



# REGISTRO OFICIAL

## ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

### EDICIÓN ESPECIAL

**Año IV - Nº 352**

**Quito, martes 23 de  
octubre del 2012**

**Valor: US\$ 1.25 + IVA**

**ING. HUGO ENRIQUE DEL POZO  
BARREZUETA  
DIRECTOR**

Quito: Avenida 12 de Octubre  
N 16-90 y Pasaje Nicolás Jiménez

Dirección: Telf. 2901 - 629  
Oficinas centrales y ventas:  
Telf. 2234 - 540

Distribución (Almacén):  
Mañosca Nº 201 y Av. 10 de Agosto  
Telf. 2430 - 110

Sucursal Guayaquil:  
Malecón Nº 1606 y Av. 10 de Agosto  
Telf. 2527 - 107

Suscripción anual: US\$ 400 + IVA  
para la ciudad de Quito  
US\$ 450 + IVA para el resto del país  
Impreso en Editora Nacional

50 ejemplares -- 48 páginas

[www.registroficial.gob.ec](http://www.registroficial.gob.ec)

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

## SUMARIO:

Págs.

### FUNCIÓN JUDICIAL

#### RESOLUCIONES:

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA: SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA:

Recursos de casación de los juicios interpuestos  
por las siguientes personas:

122-11	Teresa Mercedes Carrión Blacio en contra de Gabriel Durán Chuchuca y otro .....	2
127-2011	Luis Pizarro Ayo y otra en contra de Elsa Lucía Molina Rivadeneira. ....	7
132-2011	César Gualberto Guadalupe Vaca en contra de Gonzalo Zavala Cuadrado .....	9
139-2011	Dr. René Colón Quevedo Silva en contra de Dra. Grace Campoverde y otro. ....	11
144-2011	María Elena Bermeo en contra de Max Geovani Palacios Alvarado. ....	15
157-2011	I. Municipalidad del Cantón Gualaceo en contra del Dr. Alejandro Andrade Montesinos .	16
158-2011	María Delgado Cedeño de Jaramillo en contra de Francisca Agapita Vera Saltos. ....	20
159-2011	Carlos Heredia Fiallo en contra del Banco MM Jaramillo Arteaga. ....	22
162-2011	Esther Francisca Espinoza Powell en contra de José Arquímides Viñan Chamba.....	27
165-2011	Dr. Galo Martínez V. en contra de Sócrates Viteri Estévez. ....	30
169-2011	Mirian Guillén Guamán en contra de Francisco Buenaño Gaibor. ....	32
171-2011	Mónica Josefina Loor Napa en contra de Lauro Marcelo Rodríguez Barrera. ....	34

	Págs.
172-2011 Dr. Gerardo Leonardo Veletanga en contra de Manuel Antonio Flores Sarmiento. ....	35
173-2011 Rodrigo Serrano Bravo en contra de Manuel Salvador Mejía Tenempaguay y otros. ....	39
178-2011 Alfonso María Espinoza Castillo y otro en contra de José Miguel Cárdenas Espinoza. ....	42
180-11 Luis Humberto Astudillo Orellana en contra de Luis Guillermo Herrera Valdivieso .....	45

## No. 122-11

**Juicio:** 709-2010 MBZ.

**Actora:** Teresa Mercedes Carrión Blacio.

**Demandados:** Gabriel Durán Chuchuca y Pedro Pablo Durán Chuchuca.

**Juez Ponente:** Dr. Manuel Sánchez Zuraty.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**  
**SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 9 de febrero de 2011; las 17h15.

**VISTOS (709-2010 MBZ).** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo del 2009; en el numeral 4, literales a) y b), del apartado IV, DECISIÓN, de la Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre del 2008, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia tomada en sesión de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de Enero del 2009; y, los artículos 184 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación.- En lo principal, el demandado, Gabriel Durán Chuchuca, en el juicio ordinario por nulidad de contrato de cesión de derechos sigue en su contra Teresa Mercedes Carrión Blacio, deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, de 20 de julio del 2010, a las 10h05 (fojas 19 a 22 del cuaderno de segunda instancia),

que revoca la sentencia subida en grado y declara con lugar la demanda. El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, las normas señaladas en la parte expositiva del presente fallo y la distribución en razón de la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 22 de diciembre de 2008, publicada en Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009.- El recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite mediante auto de 8 de noviembre de 2010, las 10h00.- **SEGUNDO.-** En virtud del principio dispositivo contemplado en el Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, son los recurrentes quienes fijan los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación.- **TERCERO.-** El peticionario considera infringidas las siguientes normas: Artículos 181, 229 y 1700 del Código Civil. Artículos 113, 114 y 115 del Código de Procedimiento Civil; Artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República del Ecuador.- Las causales en la que funda el recurso son la primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- **CUARTO.-** En virtud de los mandatos contenidos en los Arts. 424, 425 y 426 de la Constitución de la República, por su carácter jerárquico de norma suprema, corresponde analizar en primer término el cargo de violación de la norma constitucional contenida en el Art. 76, numeral 7, letra l), que dispone: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.- La motivación es un requisito esencial para la validez de las resoluciones de los poderes públicos, pues en ella se exige que las decisiones de las personas que ejercen jurisdicción y competencia, ya sea en el ámbito judicial como administrativo, sustenten sus decisiones en la ley y en la pertinencia de su aplicación a los hechos preestablecidos; este requisito se lo ha establecido para evitar abuso o arbitrariedades de las autoridades y jueces. Es tal su importancia que en la Carta Magna de 1998 se lo elevó a la categoría de derecho constitucional y en la actual Constitución, además, constituye causal de nulidad del acto o resolución.- Al acusar la violación de esta norma constitucional el recurrente indica que el mero enunciado de normas legales no puede entenderse como motivación, pues falta el análisis, el estudio que las relaciones con los hechos y la sentencia que se ha emitido.- Que la resolución dictada por el Tribunal ad quem debe declararse nula, conforme a la norma del Art. 5 del Código Civil, el cual dispone que los actos prohibidos por la ley son nulos y sin ningún valor, y el Art. 10 ibídem, el cual establece que el juez no puede declarar como válido un acto que la ley ordena que es nulo;

además, que la sentencia recurrida se refiere a una prueba testimonial que jamás ha solicitado, ni introducido, ni practicado y que la prueba testimonial a la que se refieren fue practicada ante el juez de primera instancia, pero que en el juicio ordinario, al interponerse recurso de apelación debe fundamentarse y luego aportar la prueba pertinente, prueba testimonial que jamás ha pedido.- La sentencia recurrida se halla debidamente motivada en su considerando Quinto, donde el Tribunal ad quem valora la prueba aportada dentro del proceso, aún la de primera instancia y lo que ese Tribunal estima, es aplicable a las normas legales que a continuación cita en el considerando Sexto, sin que sea una mera enunciación de normas, sino su pertinencia al caso que se juzga, que es lo que precisamente exige la norma constitucional contenida en el Art. 76, numeral 7, letra 1) de la Constitución; en consecuencia, no procede la imputación de violación de esa disposición.- **QUINTO:** Corresponde analizar el cargo formulado a través de la causal tercera de casación.- Esta causal se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Esta causal permite casar el fallo cuando el mismo incurre en inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; el recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado sistema de casación puro. En el caso de la causal tercera, la configuración de la llamada “proposición jurídica completa”, en el supuesto de la violación indirecta, requiere que se señale: a) la norma relativa a la valoración de la prueba que ha sido inaplicada, indebidamente aplicada o erróneamente interpretada; y, b) la norma de derecho sustantivo que, como consecuencia del vicio en la aplicación de la norma de valoración de la prueba, ha sido equivocadamente aplicada o inaplicada. Para integrar la proposición jurídica completa conforme lo requiere esta causal, se deben: a) citar las normas relativas a la valoración de la prueba que el tribunal de instancia ha infringido (aplicado indebidamente, omitido aplicar o interpretado erróneamente), en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada; y, de ser del caso, citar los principios violados de la sana crítica en los casos en los cuales se aplica la misma; y, b) citar las normas sustantivas infringidas (aplicación indebida o falta de aplicación) como consecuencia del yerro en las normas y principios reguladores de la prueba, requisito indispensable para la integración de la proposición jurídica completa y para la procedencia del cargo al amparo de la causal tercera, porque no basta que en la sentencia haya vicio de derecho en la valoración probatoria sino que es indispensable este otro requisito copulativo o concurrente.- **5.1.-** El recurrente, al acusar esta causal indica que la actora en su demanda manifiesta haber mantenido una unión de hecho con Pedro Pablo Durán Chuchuca durante 22 años, en los que ha adquirido varios bienes inmuebles, en particular, una concesión minera otorgada por la Dirección Regional de Minería de El Oro con fecha 8 de mayo de 2006,

protocolizada en la Notaría Quinta del cantón Machala en la misma fecha e inscrita en el Registro de Minas a cargo del Registrador de la Propiedad de ese cantón el 6 de junio del 2006.- Que su conviviente ha procedido a ceder sus derechos dentro de esa concesión minera sin contar con su consentimiento mediante escritura otorgada en la Notaría Primera del cantón Portovelo el 14 de septiembre del 2006 a favor de Gabriel Durán Chuchuca, lo que acarrea la nulidad relativa de ese instrumento público conforme los Arts. 1691, 1698, 1700 y 1704 del Código Civil.- Cita el considerando Quinto del fallo del Tribunal ad quem para justificar la violación por falta de aplicación del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto, dice, no se justifica la existencia de la unión de hecho entre la actora y Pedro Pablo Durán Chuchuca, desde cuándo adquirió supuestamente los derechos mineros reclamados, lo único que manifiesta es que desde la resolución No. 017 DIREMIO-2006 de la Dirección Regional de Minería de El Oro, se aclaró quiénes eran los integrantes de la Sociedad Minera Durán entre los que lo consta el nombre de la actora, como tampoco justificó la existencia de esa Sociedad Minera y los contratos a los que se refieren los numerales 4 y 6 del considerando Quinto no se los valora correctamente ya que en los mismos aparecen como solteros y no como convivientes, únicamente con nexos comerciales; además, existe una inconsistencia cuando la actora manifiesta en la demanda que la unión libre la ha mantenido desde hace 22 años y que la explotación minera la ha realizado conjuntamente con los demás socios hace 25 años.- Añade que en la sentencia impugnada se toma en cuenta la declaración de sus testigos Romel Augusto Paladines Acosta, Franco Toribio Huanca Vargas, Angel Bolívar Gallegos Ramírez, Jorge Eduardo Loyola Paz y Walter Bolívar Carchi Baula; pero, en ningún momento, reprodujo a sus testigos, por lo que no se aplicado correctamente el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil relativo a la carga de la prueba porque la actora no ha cumplido con esa obligación y la Sala de Instancia no ha cumplido con lo previsto en el Art. 223 del Código Civil sobre la prueba para establecer la existencia de la unión de hecho acorde a las reglas de la sana crítica sin que se haya valorado la prueba en su conjunto.- **5.2.-** La Sala de Casación considera que de los artículos mencionados, el único que contiene norma de valoración probatoria es el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil.- Dos son las acusaciones que se hacen respecto de esta norma; la primera que no se aplicaron las reglas de la sana crítica.- Sobre la valoración de la prueba y las reglas de la sana crítica, la ex Corte Suprema de Justicia ha señalado: “...el fallo de última instancia es inatacable por existir una mera discrepancia entre el método de valoración de la prueba utilizado por los juzgadores de última instancia y el criterio que según el recurrente debió utilizarse, pues la valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, a menos de que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar decisión absurda o arbitraria. La sala considera que, si en la apreciación de la prueba el juzgador contradice las reglas de la lógica, el fallo se halla incurso en causal de casación compartiendo el criterio expresado por ULRICH KLUG, en su obra *Lógica Jurídica* (Bogotá, Temis, 1990, p. 203), quien dice: “El que, en desacuerdo con las circunstancias fácticas tal como ellas fueron establecidas, ataca la apreciación de que la prueba hizo el tribunal,

