derecho se adapta a las realidades sociales, según los avances de la civilización. El artículo 164 del COGEP, carece de reglas de valoración de prueba, es una guía de apreciación, limitante de la discrecionalidad; la sana crítica que alude, es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones intelectuales, informa el sano pensamiento, asegurando al buen entendimiento razonado; la valoración probatoria es propia de instancias, sin ser revisable en casación, donde el examen de su sana apreciación, solo

motiva la casación si es evidente, la arbitrariedad por falta de expresión de lógica, buen sentido y racionalidad, ya que el convencimiento a más de ser razonado debe ser el resultado lógico de los hechos y la convicción que sobre estos se arrije, nazca del efecto motivado de los medios probatorios. El principio de prueba por escrito, se acredita además con el estudio conjunto de los medios de prueba.

VI. DECISIÓN

18.- Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, decide:

18.1.- Negar el recurso de casación interpuesto por Rafael Velasco González y Fabián Villarreal Viteri, en su calidad de Presidente y Gerente General respectivamente, de la empresa ASOCIADOS DRIVING SCHOOL CIA.LTDA, respecto de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 24 de septiembre de 2020.

18.2.- Disponer la entrega del valor de la caución rendida a la parte actora, por la demora en la ejecución de la sentencia.

18.3.- Devolver los expedientes de instancia, con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.- **Notifíquese y cúmplase.-**

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO
JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZA NACIONAL (E)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL

FUNCIÓN JUDICIAL

178533522-DFE

Juicio No. 09332-2018-08290

JUEZ PONENTE: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 10 de junio del 2022, las 15h46. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Guzmán Castañeda, doctor David Isaiás Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que fueron electos conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, que habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura; y, al ser encargados en los respectivos despachos acorde a las facultades de la Corte Nacional de Justicia, más el sorteo de ley realizado, por el cual ha correspondido conocer esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la resolución dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 6 de febrero de 2020, dentro de la causa ordinaria que por cobro de consumos de una tarjeta de crédito, sigue Banco de Guayaquil S.A. en contra de la señora Ignacia Jacqueline Martillo Cruz.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, contra la sentencia dictada por el Juzgador de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, de 17 de julio de 2019, que declaró sin lugar la demanda. **1.2.-** Satisfecho el trámite de dicho recurso de apelación, la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en lo medular rechaza el recurso de apelación y confirma la sentencia subida en grado.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la parte actora, deduce recurso de casación, convirtiéndose de esta manera en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales admitidas en el recurso de casación: Al recibirse el planteamiento casacional, por

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
WILMAN GABRIEL
TERAN CARRILLO
C=EC
L=QUITO
CI
1714429675

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

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

sorteo, es conocido por el respectivo Conjuez Nacional, doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, quien, mediante auto de 30 de septiembre de 2020, luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido el mismo por el caso 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (*en adelante COGEP*).

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, el recurrente, a través de su abogado defensor, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos, recurso que no fue debatido por la contraparte al no haber comparecido a la respectiva audiencia. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en el párrafo siguiente.

5.- Intervención de la defensa técnica del accionante y recurrente: En lo relevante indica, que se fundamenta en el caso 4 del artículo 268 del COGEP, por el vicio de errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, específicamente de los artículos 194 y 195 del COGEP. En los cuales se establece, que para que un documento o su copia tenga validez, estos no deben ser defectuosos, ni diminutivos o estar alterados en una parte esencial y que en los autos no haya instancias ni recursos pendientes sobre el punto que con tales documentos se intente probar. Aduce que, el Tribunal *ad quem*, no habría considerado e incluso aumentado requisitos no requeridos en el artículo 195 *ibídem*, exigiendo que en todos los estados de cuenta, firme el Procurador Judicial del Banco, con sus nombres completos, además de que en cada documento conste la leyenda ^a *copia certificada*. Bajo esta consideración, no se habría otorgado valor probatorio a los estados de cuenta presentados por el Banco de Guayaquil, pese a que ninguno carecía de los requisitos ya mencionados. Destaca que, en los contratos de tarjeta de crédito viene una cláusula dada por la Superintendencia de Bancos, que establece que los estados de cuenta, son prueba de la obligación y que el cliente tiene quince días para impugnarlos si es que no está de acuerdo con éstos; circunstancia que no habría ocurrido por la demandada, quien ni siquiera ha comparecido al proceso. Con lo cual, bastaría la copia de los estados de cuenta para probar la obligación, criterio respaldado por la jurisprudencia desarrollada por la Corte Nacional de Justicia, en resolución N.º 141-2008. Que en los estados cuenta presentados, constaría el sello del Banco y un rasgo caligráfico del señor Roberto Saltos, quien conforme consta en el proceso, es procurador judicial del Banco de Guayaquil, con delegación para certificar los estados de cuenta; lo que va acorde a la forma de certificar los documentos bancarios, según lo describiría el inciso segundo del artículo 225 del Código Monetario Financiero, que determina que tendrán similar validez que el original, los documentos certificados de las instituciones financieras, cuyas copias y reproducciones certificadas sean expedidas por un funcionario autorizado de aquella, norma que también denuncia infringida por errónea interpretación. Sostiene que al no