plantea una cuestión sobre los hechos, que no es susceptible de revisión. Pero cuando en la apreciación de la prueba se evidencia una infracción de la Lógica, ello constituye entonces una incorrecta aplicación de las normas sobre la producción de la prueba. Pero el problema de si una norma ha sido correcta o incorrectamente aplicada representa una cuestión de derecho. En consecuencia, la apreciación de la prueba que contradice las leyes lógicas, es en esa medida, revisable. Como lo dice con acierto EB. SCHMIDT, la libertad en la apreciación de la prueba encuentra en las leyes del pensamiento uno de sus límites. No es necesario pues, convertir la Lógica misma, artificialmente, en algo jurídico. Ella es una herramienta presupuesta en la aplicación correctamente fundamentada del derecho.” Cuando en el proceso de valoración de la prueba el juzgador viola las leyes de la lógica, la conclusión a la que llega es **absurda o arbitraria**. Se entiende por absurda todo aquello que se escapa a las **leyes lógicas formales**; y es **arbitrario** cuando hay **ilegitimidad** en la motivación, lo cual en el fondo es otra forma de manifestarse el absurdo ya que adolece de arbitrariedad todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado solo por la voluntad o el capricho; cuando el juzgador, por error, formula una conclusión contraria a la razón, a la justicia, o a las leyes, estamos frente a un caso simplemente absurdo; pero si la conclusión es deliberadamente contraria a la razón, a la justicia o a las leyes porque el juzgador voluntariamente busca este resultado, estamos frente a un proceder arbitrario que, de perseguir favorecer a una de las partes o perjudicar a la otra, implicaría dolo y podría constituir inclusive un caso de prevaricación.” (Resolución 8-2003. R.O. No. 56 de 7 de abril del 2003).- El recurrente cuestiona la forma de valoración de la prueba realizada por el Tribunal ad quem, y pretende una nueva valoración de la misma, aspecto que no es revisable en materia de casación dada la naturaleza de este recurso y de la causal tercera, en el cual no se valoran los hechos, que es potestad autónoma del juzgador de instancia.- Adicionalmente, no se ha presentado la proposición jurídica completa, esto es, que además del vicio de valoración probatoria debe expresarse también, la norma material que ha sido indirectamente violentada, ya fuera por equivocada aplicación o no aplicación, lo cual no consta en el recurso; motivos suficientes para no aceptar el cargo.- **SEXTO.-** La causal primera se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo o precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas,

con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotético contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la escogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.- **6.1.-** El casacionista, al acusar la causal primera cita el considerando Sexto de fallo del Tribunal de Instancia, para señalar que se ha aplicado la jurisprudencia relativa al proceso que se juzga debido a la interpretación errónea de los preceptos jurídicos lo que ha influido en la parte dispositiva de la sentencia, por lo que carece de motivación.- Indica que se han aplicado indebidamente los Arts. 181, 229 y 1700 del Código Civil.- Dice que la ley es clara cuando expresa que el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó, puede reclamar la nulidad relativa (Art. 1700 del C.C), pero los Jueces no podían declarar la nulidad relativa, sin que antes se hubiere establecido la relación “marital” de la unión de hecho entre Pedro Pablo Durán Chuchuca y Teresa Mercedes Carrión Blacio, que no ha sido probada jurídicamente.- Que el art. 181 del Código Civil, cuando se refiere a que el cónyuge a cuyo cargo está la administración ordinaria de los bienes, necesita de autorización expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación y otros sobre bienes inmuebles, muebles que pertenezcan a la sociedad conyugal, la omisión de este consentimiento expreso del cónyuge será causal de nulidad relativa del acto o contrato; y que en las uniones de hecho la sociedad de bienes se rige por las normas establecidas para la sociedad conyugal, conforme el Art. 229 ibídem, preceptos que se ha interpretado erróneamente al comparar de manera similar lo que es el matrimonio y la unión de hecho; la primera, que es un contrato solemne y la segunda que requiere la convivencia entre hombre y mujer y con las demás exigencias que la ley señala, pero que, en el caso, la acción de la actora estaría correcta siempre y cuando hubiere establecido en autos que mantuvo la unión de hecho mediante escritura pública, información sumaria, conforme lo recoge el Código Civil y la Constitución de la República.- **6.2.-** Conforme al Art. 222 del Código Civil, la unión estable y monogámica de una hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial, por más de dos años, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes; y al Art. 229 ibídem, el haber de esa sociedad y sus cargas, administración extraordinaria de sus bienes, disolución y liquidación se regirán por las normas de ese Código y las del Código de Procedimiento Civil, relativas a la sociedad conyugal.- La existencia de la sociedad de hecho que da lugar a la sociedad de bienes puede establecerse legalmente en dos formas: voluntariamente, cuando ambos convivientes concurren ante un juez o notario y declaran bajo juramento que han convivido como marido y mujer por más de dos años, y, judicialmente, cuando el conviviente interesado concurre ante un juez y demanda al otro conviviente a fin

de que, demostrada la existencia de la unión de hechos, esta sea reconocida por el juez mediante sentencia y pueda ejercer sus derechos.- En la presente caso, la accionante demanda se declare la nulidad relativa del contrato de cesión de derechos mineros mediante escritura pública otorgada ante el Notario del cantón Portovelo con fecha 14 de septiembre del 2006, inscrita en el Registro Minero a cargo del Registrador de la Propiedad del cantón Santa Rosa mediante la cual Pedro Pablo Durán Chuchuca cede a favor de Gabriel Durán Chuchuca sus derechos mineros sobre el área minera Los Ingleses; no obstante, en el proceso se analiza, discute y actúa prueba respecto de la existencia o no de la unión de hecho, cuando tal situación jurídica debió habérsela establecido previamente, al inicio de la acción de nulidad relativa del referido contrato, ya sea por acuerdo de los convivientes o mediante una acción judicial independiente cuyo objeto hubiese sido una controversia entre los convivientes para que se declare judicialmente la existencia o no de esa unión de hecho, para luego, en otra causa, discutir acerca de la legalidad de determinado acto o contrato que involucre bienes de esa sociedad.- En consecuencia, existe una indebida aplicación de la norma del Art. 229 del Código Civil, al asimilar los requisitos validez de contratos que involucre a inmuebles de la sociedad de bienes pertenecientes a una sociedad de hecho, cuya administración extraordinaria se rige por las normas generales relativas a la sociedad conyugal, cuando previamente no se ha discutido y aceptado en juicio la existencia de la sociedad de hecho.- En tal virtud, se acepta el cargo por la causal primera de casación.- **SEPTIMO:** De conformidad a la norma del Art. 16 de la Ley de Casación, esta Sala procede a expedir la sentencia de mérito que corresponde; para lo cual considera: **7.1.-** De fojas quince a dieciséis de los autos de primera instancia comparece Teresa Mercedes Carrión Blacio, quien luego de señalar sus generales de ley, indica que con Pedro Pablo Durán Chuchuca, mediante unión libre y monogámica por el lapso de 22 años convivió como pareja y producto de la misma han procreado tres hijos menores de edad y han adquirido varios bienes muebles e inmuebles bajo el régimen de sociedad de hecho, particularmente una concesión minera mediante Resolución No. 017 DIREMIO-2006, de 8 de mayo del 2006, del Director Regional de Minería de El Oro, que en ejercicio de la facultad conferida en la letra h) del art. 178 de la Ley de Minería (vigente a la época), los literales i) y m) del Reglamento General a esa Ley, así como el numeral 2 del Art. 170 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, resolvió aclarar que los integrantes de la Sociedad Minera Durán, cotitular del área Los Ingleses, son los señores Raúl Rigoberto Durán Granda, actualmente de propiedad de Walter Arturo Loayza Pontón, Nelson Durán Chuchuca, Pedro Pablo Durán Chuchuca, Carlos Durán Chuchuca, etc., resolución que se protocolizó el 8 de mayo del 2006 ante el Notario Quinto del cantón Machala e inscrito en el Registro de Minas a cargo del Registrador de la Propiedad del cantón Santa Rosa el 6 de junio del 2006.- Que antes y después de la legalización de la concesión minera, su conviviente y ella como co-titular de la misma la estaban explotando con el resto de socios por 25 años, hasta el mes de septiembre del 2006 en que su conviviente y demandado Pedro Pablo Durán Chuchuca, sin su consentimiento y autorización, mediante escritura pública celebrada ante la Notaría Primera del cantón Portovelo el 14 de septiembre del 2006, inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Santa Rosa con el No.

16 del Libro de Concesiones Mineras cede y transfiere a favor del demandado Gabriel Durán Chuchuca los derechos mineros que les corresponden dentro de la Sociedad Minera Durán, condominio de 1 concesión minera del área Los Ingleses, lo que acarrea la nulidad relativa del instrumento público conforme los Arts. 1697, 1698, 1700 y 1704 del Código Civil; por lo que demanda a su conviviente y vendedor Pedro Durán Chuchuca y al comprador Gabriel Durán Chuchuca para que en sentencia se declare la nulidad relativa de la escritura pública de cesión y transferencia de derechos mineros sin su consentimiento de 14 de septiembre del 2006 ante el Notario Público del cantón Portovelo y la consiguiente restitución de su derecho dentro de la concesión minera, así como de la inscripción en el Registro de la Propiedad del cantón Santa Rosa, para que tome nota al margen de la respectiva inscripción y al referido Notario para que proceda a marginar en el protocolo de la escritura en mención.- **7.2.-** Calificada la demanda y admitida a trámite se cita a los demandados, compareciendo a juicio solamente Gabriel Durán Chuchuca (fs. 25 y 25 vta. del cuaderno de primera instancia), quien al contestar la demanda propone las siguientes excepciones: a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; b) Falta de derecho de la actora para proponer la acción; c) Improcedencia de la acción por no reunir los requisitos del Art. 67 del Código de Procedimiento Civil; d) Inexistencia de la omisión de requisitos para que proceda la acción de nulidad; ilegitimidad de personería; Falsedad de los hechos narrados en la demanda; y, Que no se allana a las nulidades existentes en la tramitación de la causa.-ñ Además reconviene a la actora al pago de veinte mil dólares americanos por obligarle a litigar sin justa causa.- El demandado Pedro Pablo Durán Chuchuca, no ha comparecido a juicio, por lo que, al tenor del Art. 103 del Código de Procedimiento Civil, se lo considera como negativa simple de los fundamentos de la demanda.- A fojas veintiocho la actora contesta la reconvencción propuesta en su contra, proponiendo las siguientes excepciones: a) Negativa pura y simple de los fundamentos contenidos en la reconvencción; b) Falta de derecho del demandado para proponer la reconvencción en su contra; c) Falta de identificación del derecho subjetivo para proponer en su contra la reconvencción y por tanto falta de legítimo contradictor; y, Inexistencia del derecho de demandado para proponer la reconvencción.- El juez de primera instancia, en su sentencia desecha la demanda, que es apelada por la actora.- En segunda instancia, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro revoca el fallo de primer nivel y en su lugar dicta sentencia aceptando al demanda.- **7.3.-** No existe omisión de solemnidad sustancial ni violación de trámite, por lo que se declara la validez del proceso.- **7.4.-** Corresponde al actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo; el demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa (Art. 113 Código de Procedimiento Civil), pero cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley (Art. 114 íbidem).- **7.5.-** Dentro de la etapa de prueba se han actuado las siguientes diligencias probatorias: **7.5.1.-** Por la parte actora, en escrito de fojas 32 del primer nivel: a) Que se reproduzca y se tenga como prueba de su parte la escritura pública de cesión y transferencia de derechos mineros agregada al proceso (fs. 9 a 11 del cuaderno de primera instancia); b) Que se

reproduzca el certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Santa Rosa (fs. 6 a 8 vta. del cuaderno de primer nivel); c) Que se tenga como prueba la diligencia de comparación de la copia de la escritura de cesión de derechos mineros con la matriz que se encuentra en la Notaría del cantón Portovelo; d) Que se tenga como prueba de su parte las tres partidas de nacimiento de sus hijos procreados durante la unión de hecho (fs. 3 a 5 del cuaderno de primera instancia).- En escrito de fojas 47 y 48 del primer nivel: a) Que se tenga como prueba a su favor la segunda copia de la escritura de compraventa celebrada ante el Notario Público Segundo del cantón Santa Rosa de 3 de agosto de 1995 (fs. 40 a 46 del cuaderno de primer nivel); b) Que se tenga como prueba a su favor el certificado del Registro de la Propiedad del cantón Portovelo de 2 de octubre del 208 (fs.39 de primer nivel); c) Que se oficie al Banco de Fomento Sucursal Santa Rosa para que remita copias de la escritura pública de hipoteca abierta que otorgaran Teresa Mercedes Carrión Blacio y Pedro Pablo Durán Chuchuca (fs. 85 a 150 del cuaderno de primer nivel) **7.5.2.-** Por la parte demandada, en escrito de fojas 34:: a) Que se recepte las declaraciones de los testigos Eduardo Loyola Paz, Franco Guanica, Paul Guanica, Walter Carchi y Luis Criollo acorde al interrogatorio que indica en el numeral 1 de su escrito b) Que se tenga como prueba de su parte la escritura de cesión de derechos mineros de 14 de septiembre del 2006, otorgada ante el Notario Público del cantón Portovelo (fs. 75 a 77 vta.); c) Que se repregunte a los testigos que presente la parte actora conforme al interrogatorio que indica en el numeral 6 de fojas 35 y 36 del primer nivel; d) Que se realice una inspección judicial para observar la escritura pública de cesión y transferencia de derechos mineros (fs. 158 y 158 vta. del cuaderno de primer nivel).- En escrito de fojas 53 y 54 del cuaderno de primer nivel: a) Que se señale día y hora a fin de que la actora comparezca a rendir confesión judicial acorde a las preguntas que en sobre cerrado se acompaña (fs. 169 a 172 del cuaderno de primer nivel); b) Que se señale día y hora a fin de que Pedro Pablo Durán comparezca a rendir confesión judicial al tenor del interrogatorio que en sobre cerrado se acompaña; c) Se oficie al Gerente del Banco del Pacífico S.A. de la ciudad de Machala, para que remita copia certificada del microfil del Cheque de Gerencia No. 000184669 por la suma de \$ 7.600,00, a favor de Pedro Pablo Durán de 21 de septiembre del 2006; d) Se oficie al Gerente del Banco del Pichincha S.A., agencia Santa Rosa a fin de que remita un detalle del movimiento bancario de la cuenta corriente No. 3476747400 de Gabriel Durán Chuchuca durante el mes de septiembre del 2006 (fs. 81 y 82 del cuaderno de primer nivel; d) Se oficie al Gerente del Banco de Machala S.A. de la ciudad de Santa Rosa, remita el corte certificado de los movimientos bancarios durante el mes de septiembre del 2006 de las cuentas corrientes o de ahorros de Teresa Mercedes Carrión Blacio y de Pedro Durán Chuchuca y se remita copias de las papeletas de depósito o comprobantes de depósito y retiro de dineros en el indicado mes; e) Se oficie al Banco del Pichincha S. A. de la ciudad de Santa Rosa a fin de que remita copia de los movimientos bancarios durante el mes de septiembre del 2006 de las cuentas corrientes o de ahorro que hayan mantenido Teresa Mercedes Carrión Blacio y Pedro Durán Chuchuca a fin de que remita copias de las papeletas de depósito o comprobantes de depósito y retiro de dineros en el indicado mes, f) Se oficie al Gerente del Banco de Fomento de la ciudad de Santa Rosa a fin de que remita un

corte de los movimientos bancarios durante el mes de septiembre del 2006 de las cuentas corrientes o de ahorros de Teresa Mercedes Carrión Blacio y de Pedro Durán Chuchuca y se remita copias de las papeletas de depósito o comprobantes de depósito y retiro de dineros en el indicado mes; g) Que se agregue al proceso el estado de la cuenta corriente no. 3476747400 de Gabriel Durán Chuchuca correspondiente al mes de septiembre del 2006 (fs. 50 del cuaderno de primer nivel); h) Que se agregue al proceso el comprobante por emisión del cheque de gerencia No. 0001844669 de 21 de septiembre del 2006, solicitado por Gabriel Durán Chuchuca al Banco del Pacífico S.A. cuyo beneficiario es Pedro Durán Chuchuca girado por la suma de \$ 7.600,00 (fs. 51 del cuaderno de primer nivel); i) Que se agregue al proceso el documento de Acuerdo y Recibo de 23 de febrero del 2007 por la suma de \$ 5.000,00 por la última cuota de la compra de la acción de la mina por el precio total \$35.000,00 con el recibo conforme de Pedro Durán Chuchuca.- **7.6.-** Como se indicó en el considerando Sexto de este fallo, la acción propuesta por Teresa Mercedes Carrión Blacio tiene como propósito se declare la nulidad relativa del contrato de cesión y transferencia de derechos mineros suscrita entre Pedro Pablo Durán Chuchuca en calidad de cedente y Gabriel Durán Chuchuca en calidad de cesionario, respecto del condominio minero Los Ingleses, celebrada mediante escritura pública otorgada ante el Notario del cantón Portovelo con fecha 14 de septiembre del 2006, inscrita en el Registro Minero a cargo del Registrador de la Propiedad del cantón Santa Rosa.- No obstante, dentro de este proceso entra en controversia otro aspecto jurídico, como es la existencia o no de una relación de unión de hecho entre la actora, Teresa Mercedes Carrión Blacio y uno de los demandados, Pedro Pablo Durán Chuchuca, procediendo el Tribunal de segunda instancia a evaluar prueba y declarar este hecho, según se desprende de las consideraciones y conclusiones que constan en los considerandos Quito y Sexto del fallo de segunda instancia; cuando jurídicamente, la actora debió previamente establecer la existencia de esta unión de hecho, en las condiciones y requisitos que señala el Art. 222 del Código Civil, previamente a iniciar este proceso de nulidad relativa de contrato de cesión de derechos mineros, ya sea mediante el instrumento en el que conste la declaración libre y voluntaria de los convivientes, o en caso contrario, ya sea por sentencia del juez competente que declare efectivamente ha existido la condición de una unión de hecho entre las mencionadas personas, para que, la actora, Mercedes Teresa Carrión Blacio, con este antecedente necesario, esté plenamente acreditada para ejercer sus derechos sobre la sociedad de bienes y demanda, en este caso, la declaratoria de la nulidad relativa de la indicada cesión y transferencia de derechos mineros; no obstante, en la presente causa la actora no ha acreditado mediante esa prueba tal circunstancia.- No es posible que dentro de una misma causa se discutan y entren en controversia dos cuestiones jurídicas distintas e incompatibles entre sí, pues en la cuestión de establecer si ha existido o no la unión de hecho, el único legítimo contradictor es el otro conviviente, ya que nada tiene que contradecir en el tema la persona que ha suscrito el acto o contrato cuya nulidad relativa se persigue sea declarada.- En otros términos, la existencia de la unión de hecho debió estar plenamente establecida mediante uno de los medios de prueba a los que esta Sala se ha referido anteriormente; y en el presente caso no ha sido formulada por la actora.- Por la motivación que antecede, la

Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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 REPUBLICA**, casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de El Oro; y en su lugar dicta sentencia de merito, desechando la demanda- Sin costas.- Léase y notifiquese.-

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero. Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales.

CERTIFICO.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

En la ciudad de Quito, hoy día jueves diez de febrero de dos mil once, a partir de las diecisiete horas notifiqué con la nota en relación y sentencia que antecede a TERESA MERCEDES CARRION BLACIO, en el casillero judicial No. 3620 del Ab. Gimir Cobos Abad y a GABRIEL DURÁN CHUCHUCA, en el casillero judicial No. 2349 del Dr. Juan Cando Pacheco; y, no notifiqué a PEDRO PABLO DURAN CHUCHUCA, por cuanto no ha designado casillero judicial en esta ciudad para el efecto.- Cerifico.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 18 de abril de 2011, las 15h00.

VISTOS: A fojas 17 de este cuaderno de casación, comparece Teresa Mercedes Carrión Blacio, solicitando aclaración del fallo dictado por esta Sala el 09 de febrero de 2010 a las 17h15. Para resolver dicha petición de la parte actora, se considera lo siguiente: PRIMERO: El Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, dice: “El juez que dictó sentencia no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso ...”, por lo que cabe mencionar que la sentencia dictada por este Tribunal de Casación, ha hecho el control de legalidad al que está facultado por la Ley de la materia, ciñéndose estrictamente a la naturaleza extraordinaria, limitada y de puro derecho del recurso de casación.- SEGUNDO: Por su parte, el Art. 282 de la codificación del Código de Procedimiento Civil establece que: “La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas ...”. La aclaración y la ampliación son consideradas como recursos horizontales cuyas motivaciones difieren entre sí. Así, la aclaración cabe cuando la sentencia es oscura y la ampliación cuando no se resuelven los puntos controvertidos. En la especie, la Sala resuelve este proceso en estricto derecho, la sentencia es clara y didáctica y nada hay que aclarar en ella, motivo por el cual se desecha por improcedente la petición de aclaración solicitada por la parte actora. Notifiquese.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero. Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales.

Certifico.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

En la ciudad de Quito, hoy día martes diecinueve de abril de dos mil once, a partir de las diecisiete horas notifiqué con el auto que antecede a TERESA MERCEDES CARRIÓN BLACIO, en el casillero judicial No. 3620 del Ab. Gimir Cobos Abad y a GABRIEL DURÁN CHUCHUCA, en el casillero judicial No. 2349 del Dr. Juan Cando Pacheco; y, no notifiqué a PEDRO PABLO DURÁN CHUCHUCA, por cuanto no ha designado casillero judicial en esta ciudad para el efecto.- Certifico.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

**RAZON:** Siento como tal que las doce fotocopias numeradas que anteceden son tomadas del juicio ordinario No. 709-2010-MBZ que por nulidad de escritura pública sigue TERESA MERCEDES CARRION BLACIO contra GABRIEL DURAN CHUCHUCA y PEDRO PABLO DURAN CHUCHUCA, Quito, 27 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

---

**No. 127-2011**

**Juicio:** 05-2010 SDP.

**Actores:** Luis Pizarro Ayo y Luz Genoveva Tipán Logacho.

**Demandada:** Elsa Lucía Molina Rivadeneira.

**Juez Ponente:** Dr. Galo Martínez Pinto.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 16 de febrero de 2011.- Las 16h05.

**VISTOS:** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b) del apartado IV, DECISIÓN, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC pronunciada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el 17 de diciembre último ante el Consejo de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la resolución sustitutiva adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, en el juicio ordinario que por dinero sigue la parte actora, esto es Luis Pizarro Ayo y Luz Genoveva Tipán Logacho contra la demandada Elsa Lucía Molina Rivadeneira, y en el que se confirmó el fallo del inferior declarando con lugar la demanda, ésta deduce recurso de casación respecto de la sentencia pronunciada el 14 de agosto de 2009, a las 10h08, por la Segunda Sala de lo

Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que confirmó, como ya está dicho, la sentencia que le fue en grado dentro del juicio ya expresado seguido contra la parte recurrente. Aceptado a trámite el recurso extraordinario de casación y, encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo, la Sala efectúa las consideraciones previas siguientes: **PRIMERA.-** Declarar su competencia para conocer el recurso extraordinario de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación y por cuanto esta Sala calificó el recurso de la relación por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades exigidas por el artículo 6 de la ley de la materia, admitiéndolo a trámite. **SEGUNDA.-** La parte recurrente, fundamenta su recurso extraordinario aduciendo la trasgresión de las normas jurídicas contenidas en los artículos siguientes del Código Civil: 1570 (por errónea interpretación), 1461 y 1561 (falta de aplicación), 1453 (aplicación indebida) y, para todos los supuestos se apoya en la causal primera del artículo 3 de la ley de la materia; todo lo cual analizaremos pormenorizadamente más adelante. De este modo, queda circunscrito los parámetros dentro de los cuales se constriñe el recurso planteado y que será motivo de examen de este Tribunal de Casación, conforme al principio dispositivo consignado en los artículos 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, actualmente en vigencia y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** Se esgrimen cargos únicamente al amparo de la causal primera, por los vicios consignados en el numeral precedente. Se esgrimen cargos al amparo de la causal primera. Esta causal imputa vicios “in iudicando” y puede darse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Aquí, tampoco se permite revalorar la prueba ni fijar nuevamente hechos ya establecidos, que se dan por aceptados pues, la esencia de esta causal apunta a demostrar, jurídicamente, la vulneración propiamente dicha de normas de derecho. Es que cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la veracidad de determinados hechos, alegados otra por el actor ora por el demandado (demanda y contestación); luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables (subsunción del hecho en la norma y que es una operación de abstracción mental propia del intelecto humano). Una norma material, estructuralmente hablando, tiene dos partes por así decirlo: un supuesto y una consecuencia. En ocasiones, la norma carece de estas dos partes pero se complementa con una o más normas con las que forma una proposición jurídica completa. La subsunción no es sino la operación o encadenamiento lógico mental, propio de la lógica formal, de una situación fáctica, específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma en cuestión. El vicio de juzgamiento o “in iudicando” contemplado en esta causal se da en tres casos: 1. Cuando el juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el Juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación

del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica, de exégesis jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene. En la especie, la parte recurrente aduce vulneración de normas jurídicas no aplicadas o inaplicadas unas, aplicadas indebidamente otras y erróneamente interpretadas por el tribunal de instancia, normas ya mencionadas en el numeral segundo y que dicen relación al Código Civil. **3.1.** Examinemos primero, en el orden en que la parte recurrente efectúa su exposición discursiva: la norma primeramente mencionada, esto es el artículo 1570 del expresado código y que habría sido erróneamente interpretada dice relación a la promesa de celebrar un contrato que, de modo general, no produce obligación alguna, excepción hecha de las hipótesis que la misma norma de derecho prevé. Efectivamente, el efecto que produciría, de contener los requisitos allí mismo señalados, daría lugar a lo prevenido en el artículo precedente, esto es, el 1569 de la misma legislación civil, esto es, que cuando la obligación sea de hacer y el deudor esté constituido en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, a elección suya, cualquiera de las dos cosas allí previstas. Sin embargo, ese no es el caso ocurrido en la especie, como sofisticadamente arguye la parte recurrente; aquí todo se resume, como bien lo dice el tribunal de segundo nivel, a la devolución de un dinero entregado por una promesa fallida y que, a juicio de ese tribunal es un principio de prueba desde que no ha sido negado por la recurrente. Por tanto, se rechaza el cargo por este vicio. **3.2.** Invoca también, la parte recurrente, la falta de aplicación de los artículos 1461 y 1561 por parte del juzgador de instancia. La norma de derecho primeramente citada hace mención a los requisitos que se debe cumplir para tener capacidad legal y obligar a otra por un acto o declaración de voluntad, esto es, la aptitud de las personas frente al derecho. Todo lo contrario a lo aducido por la parte recurrente: los intervinientes en la fallida negociación eran capaces, no existió vicio alguno en el consentimiento, recayó sobre un objeto lícito y tuvo una causa lícita y, por tanto, el tribunal de instancia sí aplicó esa normativa. En consecuencia, no ha habido vulneración o trasgresión de esa norma. **3.3.** Se sostiene también en el memorial del recurso extraordinario de casación deducido, que no se aplicó el artículo 1561 y que versa en torno a los contratos, esto es, el instituto de la resciliación o mutuo disenso, pero omite la parte recurrente expresar, para inducir a engaño, que la norma de derecho se refiere al contrato “legalmente celebrado”, que no es el caso en la especie (simplesmente principio de prueba por escrito, según el tribunal de instancia). En consecuencia, no es verdad que hubiese habido la falta de aplicación de esa norma o lo que es lo mismo la trasgresión aducida. **3.4.** Por último, se asevera que se aplicó indebidamente en la sentencia el artículo 1453 del Código Civil. Esa norma enseña lo atinente a la fuente de las obligaciones en general y de los contratos y bajo ese epígrafe consta en el Libro IV de la materia. Efectivamente, nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas (contratos o convenciones), ya de un hecho voluntario (aceptación de una herencia o legado y cuasicontratos), o a consecuencia de un hecho que hubiese inferido injuria o daño a otra persona (delitos y cuasidelitos), y finalmente, por disposición de la ley. Pero, en la especie, la Sala vuelve a reiterar, no estamos frente al caso de un contrato y menos aún “legalmente celebrado”, desde que se refiere a un bien inmueble, sino ante un



documento privado que, a juicio del tribunal de segundo nivel -y atento a sus potestades jurisdiccionales de así apreciarlo-, ante un principio de prueba por escrito por una negociación fallida frente a lo cual se ha dispuesto devolver el dinero entregado. En consecuencia, tampoco ha habido vulneración de la norma en referencia; y, por lo mismo, se rechazan los cargos que se reprochan al fallo pronunciado al amparo de la causal primera. Por las consideraciones y motivaciones precedentes, esta Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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”, no casa la sentencia de la que se ha recurrido y que fuera expedida por la segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 14 de agosto de 2009, a las 10h08. Con costas por considerarse que se ha litigado con mala fe. Léase, notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.

Es fiel copia de su original.- Quito, 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

**JUEZ PONENTE: Dr. Galo Martínez Pinto**

**JUICIO No. 05-2010 SDP**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 12 de abril de 2011.- Las 09h10.

**VISTOS:** Para revolver en torno de las peticiones de las partes, de ampliación por parte del actor y de aclaración y ampliación por la demandada; la Sala efectúa, previamente, las consideraciones siguientes: PRIMERA.- De conformidad con lo previsto en el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, la aclaración tendrá lugar, si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, básicamente, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. SEGUNDA.- En lo tocante a la petición presentada en primer término, por el actor, esto es de ampliación del fallo referida a que debió regularse los honorarios de su patrocinador, desde que se declaró condena en costas a la contraparte, en su decir por habérselo omitido; es de consignar que si bien las costas involucran, cuando así se lo señala expresamente, la fijación de honorarios, en este caso, el no habérselo considerado no comporta omisión necesariamente como para que se amplíe la sentencia, como se peticiona, y en consecuencia, se la deniega. TERCERA.- Respecto a la argumentación de la demandada para que se aclare el fallo, igualmente se la deniega, señalándose que no hay contradicción alguna en lo dispuesto en el ítem del considerando 3.2 cuando se expresa que no existió vicio alguno en el consentimiento y que la apreciación en contrario es una opinión muy subjetiva así como lo suficientemente explícito y didáctico es lo dispuesto en el ítem 3.3. Y, finalmente, en relación a la ampliación del mismo en lo tocante a la condena en costas,

se lo hace señalando que en los fundamentos contenidos en los ítems 3.1., 3.2., 3.3. y 3.4. del considerando tercero de la sentencia se encuentran los razonamientos y motivaciones específicas para la anotada condena; pues, interpretar las normas allí citadas de manera sofisticada, es claro indicio de deslealtad procesal o como cuando se expresa en el fallo pronunciado, que “omite la parte recurrente expresar, para inducir a engaño, que la norma de derecho se refiere al contrato ‘legalmente celebrado’ que no es el caso en la especie”. En consecuencia, se desecha también la petición de ampliación solicitada. Por tanto, estése a lo resuelto por la Sala. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.

**CERTIFICO:**

Que las cuatro (4) copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 005-2010 SDP (Resolución No. 127-2011) que, sigue Luis Pizarro Ayo y Luz Genoveva Tipán Logacho contra Elsa Lucía Molina Rivadeneira.- Quito, 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

**No. 132-2011**

**Juicio:** 269-2010 Mas.

**Actor:** César Guadalupe Vaca.

**Demandado:** Gonzalo Zavala Cuadrado.

**Juez Ponente:** Dr. Manuel Sánchez Zuraty.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 9 de marzo de 2011; las 09h10.

**VISTOS. (269-2010)** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo del 2009; en el numeral 4, literales a) y b), del apartado IV, DECISIÓN, de la Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre del 2008, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia tomada en sesión de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de Enero del 2009; y, los artículos 184 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de casación.- En lo principal, el demandado Gonzalo Zavala Cuadrado, en el juicio ordinario por dinero propuesto por César Gualberto

Guadalupe Vaca, deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo el 29 de enero de 2010, las 0946 (fojas 15 vuelta a 17 del cuaderno de segunda instancia), que confirma la sentencia de primera instancia que declara con lugar la demanda. El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, las normas señaladas en la parte expositiva del presente fallo y la distribución en razón de la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 22 de diciembre de 2008, publicada en Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009.- El recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite en esta Sala, mediante auto de 31 de agosto del 2010, las 16h20.- **SEGUNDO.-** En virtud del principio dispositivo contemplado en el Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, son los recurrentes quienes fijan los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación.- **TERCERO.-** El peticionario considera infringidas las siguientes normas de derecho: Artículos 722, 1567 numeral 3, 1573, 1575, 2200 del Código Civil. Art. 97 del Código de Procedimiento Civil.- Las causales en la que funda el recurso son la primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.- **CUARTO.-** La causal cuarta opera cuando existe resolución, en la sentencia, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis.- Esta causal recoge los vicios de ultra petita y de extra petita, así como los de citra petita o mínima petita. Constituye ultra petita cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de extra petita.- La justicia civil se rige por el principio dispositivo, en consecuencia el que los Jueces y Tribunales al resolver, deben atenerse a los puntos que se les ha sometido oportuna y debidamente a la decisión o sea en los términos en que quedó trabada la litis. Esto es, que solo en la demanda y en la contestación a la demanda, se fijan definitivamente los términos del debate y el alcance de la sentencia. En materia civil, siempre que se trate de conocer si hay identidad entre una sentencia y una demanda, el factor determinante es la pretensión aducida en ésta y resuelta en aquella, pues que en la demanda se encierra la pretensión del demandante. El principio de la congruencia, delimita el contenido de la sentencia en tanto cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia.- **4.1.-** Esta causal ha sido solamente mencionada por el recurrente, pero en el libelo no existe argumentación ni fundamentación alguna al respecto, por lo que esta Sala carece de los elementos

necesarios para el control de la legalidad a la que se aspira, motivo por el cual no se acepta el cargo.- **QUINTO.-** La causal primera se refiere a la 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. En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotético contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la escogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.- **5.1.-** El recurrente dice que el fallo impugnado adolece de “aplicación indebida e incorrecta de las normas del derecho y por lo tanto una errónea interpretación de la normativa enunciada”. Explica que se manda a pagar intereses de los cinco mil dólares dados por el demandante en concepto de anticipo por la venta de una casa, “por lo que esos cinco mil dólares no los he recibido de mala fe”, siendo el mismo actor quien incumplió con la promesa privada de venta; además el acto conocía perfectamente que el dinero dado en anticipo lo iba a utilizar en los acabados de la vivienda prometida en venta; de ahí que los jueces ad quem, al haber mandado a pagar intereses y costas procesales, ha realizado una errónea interpretación de lo que estatuye el Art. 2200 del Código Civil. Que existe “aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación” porque para la procedencia de mandar a pagar intereses se requiere de ciertos requisitos que los jueces no los han observado, fundamentalmente lo que textualmente preceptúa el Art. 2200 del Código Civil, que dice: “El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía, está obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad. Si ha recibido de mala fe, debe también los intereses corrientes”; que la disposición legal en mención, forma parte del libro cuarto del Código Civil, relativo a los cuasicontratos, que son obligaciones que se contraen al margen de una convención; por lo tanto es incompatible la pretensión del actor de reclamar la restitución del dinero sobre una base

cuasicontractual, y al mismo tiempo intereses y daños y perjuicios; que este artículo permite el reclamo únicamente cuando quien recibió el dinero lo ha hecho de mala fe. Que según el Art. 722 del Código Civil, la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse. Que tal cuestión no ha sido alegada expresamente por la parte actora ni debatida en este juicio, razón por la cual no se ha justificado el reclamo del pago de intereses desde la fecha de entrega del dinero; que a su vez el Art. 1573 del Código Civil señala “Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”, y la regla primera del Art. 1575 agrega: “Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: a. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autorizan el cobro de los intereses corrientes, en ciertos casos”; entonces –dice– en el presente caso, si se admite la obligación del demandado de pagar la suma entregada, los intereses serían exigibles únicamente desde que se colocó en mora y estos sólo pueden ser los intereses legales, y para establecer la mora, hay que tomar en cuenta lo que señala el Art. 1567 numeral 3 del Código Civil que preceptúa “el deudor está en mora, en los demás casos cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”, norma que para su exacta interpretación debe concordarse con el Art. 97 del Código de Procedimiento Civil.- **5.2.-** Toda la argumentación del recurrente insiste en señalar que se han cometido todos los vicios a la vez, de “aplicación indebida”, “falta de aplicación” o “errónea interpretación” de las normas. Esta forma de presentar el recurso es por completo anti técnica porque por lógica jurídica nunca pueden coexistir los tres vicios a la vez respecto de la misma norma jurídica. El vicio de falta de aplicación, es excluyente de los demás, porque si una norma no se ha aplicado, no puede haber sido aplicada indebidamente o erróneamente interpretada. El vicio de aplicación indebida de las normas de derecho, se comete por el juez en el proceso intelectual de dictar sentencia, al equivocadamente atribuir una disposición legal sustantiva, general, impersonal y abstracta, que regula una relación jurídica sustancial, un alcance que no tiene, utilizándola para declarar, reconocer o negar un derecho, en un caso particular, determinado y concreto, que es diferente a la relación sustancial del precepto y que por tanto no debió emplear. Mientras que, la errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juzgador al dar desacertadamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador, que utiliza para resolver la controversia judicial (Fallo de 20 de enero de 1998 publicado en la Gaceta Judicial No. 10, año XCII, serie XVI, pág. 2558), a lo cual debe añadirse que la alegación de aplicación indebida parte del convencimiento del recurrente de que la norma legal aplicada no era pertinente ni, por lo tanto, aplicable al caso materia de la discusión, mientras que la errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma era aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o

restringiéndole el que realmente ostenta.- En el caso, debido a que el peticionario invoca a la vez los tres vicios, vuelve ininteligible el recurso e impide que esta Sala tenga los elementos necesarios para el control de la legalidad que pide, motivos por los cuales no se aceptan los cargos.- Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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 REPUBLICA**, no casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo el 29 de enero de 2010, las 0946.- Entréguese el monto total de la caución a la parte actora, perjudicada por la demora.- Sin costas.- Léase y notifíquese.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales.

CERTIFICO.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las cuatro copias que anteceden, son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio ordinario No. 269-2010 Mas (R. No. 132-2011) que, por dinero sigue Cesar Guadalupe Vaca contra Gonzalo Zavala Cuadrado.- Quito, 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

#### No. 139-2011

**Juicio:** 065-2010 WG.  
**Actor:** Doctor René Colón Quevedo Silva.  
**Demandados:** Doctora Grace Campoverde y abogado Héctor Irigoyen.  
**Juez Ponente:** Dr. Carlos Ramírez Romero.