haberse tomado en su contexto el contrato y omitido valorar los estados de cuenta, pese a su copia constituye un medio probatorio válido y eficaz, la sala de apelación habría incurrido en el yerro del caso cuatro de casación procediendo el recurso planteado y la aceptación de la demanda.

III CONSIDERANDOS

6.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 4, 184, 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269, inciso primero, del COGEP y por efectos de la Resolución 03-2021 de la Corte Nacional de Justicia; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

7.- Validez procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, así pues, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violación a solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

8.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes,

la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

9.- Contenido de los casos invocados, admitidos en fase previa de admisibilidad: Como quedó establecido, en el párrafo 3 de esta sentencia, en concreto el caso admitido por vía casacional, es el cuarto del artículo 268 del COGEP, cuyo contenido es el siguiente:

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.

9.1.- El caso cuarto, se produce por violación directa de las normas procesales que regulan la valoración de los instrumentos probatorios y por tal vulnera de manera indirecta normas sustanciales, normas que deben indicarse en la formulación del cargo, concomitantemente con la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción y la explicación razonada del nexo de causalidad entre ambas infracciones. Los vicios previstos en el caso invocado "*Aplicación indebida, falta de aplicación y errónea interpretación*", han de entenderse de la siguiente manera: (i) la aplicación indebida, radica en un yerro de selección de norma, al seleccionar el juzgador una no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la norma acertada para su solución, (ii) la falta de aplicación, resulta cuando, como su nombre lo indica, el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar la controversia; y, (iii) la errónea interpretación es un yerro de interpretación, aquello implica que, si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución de la litis, se aleja del espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra en la norma.

10.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, se tiene que el yerro admitido para estudio de este Tribunal es la errónea interpretación de los artículos 194 y 195 del COGEP y 225 del Código Orgánico Monetario y Financiero por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

11.- Según lo previamente enunciado, se pasa a analizar el yerro acusado:

11.1.- En lo medular se denuncia la errónea interpretación de preceptos jurídicos de valoración probatoria, referentes al valor del documento o copia, exigiéndosele requisitos distintos a los preceptuados en la ley, como el que en todos los estados de cuenta firme el Procurador Judicial, con sus nombres y que cada uno tenga la leyenda de copia certificada; negando su valor, pese a cumplir

los requisitos; los contratos de tarjeta de crédito conllevan una cláusula que les categoriza como prueba de la obligación, dando al cliente un plazo para impugnarlos en caso de inconformidad, sin que eso pase en la especie, bastando la copia de dichos estados, para probar la obligación y tener el sello bancario y un rasgo caligráfico del procurador judicial del Banco, con delegación para certificarlos, haciéndolo como se certifican documentos bancarios, teniendo igual valor que el original, al ser certificados por el funcionario autorizado.

12.- Problema jurídico a resolver: De la abstracción realizada, se tiene que la acusación se concretiza en una sola interrogante: ¿Cuándo una copia de un documento adquiere la calidad de certificada?; la interrogante planteada, se resuelve en los siguientes párrafos:

¿Cuándo una copia de un documento adquiere la calidad de certificada?