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, a 10 de marzo de 2011; las 11h50.

**VISTOS: (Juicio No. 65-2010 wg)** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la

Resolución Sustitutiva aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, el actor doctor René Colón Quevedo Silva interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por la Segunda Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Provincial del Guayas que confirma el fallo del juez de primera instancia que declara sin lugar la demanda en el juicio ordinario que, por daño moral, sigue contra la doctora Grace Campoverde y abogado Héctor Irigoyen. El recurso se encuentra en estado de resolver por lo que, para el efecto la Sala hace las siguientes consideraciones:

**PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificados los recursos por la Sala mediante auto de 2 de junio de febrero de 2010, las 15h00, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades dispuestos en el Art. 6 de la Ley de Casación, fueron admitidos a trámite. **SEGUNDA.-** El casacionista acusa que los jueces del tribunal ad quem, en la sentencia impugnada, *“han infringido las siguientes normas de derecho, y han omitido las siguientes solemnidades de procedimiento: 1.- 11, 75 y Art. 76 que se refieren al DEBIDO PROCESO y Art. 169 y 172 de la Constitución de la República del Ecuador. 2.- Artículos: 345, 346 num. 2do, 349, 356, 357, 1014, 92 en concordancia con la disposición transitoria única, del Código de Procedimiento Civil. 3.- Artículo 324 del Código de Procedimiento Civil. 4. Artículos 9 y 10 del Código Civil”*. Funda el recurso en la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de normas procesales. En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** El casacionista impugna la sentencia del tribunal ad quem al amparo de la causal segunda, por violación de normas constitucionales y procesales. **3.1.** El vicio que configura la causal segunda es la violación de las normas procesales que producen el efecto de nulidad procesal insanable o provoca indefensión al agraviado; violación que puede producirse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. En conclusión, son requisitos para que estos vicios configuren la causal segunda de casación: a) que la violación produzca nulidad insanable o indefensión; b) que el vicio esté contemplado en la Ley como causa de nulidad (principio de especificidad); c) que los vicios hubiesen influido en la decisión de la causa (trascendencia); d) que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. **3.2.** El casacionista acusa nulidad procesal y alega que *“La NULIDAD es insanable porque la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materia Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, es INCOMPETENTE, para conocer y resolver de un “RECURSO DE APELACION INEXISTENTE”, por cuanto se aceptó un RECURSO DE APELACION, que los demandados jamás interpusieron, porque simple y sencillamente les era favorable la sentencia, existiendo “FALSEDADE PUNIBLE”, por parte del juez a-quo. La competencia o capacidad del juez para actuar y decidir*

*constituye el punto cardinal en todo proceso judicial, puesto que es indispensable, tener FUERO COMPETENTE que la confiera autoridad y potestad para ello”*. Alega que: *“... los jueces y Tribunales tienen PRIORITARIAMENTE, la obligación jurídica insoslayable de examinar en primer lugar la validez procesal, lo cual no se hizo en el presente juicio”*, para luego, contradictoriamente, expresar que los jueces del Tribunal ad quem *“... expresan que NO HAY NULIDAD, Y DECLARA VALIDO EL PROCESO, perjudicándose impunemente, conculcando mis derechos por el daño moral que me ocasionaron, ya que lo legal, procedente y justo, era que demostrando respeto a la ley, devuelvan el proceso al inferior, para que tramite el Recurso de Apelación, y se despachen las pruebas que solicité en el respectivo término, en ésta segunda instancia”*. **3.3.** La acusación que hace el casacionista de incompetencia del Tribunal ad quem para conocer y resolver un recurso de apelación inexistente, por cuanto se aceptó un recurso de apelación que los demandados jamás interpusieron, según dice, ya ha sido alegada para sentencia en el tribunal de instancia, y éste al respecto hace el siguiente análisis en la sentencia impugnada: *“c) En la especie, el accionante, fundamenta su pedido de nulidad por incompetencia del Tribunal, en razón de que el juez a quo ha elevado el proceso en virtud de un recurso de apelación no interpuesto por los demandados. Revisado el proceso se observa que consta en el mismo un escrito de interposición del recurso de apelación de la sentencia dictada por el juez, por parte del actor doctor René Quevedo Silva y que el juez, al proveerlo expresa en la providencia pertinente que concede el recurso de apelación a los demandados, sin que no conste haberlo presentado, providencia que fue notificada a las partes procesales sin que éstas, especialmente el accionante exigiera la respectiva aclaración. Estos antecedentes evidencian que los litigantes dieron como verdad procesal que el recurso mencionado en la providencia era el que correspondía al presentado por el demandante: de ahí que éste, lo fundamentará en este Tribunal. Es digno de observar que el actor en el escrito de fojas 4 a 8 del cuaderno de segunda instancia expresa que “conforme al art. 408 del Código de Procedimiento Civil, y encontrándose dentro del término de ley, tengo a bien, fundamentar explícitamente mi Recurso de Apelación, en acatamiento a su providencia del 25 de julio del 2008, la misma que fue notificada el 22 del mismo mes y año.”; y en escrito de fojas 11, manifestó que: “Encontrándose dentro del término de diez días, que ustedes me concedieron para fundamentar mi Recurso de Apelación. Pese a que está lo suficientemente explícito, AMPLIO el fundamento de mi Recurso de Apelación, en los siguientes términos...”*. Como se puede apreciar, el actor reconoció que el proceso subió a conocimiento de la Corte Provincial de Justicia en virtud del recurso de apelación que interpuso de la sentencia dictada por el juez a quo y que estaba en la obligación de fundamentarlo. En los escritos indicados el actor no impugnó ni alegó la inexistencia del recurso. Por otro lado, en esta instancia el actor ha ejercido ampliamente su derecho a la defensa, sin que en momento alguno haya estado en indefensión. En todo caso, se trata de una mera formalidad que en nada influye en la decisión. Por consecuencia, la Sala es competente para conocer del juicio, y así lo declara. En lo principal, para resolver el antes indicado recurso de apelación, se hacen las siguientes consideraciones: **“PRIMERO:** Como consecuencia de lo antes señalado, se confirma la validez del proceso”. **3.4.**

Respecto a la cuestión planteada en el recurso, en el caso sub júdice se establecen los siguientes presupuestos: 1) El juez Suplente del Juzgado Quinto de lo Civil de Guayaquil, pronuncia sentencia el 26 de mayo del 2008, a las “2:31:36 PM” sic, mediante la que declara sin lugar la demanda presentada por el Dr. René Colón Quevedo Silva, contra la Dra. Grace Campoverde Caneppa y el Dr. Héctor Irigoyen Coronado, lo que se notifica el mismo día de su emisión. De esta sentencia interpone recurso de apelación el actor (fs. 452). 2) Mediante auto del 28 de mayo del 2008, “a las 9:11:36 AM”, el juez a quo concede el recurso en los siguientes términos: “*Por legal y oportunamente interpuesto por la parte demandada se le concede el recurso de apelación de la sentencia dictada*”. Esta providencia se notifica a las partes en la misma fecha de su emisión. 3) A fs. 456 la demandada Grace Campoverde Caneppa se adhiere al recurso de apelación, y a fs. 459 se adhiere al recurso el demandado Ab. Héctor Irigoyen Coronado. 4) En segunda instancia, por sorteo, corresponde conocer el juicio a la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, en la que, mediante providencia del 15 de julio del 2008, las 09h32, se dispone: “*Póngase en conocimiento de las partes la recepción del proceso. En lo principal, de conformidad con lo que dispone el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, la parte recurrente en el término de diez días fundamenta explícitamente los puntos a que se contrae su recurso de apelación*”. 5) Mediante escritos de fs. 4 y 11 del cuaderno de segundo instancia, el doctor René Quevedo Silva manifiesta: “*FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE APELACION. Conforme el Art. 408, del Código de Procedimiento Civil, y encontrándome dentro del término de ley, tengo a bien fundamentar explícitamente mi Recurso de Apelación, en acatamiento a su providencia del 15 de julio del 2008, la misma que me fue notificado el 22 del mismo mes y año. Los puntos a que se contrae mi Recurso de Apelación, son los siguientes: ...*”. 6) Mediante providencia del 21 de noviembre de 2008, las 17h35 (fs.5) se abre la causa a prueba en segunda instancia y los escritos sobre pruebas presentadas por las partes han sido despachados. 3.5. Para que proceda una impugnación por la causal segunda deben cumplirse los requisitos de tipicidad y trascendencia: la tipicidad se refiere a que la causa de la nulidad debe ser una violación de solemnidad sustancial o violación de trámite, establecidos en la ley; y, la trascendencia consiste en que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. Estos principios se contemplan en los Arts. 349 y 1014 del Código de Procedimiento Civil y en el número 2 del Art. 3 de la Ley de Casación. Respecto de los principios de tipicidad y trascendencia, la ex Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente: “*QUINTO.- El recurrente también acusa al fallo de última instancia de incurrir en la causal segunda de casación por haberse transgredido lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil. Se ha dicho ya, que una de las garantías primordiales del debido proceso es la observancia de la vía pertinente, para asegurar la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de la persona, sin que en caso alguno quede en indefensión, (artículo 24, No. 17 de la Constitución Política de la República), y que como consecuencia, la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando se sanciona con la nulidad procesal, si es que tal violación*

*del trámite hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, de conformidad con lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil. Ya lo dijo esta Sala en su sentencia No. 550-98 de 31 de agosto de 1998 (Registro Oficial 58 de 30 de Octubre del mismo año): “En un proceso desde su inicio y todo su desarrollo y conclusión, las actividades del Juez de las partes se hallan reguladas por un conjunto de normas preestablecidas que señalan el camino que debe seguirse, lo que pueden hacer, cómo lo deben hacer y que no pueden ni deben hacer. Nuestro ordenamiento legal ha establecido la nulidad de un acto procesal y de todos los que dependen de él cuando se han quebrantado o inobservado dichas normas, pero siempre condicionada a los principios de trascendencia y de convalidación. No hay, pues, nulidad procesal si la desviación no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio. Al respecto, Couture dice: “Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formulismo vacío sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aún aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades”. Este principio de trascendencia está consagrado en los Arts. 358 y 1067 del Código de Procedimiento Civil, cuando disponen de manera categórica que la nulidad procesal por omisión de solemnidades sustanciales o la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso, y los juzgados y tribunales lo declararán de oficio o a petición de parte, siempre que dicha omisión o violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa. De otro lado, las nulidades procesales vienen a ser solo remedio de excepción cuando no se puede reparar o corregir el error. Las omisiones o quebrantos procesales son saneables porque el fin primordial de la administración de justicia es el de buscar la paz social, lo que se logra con la pronta terminación de los conflictos; no volverlos interminables y mantener el principio de seguridad jurídica que se logra con reglas claras de juego; no mantener las cosas inciertas y los conflictos inacabados. Los mismos principios de trascendencia y convalidación se consagran en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación que dice: “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere sido convalidada legalmente.” Por ello, lo procedente es que el juzgador de instancia analice en cada caso específico si se observó o no el procedimiento respectivo, y en caso de haberse inobservado, si la violación del trámite hubiese influido (efecto actual) o pudiese influir (efecto potencial) en la decisión de la causa, analizando además si es que quedó o no una de las partes en estado de indefensión. Adviértase que el juzgador está en la obligación de determinar si la omisión procesal influyó en la decisión de la causa, o si era probable que influya en ella; es decir, no es suficiente la verificación de que efectivamente haya influido, sino que es necesario realizar un análisis para determinar la posibilidad de que pudiese ser distinto el resultado de la contienda si se hubieran observado las formalidades omitidas. Cuando se tiene la opción de ejercitar la acción ejecutiva para que se lleve a cumplimiento el derecho reclamado, el actor puede perfectamente renunciar a ella y optar por una acción de conocimiento, ya que sin lugar a*

dudas que resulta mejor servida la justicia, aunque implique un lapso de tiempo más dilatado, porque puede entrarse al análisis del fondo del asunto para que el juez 'diga el derecho'; de la misma manera, si teniéndose expedido el juicio de conocimiento por la vía verbal sumaria, el actor prefiere proponer el juicio de lato conocimiento por la vía ordinaria, en que se discutirá la posición del actor y del demandado en forma exhaustiva, ello de ninguna manera implicaría un perjuicio para ninguna de las partes, no habría indefensión ni tampoco se estaría influyendo ni podría influir en la decisión de la causa. El factor tiempo es uno de los elementos dignos de considerar, pero no es el único y ni siquiera es el fundamental; atropellar los procedimientos no hace el menor servicio a la justicia, más importante es el dar a las partes la oportunidad de exponer todos sus argumentos y practicar todas las pruebas pertinentes. El artículo 75 del Código de Procedimiento Civil así lo consideró, por ello permite la acumulación de acciones que requieran necesariamente de diversa sustanciación, siempre que las acciones acumuladas se tramiten por la vía ordinaria. En los juicios especiales, en que el legislador los ha dispuesto por consideraciones particulares, habrá de realizarse, especie por especie, el respectivo análisis para determinar si la inobservancia del trámite respectivo puede o no producir indefensión, o ser relevante al momento de decidir la causa. En definitiva, el que puede lo más, puede lo menos, pero no a la inversa, o sea que quien debe encaminar su acción por la vía de lato conocimiento no puede pretender sustanciarla por una vía abreviada o de ejecución, porque aquí si se podría estar provocando indefensión de las partes, o influiría o podría influir en la decisión de la causa. Obviamente que, si la ley en forma expresa autoriza el pacto de determinación de la vía, como ocurre en el juicio verbal sumario (artículo 843 del Código de Procedimiento Civil), la sustitución de la vía es perfectamente legítima, indiscutiblemente bajo el supuesto de que el acuerdo reúna los requisitos de ley para su validez y eficacia. Por lo tanto, la utilización de una vía no prevista por la ley, en principio produce la nulidad, salvo que aparezca evidentemente del proceso que no hubo indefensión porque las partes pudieron ejercer a plenitud su derecho de defensa, o que no influyó ni podía influir en la decisión de la causa, lo cual será analizado y declarado en cada caso específico. En la especie, el recurrente no analiza por qué la omisión de ciertas etapas procesales del juicio ordinario (posibilidad de plantear la reconvención, de recurrir de las providencias que causen gravamen irreparable en definitiva, de pedir se articule prueba en segunda instancia) no influyó ni podía influir en la decisión de la causa, así como por qué ninguna de las partes quedó en indefensión, todo lo cual era indispensable para fundamentar el recurso de casación, por lo que no es admisible este cargo". (Resolución No. 299-2001, 1era Sala R.O. 319 de 30 julio del 2001). Sobre este mismo tema, de los principios de especificidad o tipicidad y el de trascendencia de nulidad procesal, en la doctrina se ha dicho: "Un segundo principio básico de nuestro sistema procesal es el de que no hay nulidad sin ley específica que la establezca. Este principio, que es característico del derecho francés, no está emitido en un texto especial. Pero, de la propia forma como se configuran las nulidades de nuestro Código, surge esta consecuencia. Los textos consignan frente a cada infracción especial, la sanción de nulidad. Y el inciso 13 del artículo 667 concluye que hay

nulidad si se hubiese faltado a cualquier trámite o formalidad por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad. Además, en el comienzo del mismo art. 676 se anticipa que sólo procederá la nulidad en los casos que a continuación se mencionan. Quiere decir que puede darse por vigente en nuestro derecho el principio de que no hay nulidad sin ley que la establezca; no son admisibles, en consecuencia, nulidades por analogía o por extensión. La derivación de este principio es que la materia de nulidad debe manejarse cuidadosamente y aplicándose a los casos en que sea estrictamente indispensable. Corresponde a la jurisprudencia la misión de contener los frecuentes impulsos de los litigantes, siempre propensos a hallar motivos de nulidad, declarando éstos solamente en los casos en los que se haya señalado como una solución expresa del derecho positivo. Esta parece ser, por lo demás, su orientación tradicional. Un tercer principio es el que no hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio. La antigua máxima "pas de nullité sans grief" recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes. Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aún aquellos que no provocan perjuicio alguno, el proceso sería, como se dijo de sus primeros tiempos, una misa jurídica, ajena a sus actuales necesidades. La máxima "no hay nulidad sin perjuicio" no tiene disposición expresa en nuestro Código. Tampoco la tiene en el Código francés, y sin embargo la jurisprudencia es unánime en el sentido de sostener que no puede hacerse valer la nulidad, cuando la parte, mediante la infracción, no haya sufrido gravamen." (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial IB de F, Cuarta Edición, Montevideo, 2009, p. 316 a 318).

**3.6.** De lo expuesto se concluye lo siguiente: 1) Existe el recurso de apelación interpuesto por el actor, al que se adhieren los demandados. 2) La providencia que concede el recurso de apelación, por error, se refiere al recurso de la parte demandada. Mas, las partes no piden aclaración de esta primera providencia en el momento procesal oportuno; y, por el contrario, el actor, en segunda instancia, de manera expresa manifiesta que, en atención a la providencia que pone en conocimiento la recepción del proceso y dispone que la parte recurrente fundamente los puntos a los que se contrae el recurso, conforme a lo dispuesto en el Art. 408 del Código de Procedimiento Civil, tiene "... a bien fundamentar explícitamente mi recurso de Apelación...". Es decir que, en los escritos en referencia el actor no alega la inexistencia del recurso de apelación y da por aceptado que el recurso de apelación que concedió el juez a-quo y el que se conoce en segunda instancia es el que él interpuso, con lo que se subsana, en cierta forma, la irregularidad en referencia al concederse el recurso. 3) El casacionista ha ejercido plenamente en derecho constitucional de impugnación y defensa de sus intereses, y no se advierte que haya quedado en indefensión, en cuanto no se ha impedido o limitado los medios procesales de defensa de sus derechos en el proceso y de exponer sus alegatos; ni existe actuación ilegal del tribunal de instancia, debiendo tenerse presente que el juez está obligado a calificar la pertinencia de la prueba, conforme lo dispone el Art. 116

del Código de Procedimiento Civil. Por lo expuesto, no se aceptan los cargos por la causal segunda. Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, 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 dictada por la Segunda Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Provincial del Guayas. Notifíquese. Devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto. Carlos Ramírez, Romero Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales.

Certifico.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

En Quito, a once de marzo del dos mil once, a partir de las once horas notifico con la vista en relación y resolución anteriores DR. RENÉ COLÓN QUEVEDO SILVA, en el casillero judicial No. 2270; y, a GRACE CAMPOVERDE CANEPPA, en el casillero judicial No. 2348 de su anterior abogado defensor y en los números 3223 y en el 152 de su actual abogado defensor.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las cinco (5) fotocopias que anteceden son iguales a sus originales tomadas del Juicio No. 065-2010 WG (Resolución No. 139-2011) que sigue doctor René Colón Quevedo Silva contra doctora Grace Campoverde y abogado Héctor Irigoyen. Quito, a 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

#### No. 144-2011

**Juicio:** 058-2009 Wg.

**Actora:** María Elena Bermeo.

**Demandado:** Max Geovani Palacios Alvarado.

**Juez Ponente:** Dr. Galo Martínez Pinto.

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, a 10 de marzo de 2011; las 15h20.

**VISTOS:** (Juicio No. 058-2009) Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b) del apartado IV, DECISIÓN, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC pronunciada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre

del mismo año, debidamente posesionados el 17 de diciembre último ante el Consejo de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la resolución sustitutiva adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, en el juicio ordinario que por nulidad de contrato sigue la parte actora, esto es María Elena Bermeo contra el demandado Max Geovani Palacios Alvarado, y en el que se confirmó el fallo del inferior declarando sin lugar la demanda, aquélla deduce recurso de hecho al haberse negado el de casación respecto de la sentencia pronunciada el 18 de junio de 2007, a las 11h15 por la Sala Civil de la entonces Corte Superior de Justicia de Loja, que confirmó, como ya está dicho, la sentencia que le fue en grado dentro del juicio ya expresado seguido por la parte recurrente. Aceptado a trámite el recurso extraordinario de casación y, encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo, la Sala efectúa las consideraciones previas siguientes: **PRIMERA.-** Declarar su competencia para conocer el recurso extraordinario de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación y por cuanto esta Sala calificó el recurso de la relación por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades exigidas por el artículo 6 de la ley de la materia, admitiéndolo a trámite. **SEGUNDA.-** La parte recurrente, fundamenta su recurso extraordinario aduciendo la trasgresión de las normas jurídicas contenidas en los artículos siguientes: 1570 del Código Civil (por errónea interpretación), aunque refiere también de modo demasiado general (sin consignar la causal ni el vicio en los que supuestamente se apoya), que no se hizo “una adecuada apreciación y valoración de la prueba aportada, acorde a lo previsto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil”; y con la misma vaguedad extraordinaria, la parte recurrente expresa en el memorial del recurso, además, lo siguiente: “*fundamento mi recurso en que la Sala no ha realizado un análisis debido (¿)...*” de conformidad a lo dispuesto en el numeral cuarto del mismo artículo 3, sin que eso signifique en modo alguno de qué error reprocha al fallo (¿se resolvió lo que no fue materia del litigio o se omitió resolver en la sentencia todos los puntos de la controversia?), de manera que, en estricto rigor y técnica procesal, únicamente expresa de modo inequívoco, ampararse en la causal primera; todo lo cual analizaremos pormenorizadamente más adelante. De este modo, queda circunscrito los parámetros dentro de los cuales se constriñe el recurso planteado y que será motivo de examen de este Tribunal de Casación, conforme al principio dispositivo consignado en los artículos 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, actualmente en vigencia y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.- 3.1** Se esgrimen cargos únicamente al amparo de la causal primera, por el vicio consignado en el numeral precedente. Esta causal imputa vicios “*in iudicando*” y puede darse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Aquí, tampoco se permite revalorar la prueba ni fijar nuevamente hechos ya establecidos, que se dan por aceptados pues, la esencia de esta causal apunta a demostrar, jurídicamente, la vulneración propiamente dicha

de normas de derecho. Es que cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la veracidad de determinados hechos, alegados ora por el actor ora por el demandado (demanda y contestación); luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables (subsunción del hecho en la norma y que es una operación de abstracción mental propia del intelecto humano). Una norma material, estructuralmente hablando, tiene dos partes por así decirlo: un supuesto y una consecuencia. En ocasiones, la norma carece de estas dos partes pero se complementa con una o más normas con las que forma una proposición jurídica completa. La subsunción no es sino la operación o encadenamiento lógico mental, propio de la lógica formal, de una situación fáctica, específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma en cuestión. El vicio de juzgamiento o “*in iudicando*” contemplado en esta causal se da en tres casos: 1. Cuando el juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el Juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica, de exégesis jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene. 3.2. En la especie, la parte recurrente aduce vulneración de normas jurídicas erróneamente interpretadas por el tribunal de instancia, norma ya mencionada en el numeral segundo y que dicen relación al Código Civil, específicamente, la contenida en el artículo 1570 que trata en torno de la promesa de celebrar contrato y que efectivamente no produce obligación alguna, a menos que concurran, ciertamente, las circunstancias allí previstas; pero hace referencia a los contratos legalmente celebrados (artículo 1561 del mismo código y que dice relación al instituto de la resciliación o mutuo disenso), en cuyo caso, ciertamente que es ley para los contratantes y no puede invalidarse sino por su consentimiento mutuo o por causas legales; pero reiteramos, de algún contrato celebrado en legal forma, con tanta mayor razón que, al versar respecto de inmuebles, debió haberse hecho mediante escritura pública. Efectivamente, el efecto que produciría, de contener los requisitos allí mismo señalados, daría lugar a lo prevenido en el artículo precedente, esto es, el 1569 de la misma legislación civil, es decir, que cuando la obligación sea de hacer y el deudor esté constituido en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, a elección suya, cualquiera de las dos cosas allí previstas. Sin embargo, ese no es el caso ocurrido en la especie, como sofisticadamente se arguye; aquí todo se resume, como bien lo dice el tribunal de segundo nivel, a la devolución de un dinero entregado por una promesa fallida cuyos derechos para reclamarlo deja a salvo. Por tanto, se rechaza el cargo por este vicio. En consecuencia, no es verdad que hubiese habido la errónea interpretación de esa norma o lo que es lo mismo la trasgresión aducida. Pero, en la especie, la Sala vuelve a reiterar, no estamos frente al caso de un contrato y menos aún “*legalmente celebrado*”, desde que se refiere a un bien inmueble, sino ante un acuerdo o contrato de carácter verbal. En consecuencia, reiteramos que no ha habido vulneración de la norma en referencia; y, por lo mismo, se rechazan los cargos que se reprochan al fallo pronunciado al amparo de la causal

primera. 3.3 En lo tocante a las otras impugnaciones, por la generalidad y ambigüedad de las mismas carecen de asidero alguno, por lo que se las desestima; así, en tratándose de la que parecería que la parte recurrente ha querido fundamentar su memorial en la causal tercera desde que habla de “*apreciación y valoración de la prueba aportada, acorde a lo previsto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil*”, no lo indica, así como omite referir el vicio por virtud del cual atacaría el fallo cuestionado y, así las cosas, no es posible efectuar control de legalidad alguna desde que en el derecho procesal ecuatoriano no existe pues casación de oficio. Y, en lo que tiene que ver con la supuesta fundamentación del recurso al amparo de la causal cuarta, solo expresa que “*...la Sala ( la de segundo nivel) no ha realizado un análisis debido...*”, sin precisar o singularizar qué yerro le imputa a la sentencia que cuestiona; así, si se trata de que esta resolvió lo que no fue materia del litigio o si omitió resolver todos los puntos de la controversia, y, con el mismo argumento anterior, no le es posible a esta Sala hacer control de legalidad. En consecuencia, se rechaza estos cargos genéricos e imprecisos. Por las consideraciones y motivaciones precedentes, esta Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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**” no casa la sentencia de la que se ha recurrido luego que el recurso de casación fuera negado y que diera lugar al de hecho respecto del fallo expedido por la Sala Civil de la entonces Corte Superior de Justicia de Loja el 18 de junio de 2007, a las 11h15. Sin costas. Léase, notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero  
Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales

CERTIFICO: Que las dos (2) copias que anteceden soniguales a sus originales tomadas del juicio No. 058-2009Wg (resolución No. 144-2011) que sigue María Elena Bermeo contra Max Geovani Palacios Alvarado. Quito, a 28 de abril del 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

#### No. 157-2011

**Juicio:** 220-2004 ex 2da. Sala.

**Actor:** I. Municipio del Cantón Gualaceo.

**Demandado:** Dr. Alejandro Andrade montesinos en su calidad de delegado del Ministro de Defensa y Vicepresidente de la H. Junta de Defensa Nacional.