13.- Sobre la naturaleza de la tarjeta de crédito: La tarjeta de crédito además de su concepción como instrumento de pago, cuya lámina plástica grabada *“sirve para identificar a la persona que tiene derecho a hacer uso del crédito, en términos pactados con anticipación”¹*, opera como un instituto jurídico, producto de la evolución de las actividades de comercio que exigen cambios en las formas de negociación, las relaciones que se generan a partir de la amplia utilización de la tarjeta de crédito, son las que delimitan su naturaleza como un verdadero acto negocial tripartito, que surge del acuerdo de voluntades por el que las partes se obligan. Cuando se habla de la soberanía de la voluntad, se está frente a una de las fuentes de las obligaciones, el contrato, que por su forma de otorgamiento, tipo de obligaciones que genera, su objeto u otras particularidades en su formación, se remite a una amplia clasificación, entre ellos el contrato de adhesión, definido por el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, como *“aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido”*. Bajo el contrato de adhesión se rige el de uso y emisión de tarjeta de crédito, generando una relación triple que se origina en la existencia de convenciones entre la entidad financiera emisora, el usuario y el proveedor; las cuales se integran y coordinan por medio de la continuada ejecución de los distintos actos, contratos y negocios que ejecuten proveedores y usuarios. Estos actos entre el titular de la tarjeta y el vendedor, son posibles por la relación jurídica contractual previa entre el emisor y el titular de la tarjeta de crédito —contrato de uso y emisión de tarjeta—, que se compromete a abonar al emisor el precio de sus compras en un plazo dado por la entidad financiera, que se encarga de pagar inmediatamente el importe al vendedor². En suma, cuando *“el titular de la tarjeta de crédito”* la presenta para obtener la prestación de bienes, servicios, dinero o financiación

1 LÓPEZ TORRES, Hilda Rosa María, La tarjeta de crédito, su naturaleza jurídica y la de su operación.

2 Barutel Carles. Las Tarjetas de Pago y Crédito, Editorial BOSCH S.A. Barcelona- España, 1997, p. 304

por un lapso pactado, lo consigue porque dispone del crédito, al exhibir un documento de presentación con el que demuestra que es titular legítimo y competente para hacer valer con eficacia el crédito incorporado, previa su identificación, bien entendido que los bienes y servicios adquiridos los consigue sin pagar suma alguna en el momento de obtenerlos, no de la entidad financiera sino de los productores o intermediarios adheridos, y de acuerdo con ^a 1/4 un negocio jurídico bilateral preexistente celebrado entre la entidad financiera y los obligados a la prestación, negocio jurídico subyacente³. De esta manera se integran las relaciones en las transacciones efectuadas con tarjeta de crédito, actuando como un medio de pago que desmaterializa el dinero en efectivo por la apertura de crédito que significa aquella, en virtud de la convención de la emisora entidad financiera y el titular de crédito.⁴

13.1.- En ese contexto, la causa en análisis, persigue el cobro de consumos de tarjeta de crédito, sirviéndose del contrato de uso y emisión de tarjeta de crédito, la liquidación de las obligaciones y copias de los estados de cuenta. En el caso, no se discute la existencia de la relación contractual, la cual ha quedado establecida en las instancias con el contrato de uso y emisión de tarjeta de crédito, lo que es materia de la controversia y que ha sido traído a decisión en casación, es la idoneidad probatoria de los estados de cuenta presentados que a decir de la entidad recurrente, constituyen copias certificadas. La emisión de estados de cuenta es parte de las obligaciones adquiridas por el emisor con el contrato, en el cual se detallan los consumos realizados por el tarjetahabiente y su periodicidad, conforme el artículo 13.7 de la Resolución de la Superintendencia de Bancos No. SB-JB-96-0083, R.O. No. 9 de 22 de agosto de 1996⁵: *“El contrato a celebrarse entre las instituciones autorizadas para la emisión o administración de tarjetas de crédito, de pago, afinidad, afinidad de sistema cerrado y sistema cerrado y los tarjetahabientes, se hará en base al modelo de contrato que la Superintendencia de Bancos y Seguros determine, el cual contendrá como mínimo lo siguiente: (sustituido con resolución No. JB-2011-1872 de 10 de febrero del 2011 (inciso reformado con resolución No. JB-2014-3063 de 2 de septiembre del 2014) 13.7 Emisión del estado de cuenta y periodicidad.”*, artículo que debe entenderse en concordancia con lo previsto en el artículo 18.5 de la misma Resolución, que prevé que la institución autorizada deberá entregar mensualmente al tarjetahabiente, en forma física, el estado de cuenta de su tarjeta de crédito, mismo que deberá presentarse en base al modelo que la Superintendencia de Bancos y Seguros determine para el efecto y que, cualquier inconformidad con los saldos contenidos en el estado de cuenta, deberá ser manifestado por el tarjetahabiente en un plazo no menor de quince días. Esta Sala Especializada de lo Civil y