**Juez Ponente:** Dr. Carlos M. Ramírez Romero.

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, a 29 de marzo de 2011.- Las 08h40.



**VISTOS:-** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, el Dr. Alejandro Andrade Montesinos, en su calidad de delegado del Ministro de Defensa y Vicepresidente de la H. Junta de Defensa Nacional, interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada el 28 de mayo del 2004, a las 09h50, por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, que confirma el fallo del Juez de primer nivel, que aceptó la demanda, en el juicio ordinario que, por reivindicación, sigue en su contra la I. Municipalidad del cantón Gualaceo.- El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso por mediante auto de 22 de noviembre de 2004, las 09h00, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. **SEGUNDA.-** El casacionista funda el recurso en las siguientes causales y vicios que determina el Art. 3 de la Ley de Casación: **2.1.-** En la causal primera, por indebida aplicación de los Arts. 953 y 957 del Código Civil (actuales 933 y 937).- **2.2.-** En la causal tercera falta de aplicación de los Arts. 119, 120 y 121 del Código de Procedimiento Civil (actuales 115, 116 y 117).- En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** Procede en primer término analizar el cargo formulado por la causal tercera de casación.- **3.1.-** La causal tercera contiene el vicio que la doctrina llama violación indirecta, el vicio de violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que conduce a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho. El error de derecho en que puede incurrir el Tribunal de Instancia se produce al aplicar indebidamente, al inaplicar o al interpretar en forma errónea los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, para que constituya vicio invocable como causal de casación, debe haber conducido: a) A una equivocada aplicación de normas de derecho; o, b) A la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Estas condiciones completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues

el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (primera violación), conducen a otra violación, a la violación de normas de derecho (segunda violación). En conclusión, el recurrente debe determinar, especificar y citar lo siguiente: a) Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico; b) El modo por el que se comete el vicio, esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) o por falta de aplicación, 3) por errónea interpretación. Lo que deberá precisarse en relación con un precepto jurídico de valoración probatoria en particular; por lo que no es lógica la acusación de que se ha producido más de uno de aquellos vicios en relación con un mismo precepto jurídico, puesto que estos vicios son diferentes, autónomos, independientes y hasta excluyentes entre sí. c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. **3.2.-** Al acusar esta causal el recurrente indica que la Sala ha omitido aplicar los preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba de los actuales Arts. 115, 116, 117 del Código de Procedimiento Civil, porque es obligación del juez apreciar en forma conjunta y de conformidad a las reglas de la sana crítica la evidencia presentada durante la etapa probatoria, habiendo aceptado la prueba testimonial referencial y parcializada de personas que tienen interés y negocios con el Municipio.- **3.3.-** De las normas que cita como infringidas, los Arts. 116 y 117 del Código de Procedimiento Civil, no son disposiciones que contengan un mandato para el juez respecto de determinado peso en la valoración de la prueba, sino que, en su orden, establecen los principios de pertinencia y legalidad de la prueba.- En cuanto al Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, dicha disposición establece que el juzgador de instancia tiene la obligación de valorar la prueba en su conjunto según las reglas de la sana crítica; y debe también, expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas actuadas legalmente dentro del proceso.- “La apreciación conjunta de la prueba -expresa TOBOADA ROCA- es aquella actividad intelectual que realiza el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios suministrados por los litigantes, y en virtud de cuya operación llega al convencimiento de que son ciertas algunas de las respectivas alegaciones fácticas de aquéllas en las que basan sus pretensiones o defensas, o no logra adquirir ese convencimiento necesario para fundamentar su fallo estimatorio de ellas. Tal obligación legal, que impide la desarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los juzgadores de instancia muy frecuentemente acudan a ese expediente de la apreciación en conjunto para formar su criterio, sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas en su complejo orgánico de compuesto integrado por elementos disímiles” (Humberto Murcia Ballén. Recurso de Casación Civil, sexta edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Págs. 409, 410). “La no apreciación de pruebas en conjunto, o la equivocada apreciación que de la unión de

ellas haga el sentenciador, estructura error de derecho” (Murcia Ballén, ob. cit. p. 412). “Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponde, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios, reunidos en el proceso, tomados en su conjunto, como una “masa de pruebas”, según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos. Es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar globalmente los diversos hechos, es decir “el tejido probatorio que surge de la investigación”, agrupando las que resulten favorables a una hipótesis y las que por el contrario la desfavorezcan, para luego analizarlas comparativamente, pensando su valor intrínseco y, si existe tarifa legal, su valor formal, para que la conclusión sea una verdadera síntesis de la totalidad de los medios probatorios y los hechos que en ellos se contienen (Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, T.I, Bogotá, Temis, 2002, Pág. 290).- Sobre la valoración de la prueba y las reglas de la sana crítica, la ex Corte Suprema de Justicia ha señalado: “...el fallo de última instancia es inatacable por existir una mera discrepancia entre el método de valoración de la prueba utilizado por los juzgadores de última instancia y el criterio que según el recurrente debió utilizarse, pues la valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, a menos de que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar decisión absurda o arbitraria. La sala considera que, si en la apreciación de la prueba el juzgador contradice las reglas de la lógica, el fallo se halla incurso en causal de casación compartiendo el criterio expresado por ULRICH KLUG, en su obra *Lógica Jurídica* ( Bogotá, Temis, 1990, p. 203 ), quien dice: “ El que, en desacuerdo con las circunstancias fácticas tal como ellas fueron establecidas, ataca la apreciación de que la prueba hizo el tribunal, plantea una cuestión sobre los hechos, que no es susceptible de revisión. Pero cuando en la apreciación de la prueba se evidencia una infracción de la Lógica, ello constituye entonces una incorrecta aplicación de las normas sobre la producción de la prueba. Pero el problema de si una norma ha sido correcta o incorrectamente aplicada representa una cuestión de derecho En consecuencia, la apreciación de la prueba que contradice las leyes lógica, es en esa medida, revisable. Como lo dice con acierto EB. SCHMIDT, la libertad en la apreciación de la prueba encuentra en las leyes del pensamiento uno de sus límites. No es necesario pues, convertir la Lógica misma, artificialmente, en algo jurídico. Ella es una herramienta presupuesta en la aplicación correctamente fundamentada del derecho” Cuando en el proceso de valoración de la prueba el juzgador viola las leyes de la lógica, la conclusión a la que llega es **absurda o arbitraria**. Se entiende por absurda todo aquello que se escapa a las **leyes lógicas formales**; y es **arbitrario** cuando hay **ilegitimidad** en la motivación, lo cual en el fondo es otra forma de manifestarse el absurdo ya que adolece de arbitrariedad todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado solo por la voluntad o el capricho; cuando el juzgador, por error, formula una conclusión contraria a la razón, a la justicia, o a las leyes, estamos frente a un caso simplemente absurdo; pero si la conclusión es deliberadamente contraria a la razón, a la justicia o a las leyes porque el juzgador voluntariamente

busca este resultado, estamos frente a un proceder arbitrario que, de perseguir favorecer a una de las partes o perjudicar a la otra, implicaría dolo y podría constituir inclusive un caso de prevaricación.” (Resolución 8-2003. R.O. No. 56 de 7 de abril del 2003).- En el presente caso, el recurrente no ha determinado cuáles son las pruebas actuadas dentro de este proceso que no han sido valoradas en su conjunto, esto es, la pruebas que, debidamente actuadas dentro del juicio, no las ha tomado en cuenta el juzgador, y que, naturalmente, lo condujeron a una decisión equivocada, a la falta de aplicación de la norma de derechos en la sentencia que hubiere variado la decisión del juez de la causa.- El Tribunal ad quem, ha analizado la prueba actuada conforme a las reglas de la sana crítica, según consta en el considerando Tercero de su fallo, al considerar que se hallan reunidos los elementos necesarios para que opere la acción de dominio, esto el derecho de propiedad de quien ejerce la acción reivindicatoria, la posesión del demandado y la singularización del inmueble, valoración que compete exclusivamente al juez de instancia, sin que, además, se aprecie una valoración absurda, arbitraria o contraria a las reglas de la lógica.- Por lo expresado, se desecha el cargo. **CUARTA:** Corresponde ahora analizar el cargo formulado por medio de la causal primera de casación.- **4.1.-** El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se produce por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; es decir la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la norma no es aplicable al caso, es decir la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecido los hechos en el fallo, el tribunal de instancia los subsume en un norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no le corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con los presupuestos fácticos y normativos del caso. El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al

caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; es decir que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos.- Implica error en cuanto a la existencia de la norma. El vicio de errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley. La errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma es aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o restringiéndole el que realmente ostenta.- Implica error en cuanto al verdadero sentido de la norma. **4.2.-** Al acusar esta causal se dice que la Sala aplica indebidamente las normas de los actuales Art. 933 y 937 del Código Civil, que confieren el derecho a reivindicar al dueño de una cosa singular, que no se encuentre en posesión, siempre que se pruebe con el respectivo título el dominio de la cosa que se reivindica.- Que en el presente caso se han presentado sendas protocolizaciones de la sentencia de expropiación de algunos inmuebles realizadas a los herederos de Paul Laffont, lo cual de manera alguna constituye título de propiedad, una vez que el juicio de expropiación solo tiene por objeto el determinar el justo precio, por lo que la sentencia de expropiación no le confiere al Municipio del cantón Gualaceo la titularidad de los bienes expropiados.- Que el actor y la Sala suponen que el demandado, H. Junta de Defensa Nacional, es sinónimo de “Ejército” o de “III División del Ejército Tarqui”, que son los que se encuentran poseyendo los bienes materia de la reivindicación, infringiéndose lo dispuesto en el Art. 933 del Código Civil, en la parte que dice “para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”, sin que esa H. Junta pueda cumplir con lo ordenado en la demanda, cuando lo procedente era que se deseché la acción, por no ser legítimo contradictor.- Finalmente dicen que no se ha determinado prueba suficiente que demuestre la identificación o singularización de los predios, pues en la demanda no se han identificado la parroquia, cantón y provincia, para luego en la etapa de prueba, el juez de primera instancia, en la inspección judicial dice haberse constituido en el sector “San Antonio” de la parroquia “San Juan”, del cantón “Gualaceo” identificando supuestamente dos predios, ordenando que el perito informe sobre dos predios y otro ubicado en Bullcay, siendo que el perito se refiere solamente a dos predios que son materia de la sentencia, pero dejando a un lado el otro predio. **4.3.-** Como se indicó anteriormente, la causal primera de casación se refiere a la violación directa de la norma sustantiva o materia con independencia de los aspectos fácticos establecidos en el proceso, los cuales no son cuestionados por las partes, sino admitidos como ciertos; por tal motivo en materia de casación no cabe que este Tribunal vuelva a valorar la prueba, que es

una actividad autónoma del juzgador de instancia.- En la especie, la parte recurrente pretende un nuevo análisis de la prueba actuada en el juicio en cuanto a la titularidad del derecho de dominio de la actora, así como la singularización del inmueble, que, como queda señalado, no puede ser valorado a través del recurso de casación.- Además, conforme el Art. 793 del Código de Procedimiento Civil establece que la sentencia que decreta la expropiación, se protocolizará e inscribirá para que sirva de título de propiedad, por lo que el cuestionamiento de la casacionista carece de sentido.- Respecto de la falta de legítimo contradictor, alagada por la I. Junta de Defensa Nacional, por no ser la poseedora del bien inmueble cuya reivindicación se demanda, ya que aquel está en posesión de la “III División del Ejército Tarqui”.- Sobre el particular, es necesario señalar que este aspecto no fue alegado oportunamente al contestar la demanda y formular la excepciones, por tanto se está planteando en casación un asunto que no fue materia de debate en el juicio, lo que constituye una cuestión nueva en casación que no puede ser introducida a través de este recurso extraordinario, pues no se puede cuestionar la sentencia del juzgador de instancia en base a argumentos o situaciones que no conoció.- Por lo expresado, se desecha igualmente el cargo con sustento en la causal primera de casación.- Por las motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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**, no casa la sentencia dictada por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca.- Sin costas ni multas.- Se encuentra actuando el abogado Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente de esta Sala, según encargo efectuado por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, constante en el oficio No. 470-SG-SLL-2011, de 23 de marzo de 2011, por licencia del Juez Titular, doctor Galo Martínez Pinto. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zurat, Jueces Nacionales, Ab. Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.