3 Sentencia n° 0125-2016 de Sala de Lo Civil, Mercantil de la Corte Nacional de Justicia (2012), 22 de Junio de 2016

4 Muguillo Roberto, tarjeta de crédito. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2004 Pág. 52

5 Reformas incluidas en la resolución No. JB-2014-2832 de 18 de marzo del 2014

Mercantil, ha señalado que el estado de cuenta ha de considerarse como ^a (1/4) *una información unilateral que emitida por el banco, y no impugnada constituye un documento bancario, que de cumplir con los requisitos mínimos para ser tal, previstos en el artículo 18. 6, de la Resolución de la Superintendencia de Bancos, hace prueba de los consumos del tarjetahabiente y por tanto, de sus obligaciones económicas con la emisora*⁶. De allí su importancia a la hora de exigir el cumplimiento de esta clase de obligaciones crediticias, dado que el solo contrato de uso de tarjeta de crédito, no prueba los consumos efectuados por el titular de la tarjeta y mucho menos constituye aceptación tácita de haberlos realizado, a su vez la liquidación de obligaciones en que no se adjunten los vouchers correspondientes, tampoco determina obligación alguna.

14.- Sobre la actuación de prueba para su valoración. El yerro en la valoración probatoria, requiere del recurrente la identificación de un precepto jurídico contentivo de valoración de prueba, esto es, que tenga una regla que debe ser observada y aplicada por el juzgador para que le genere convicción sobre un hecho puesto en su conocimiento, para que así pueda aplicar la norma legal correcta al problema jurídico en discusión. Revisada la sentencia objetada en casación, en el apartado 7.3 se afirma: *“Sobre la base de este argumento legal, se concluye que la prueba de la obligación que fundamenta del actor, no está conforme la ley sustantiva que invoca, por lo que desde este punto del derecho, estos documentos no representan valor probatorio para acreditar una deuda a su favor, lo que guarda concordancia con el [COGEP], en su artículo 194 que indica: “Presentación de documentos. Los documentos públicos o privados se presentarán en originales o en copias. Se considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema.”; y al no estar debidamente certificada la copia de los estados de cuenta, éstos tampoco representan valor probatorio, desde esta ley adjetiva civil; y dentro de estos dos tipos de leyes, los estados de cuenta^{1/4} no representan carga de prueba a favor de la parte actora, conforme el artículo 169 ibídem, que trata de la carga de la prueba; obligación a la que estaba sometida la parte accionante, por lo señalado en el artículo 157 ibídem, que establece: “Falta de contestación a la demanda. La falta de pronunciamiento expreso y concreto sobre los hechos y pretensiones de la demanda, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, podrá ser apreciada por la o el juzgador como negativa de los hechos alegados contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.”; situación que se señala, porque la parte demandada a pesar de haber sido citada, no compareció a juicio, como se expresó en los numerales^{1/4}” (Sic).* Según el análisis de la sala de apelación, las copias de los estados de cuenta presentados por la parte actora, no prestan valor probatorio de la obligación demandada, por no estar debidamente certificadas.

14.1.- El artículo 160 inciso tercero del COGEP, precisa la improcedencia de la prueba obtenida con

⁶ Sentencia dictada dentro del juicio 17711-2016-0714, en fecha 07 de septiembre de 2017 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

violación de la Constitución y la ley, siendo requisito de los documentos reproducidos del original en copias, encontrarse debidamente certificados (artículo 194 COGEP); y si bien, en la audiencia preliminar, el juez de primer nivel, admitió como prueba los estados de cuenta, no es menos cierto que aquellos no prestan mérito probatorio, por cuanto, a la hora de sopesar la prueba documental, los jueces de instancia se encuentran obligados a verificar su validez, siendo el sistema procesal un medio para la correcta administración de justicia, la observancia de las formas y requerimientos de la práctica de prueba se transforman en verdaderas garantías del proceso. Ciertamente es que los documentos emitidos por las instituciones financieras en copias y reproducciones certificadas, entre ellos los estados de cuenta, al tenor del inciso segundo del artículo 225 del Código Orgánico Monetario y Financiero, tiene similar valor probatorio que los originales, pero ¿A qué se denomina copia debidamente certificada?; acaso se puede reducir el acto de certificación a la sola colocación de un sello y rasgo caligráfico de quien se presume está facultado para hacerlo, como ocurre en el caso; aquí se tiene que el medio de prueba señalado son estados de cuenta, lacrados con un sello manual con el texto ^a *Banco de Guayaquil S.A.* con sumilla bajo la denominación de ^a *Roberto Saltos Román PROCURADOR JUDICIAL*. En parte alguna de dichas fojas, se expone si aquellas son fiel copia de su original o compulsas; ni se especifica el archivo en donde reposa tal información, no de otra manera se puede asimilar a un documento como certificado, al igual que el campo público, en que determinados funcionarios se encuentran facultados para realizar certificaciones, su actuación como fedatarios aunque prevista legalmente, debe particularizarse a la hora de formalizar el documento, con el detalle y la calidad de su otorgamiento; así mismo debe efectuarse en el ámbito privado en que se autoriza un funcionario para el efecto, con el propósito de otorgar seguridad jurídica y que, el ciudadano común, en caso de requerirlo, pueda confrontar y establecer la genuinidad y originalidad del dato certificado; recurriendo a la fuente de donde se ha certificado.

14.2.- Acorde al artículo 159 del COGEP, ^a *La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario*; pero para ser admitida, como lo dicta el artículo 160 *ibidem*, debe de reunir presupuestos de pertinencia, utilidad, conducencia y se la ^a *¼ practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal* ± entonces ± entre los medios de prueba, se encuentra la prueba documental, cual aporte de representaciones escriturales, ideográficas, audiovisuales, auditivas, picto-representativas; en fin ya sea que se encuentre elaborada o soportada de forma manual, mecánica, electrónica, digital, en constancia física o de otra naturaleza, con contenidos de alguna manifestación humana relevante en torno al hecho o hechos sobre los que trata el proceso judicial; así pues, no solo es un objeto o cosa, sino que es un elemento contenedor, representativo que simboliza o sustenta un hecho o acto sobre los que narra el todo o parte de la demanda o su

contestación. La ley, los constriñe a todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho (Art. 193 COGEP). Sean estos públicos o privados se presentarán en originales o copias; se ^a¼ *considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema*°. La expresión ^a *debidamente certificadas*°, se encuentra ligada a los presupuestos necesarios para su eficacia, que se establecen en el artículo 195 *supra*, y que son:

1. Que no estén defectuosos ni diminutos, con excepción de lo dispuesto en el COGEP sobre los documentos defectuosos.
2. Que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad.
3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intente probar.

14.3.- Los documentos defectuosos, pueden presentarse como prueba, al estar parcialmente destruidos, siempre y cuando contengan, de manera clara, una representación o declaración del hecho o del derecho alegado por quien los presente; su idoneidad probatoria es la que debe analizarse (Art. 197 COGEP); pues la prueba documental es indivisible por ende, no se puede aceptarla una parte y ser rechazada en otra, comprendiendo aún lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato. La idoneidad probatoria de las copias, se constriñe a su contenido que debe estar ^a *debidamente certificado*°, de lo debido o indebidamente certificado, dependerá su aptitud completa o diminuta. La valoración que de estas copias, ha de realizarse en relación con otros elementos probatorios; debiendo considerarse que una cosa es la presentación de copias, que por sí no causa ninguna situación de indefensión para la contraparte en virtud de su capacidad de impugnarlas y otra cuestión distinta es la valoración apreciativa de las copias a cargo del órgano jurisdiccional, por lo que las reproducciones fotostáticas o por cualquier otro medio de documentos, cuando son negadas o impugnadas por la contraparte, se requiere ± en ese supuesto ± de la correspondiente adveración probatoria para que surtan efecto, sin perjuicio de que su contenido lo tenga por acreditado el Tribunal de Instancia por su valoración conjunta de la prueba aportada en autos.

14.4.- Debe distinguirse por una parte, la regla general de aportación de las copias debidamente certificadas; y por otro lado, la aportación de documentos en copia simple, donde entonces, hay que diferenciar su eficacia, aun sin impugnación en contrario; pues los documentos, a la luz de la imparcialidad, se valoran con arreglo a las normas de la sana

critica, es decir la eficacia probatoria de las copias de documentos, cuando la parte no ha aportado los originales o éstos en copias debidamente certificadas, por causa solo imputable a la propia parte que los presenta, no puede equipararse a su plena eficacia probatoria; ya que el órgano jurisdiccional, no puede exigir a la contraparte procesal, una prueba imposible o diabólica, sin procrear indefensión, a causa de no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses pertinentes para su defensa, en razón de que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su poder el acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito beneficiarse de la propia torpeza. Para aplicar las reglas de disponibilidad y facilidad probatoria en la carga de la prueba, como en su valoración, no puede dar crédito a los documentos, cuando la causa de las debilidades probatorias es imputable a la postura obstaculizadora de la parte a quien benefician y los presenta defectuosamente.

14.5.- La copia de los estados de cuenta de la presenta causa, no cumple con los presupuestos mínimos de copia certificada, al no rememorar a documento o archivo particular alguno, que brinden certeza de su veracidad. El defecto en la certificación de los estados de cuenta, les resta eficacia probatoria, por lo que en efecto, el Tribunal *ad quem*, no podía activar la operación de los preceptos valorativos de la prueba documental. El avance procesal es a instancia de parte y gran parte de actos procesales dependen de ella Ð parte procesal interesada Ð como la práctica e incorporación de pruebas; el juez, en su facultad de rectoría del proceso, debe regular esta actividad, verificando el acatamiento de las reglas de actuación de la prueba, es decir, que es responsabilidad de las partes el uso de las herramientas jurídicas que el sistema procesal le otorga para el ejercicio de su defensa, pues el juzgador se encuentra impedido de generar condiciones procesales parcializadas, que beneficien esta actividad. En tal razón, la alegación casacional resulta infructuosa.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

15.- La tarjeta de crédito opera en las relaciones comerciales como instrumento de pago, producto del contrato de adhesión de emisión y su uso, originando una relación triple entre el ente financiero emisor que se obliga a pagar de inmediato el importe de consumo al vendedor o proveedor y el usuario o titular de la tarjeta que se compromete a abonar al emisor el valor de sus compras en un cierto plazo y el proveedor o vendedor que presta bienes, servicios, dinero o financiación por un lapso pactado con la entidad financiera, a través de la línea de crédito aprobada. Para exigir el cumplimiento de las obligaciones generadas a partir del contrato de uso y emisión de la tarjeta de crédito, se requiere acreditar los consumos efectuados por el titular de la tarjeta, por medio de los estados de cuenta o la liquidación de obligaciones, debidamente certificados por los funcionarios autorizados de la entidad

emisora financiera, los cuales, tienen valor probatorio similar al de los originales, haciendo fe en juicio, por ser prueba documental, comprendida como el aporte en representaciones escriturales, ideográficas u otras, ya sea que estén elaboradas o soportadas de forma manual, mecánica, digital, etc., en constancia física o de otra naturaleza, con contenidos de alguna manifestación humana relevante respecto a lo controvertido que trata el proceso judicial; siendo más que solo un objeto o cosa, es un elemento contendor, representativo que simboliza o sustenta el hecho o acto narrado en todo o parte de lo demandado o su contestación; siendo todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho; se acopian en documentos públicos o privados, pudiendo presentarse en originales o copias, considerándose a las copias a las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema. Son copias debidamente certificadas, las que se remitan a su original y al archivo en que reposan, en caso de requerirse su constatación o confrontación para establecer su genuinidad y originalidad.

VI. DECISIÓN

16. Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, decide:

16.1.- Negar el recurso de casación interpuesto por el Banco de Guayaquil S.A, respecto de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 06 de febrero de 2020.

16.2.- Por no haberse rendido caución, no existe nada que disponer en este sentido.

16.3.- Devolver los expedientes de instancia, con la razón de ejecutoria de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.- **Notifíquese y cúmplase.-**

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL (PONENTE)

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
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

JV/AM

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.