#### CERTIFICO:

Que las cinco (5) copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 220-2004 SDP ex 2ª. Sala (Resolución No. 157-2011) que, sigue I. Municipalidad del cantón Gualaceo contra Dr. Alejandro Andrade Montesinos, en su calidad de delegado del Ministro de Defensa y Vicepresidente de la H. Junta de Defensa Nacional.- Quito, 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

No. 158-2011

**Juicio:** 122-2005 ex 2ª. Sala WG.

**Actora:** María Delgado Cedeño de Jaramillo.

**Demandada:** Francisca Agapita Vera Saltos.

**Juez Ponente:** Dr. Carlos Ramírez Romero.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito a, 29 de marzo de 2011; las 08h50.

**VISTOS:** (Juicio No. 122-2005 ex 2ª. Sala) Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, la demandada, Francisca Agapita Vera Saltos interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo (fallo de mayoría), dictada el 10 de febrero del 2005, a las 11h00, y la providencia 16 de mayo del mismo año, a las 09h00, que niega la petición de ampliación; sentencia que en lo principal, confirma el fallo del Juez de primer nivel, que acepta la demanda, en el juicio verbal sumario que por pago de pensiones arrendaticias atrasadas sigue en su contra María Delgado Cedeño de Jaramillo. El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el efecto la Sala hace las siguientes consideraciones:

**PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso mediante auto de 2 de marzo de 2006, las 15h30, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. **SEGUNDA.-** El casacionista funda el recurso en la causal primera de casación, por indebida aplicación de los Arts. 1554 del Código Civil y del Art. 31 de la Ley de Inquilinato; y, por falta de aplicación del Art. 1588 del Código Civil y del Art. 47 de la Ley de Inquilinato. En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado

por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

**TERCERA.-** Procede entonces resolver sobre los cargos formulados con sustento en la causal primera de casación.

**3.1.** El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se produce por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; es decir la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la norma no es aplicable al caso, es decir la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecido los hechos en el fallo, el tribunal de instancia los subsume en una norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no le corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con los presupuestos fácticos y normativos del caso. El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; es decir que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos. Implica error en cuanto a la existencia de la norma. El vicio de errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley. La errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma es aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o restringiéndole el que realmente ostenta. Implica error en cuanto al verdadero sentido de la norma. **3.2.** La recurrente expresa que se ha aplicado indebidamente la norma del Art. 31 de la Ley de Inquilinato, porque el desahucio adjunto a la

demanda se presentó en su contra, siendo únicamente fiadora del contrato y codeudora solidaria y no inquilina o arrendataria, pues la verdadera inquilina es Ruth Leticia Rodríguez Vera, en tanto que ella solamente se encuentra comprometida al pago de valores por el incumplimiento de las obligaciones existentes en el contrato de arrendamiento. Alega que se ha aplicado indebidamente el inciso segundo del Art. 1554 del Código Civil (actual Art. 1527), por cuanto en la demanda de cobro por supuestos valores impagos, no se ha contado con el otro codeudor solidario que es la arrendataria principal, porque dentro del contrato de arrendamiento figura únicamente como fiadora y deudora solidaria, pero que necesariamente se debió también demandar a la obligada principal, existiendo por ende, falta de legitimación pasiva de los demandados. Con cargo a esta causal también expresa la recurrente que se ha dejado de aplicar el Art. 47 de la Ley de Inquilinato, porque el arrendador no podrá demandar al inquilino sin acompañar a su demanda el certificado de fijación de canon otorgado por la oficina de Registro de Arrendamientos de la I.M. del cantón Manta, sin que en esta causa se haya presentado tal documento y que además, en este proceso no se ha demandado a la inquilina de acuerdo al contrato de arrendamiento. Finalmente acusa la falta de aplicación del Art. 1588 del Código Civil (actual Art. 1561), porque no se podía desahuciar a otra persona que no sea al inquilino o arrendataria y al no haberse contado con ella, tanto en el trámite de desahucio, cuanto en este juicio, se han violado disposiciones expresas de la ley y debe declararse sin lugar la acción por no contarse con el completo del litis consorcio pasivo necesario y por falta de legítimo contradictor, como se indicó al proponer las excepciones en la audiencia de conciliación. **3.3.** Analizados cada uno de los cargos tenemos: **3.3.1.** El Art. 31 de la Ley de Inquilinato dispone que la transferencia de dominio del local arrendado termina el contrato de arrendamiento y el nuevo propietario dará el plazo de tres meses al inquilino para desocupar el local; además, que si transcurridos treinta días desde la fecha del traspaso de dominio, no se desahuciare al inquilino, el contrato subsistirá, dicho plazo se contará desde la inscripción en el Registro de la Propiedad del traspaso de dominio. La recurrente, como se indicó anteriormente, acusa que no se contó con la verdadera arrendataria, toda vez que ella es solamente una fiadora o deudora solidaria. Al respecto esta Sala considera que el desahucio es un mero trámite de notificación que hace uno de partes para dar aviso a la otra de su voluntad de dar por terminado el contrato; por tanto no se trata propiamente de un juicio, de una controversia sometida a la decisión del juez, en consecuencia, no cabe en absoluto el recurso de casación, criterio expresado por la ex Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos. Por lo expresado, no corresponde a este Tribunal de Casación, el conocer y resolver respecto del recurso de casación, pronunciarse sobre la procedencia o no de la petición y trámite de desahucio. **3.3.2.** El Art. 1527 del Código Civil (1554 de la codificación anterior) dispone que en general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores está obligado solamente a satisfacer su cuota o parte de la deuda y, cada acreedor, tiene derecho a demandar su parte o cuota del crédito. Pero que en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores del total de la deuda, entonces la obligación es solidaria o in sólídum. La

característica principal de la obligación solidaria es que en la multiplicidad de acreedores cada uno de ellos puede exigir por sí solo el total de la deuda y, viceversa, en la multiplicidad de deudores cada uno de ellos individual o conjuntamente, están obligados a pagar la totalidad de la deuda; y que, el acreedor puede demandar a todos los deudores solidarios conjuntamente o contra cualquiera de ellos a su arbitrio; esto de acuerdo con lo previsto en el Art. 1530 del Código Civil. En el presente caso, el contrato de arrendamiento fue suscrito por la demandada en calidad de garante, quien se obligó solidariamente por todas las obligaciones derivadas de ese contrato; por tanto, de acuerdo con la normatividad antes señalada, la actora, adquirente del bien inmueble y sucesora en los derechos del arrendador y anterior propietario, estaba plenamente facultada para demandar individualmente a Francisca Vera Saltos, como garante y codeudora solidaria. **3.3.3.** Respecto de la acusación de falta de aplicación del Art. 47 de la Ley de Inquilinato, cabe indicar que el presente juicio no tiene por objeto que se declare la terminación del contrato de arrendamiento, esto es, contra el inquilino como tal, sino el pago de pensiones arrendaticias atrasadas, luego de que se terminó el contrato de arrendamiento en virtud del desahucio practicado por transferencia de dominio, cuando las partes dejaron de ser arrendador y arrendatario, respectivamente. **3.3.4.** Finalmente, sobre la falta de aplicación del Art. 1561 del Código Civil (anterior 1588), el cual dispone, que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no podrá ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, la casacionista no señala cual es la estipulación del contrato de arrendamiento motivo de la causa que, a su criterio, ha sido violentada, pues al acusar la falta de aplicación de esa norma, necesariamente debía relacionarla con el instrumento contractual en concreto. Por el contrario, en ese contrato se estableció la solidaridad de la demandada como garante y codeudora, siendo entonces la convención la fuente de esa solidaridad, lo cual implica o significa que el Tribunal ad quem aplicó las cláusulas pertinentes del contrato, al condenar a la codeudora solidaria al pago de la obligación por pensiones arrendaticias atrasadas. En cuanto al trámite de desahucio, como se indicó anteriormente, no puede ser materia de análisis por parte de este Tribunal de Casación. En virtud de lo expresado, se desecha la acusación formulada por la causal primera de casación. Por las motivaciones que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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**, no casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo el 10 de febrero del 2005, a las 11h00. Se encuentra actuando el abogado Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente de esta Sala, según encargo efectuado por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia en el oficio No. 470-SG-SLL-2011, de 23 de marzo del 2011. por licencia de Juez Titular, doctor Galo Martínez Pinto. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales. y Abg. Fausto Raymond Cornejo Conjuez Permanente.

Certifico: f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

En Quito, a veinte y nueve de marzo del año dos mil once, a partir de las quince horas notifico con la vista en relación y resolución anteriores a ARQ. MARIA CEDEÑO DE JARAMILLO, en el casillero judicial No. 218; y, no notifico a FRANCISCA VERA SALTOS, por cuanto no ha señalado casillero judicial para el efecto.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las cuatro (4) fotocopias que anteceden son iguales a sus originales tomadas del juicio No. 122-2005 ex 2ª. Sala WG (Resolución No. 158-2011) que sigue María Delgado Cedeño de Jaramillo contra Francisca Agapita Vera Saltos. Quito, a 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator

#### No. 159-2011

**Juicio:** 55-2004 Ex. 2da. Sala.

**Actor:** Carlos Heredia Fiallo.

**Demandado:** Banco MM Jaramillo Arteaga.

**Juez Ponente:** Dr. Carlos M. Ramírez Romero.

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, a 29 de marzo de 2011.- Las 09h00.

VISTOS.- Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, el actor Carlos Heredia Fiallo interpone recurso de Casación impugnando la sentencia pronunciada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, que confirma el fallo del Juez de primer nivel que rechaza la demanda, en el juicio ordinario que, por pago por consignación, sigue en contra del Banco MM Jaramillo Arteaga. El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en

virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 24 de agosto de 2004, las 09h00, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. **SEGUNDA.-** El casacionista funda el recurso en las siguientes causales y vicios que determina el Art. 3 de la Ley de Casación: **2.1.-** En la causal primera, por la aplicación indebida del Art. 1642 del Código Civil; y por la falta de aplicación de las siguientes normas de derecho: Art. 244, numeral 4to., 272, 273 y 274 de la Constitución de la República; Arts. 9, 10, 28, 528, 1612, primer inciso, 2140, 1725, inciso primero, 1726 del Código Civil; Art. 260 de la Ley de Compañías. **2.2.-** En la causal segunda, por “FALTA DE APLICACIÓN de las siguientes normas procesales que han viciado el proceso de nulidad insalvable (SIC) influyendo en la decisión de la causa: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Art. 47, 119, 125, 34 numeral segundo, 42, 58, 303 numeral segundo, 355 regla tercera, 277”. **2.3.-** En la causal tercera, por “FALTA DE APLICACIÓN de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba: Resolución Junta Bancaria JB-2000-213 Y 2000-242, Art.: 6, 9 y 11; Resolución SB-99-0262, Art.: 8; Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, Art.: 34 inciso 2do. modificado por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, Ley 2000-4; Reglamento de Control Disciplinario, Quejas y Sanciones de la Función Judicial Art. 8”. En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** Por la supremacía de la Constitución se debe conocer en primer lugar el cargo por violación de normas constitucionales, que el casacionista plantea al amparo de la causal primera.- **3.1.-** El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se produce por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; es decir, la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la norma no es aplicable al caso, es decir la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecido los hechos en el fallo, el tribunal de instancia los subsume en una norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no le corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del

precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con los presupuestos fácticos y normativos del caso. El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; es decir que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos. Implica error en cuanto a la existencia de la norma. El vicio de errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley. La errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma es aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o restringiéndole el que realmente ostenta. Implica error en cuanto al verdadero sentido de la norma.- **3.2.-** El casacionista aduce que “La única disposición legal a la que se refiere el fallo atacado se funda, diminutamente, en lo dispuesto en el artículo 1642 del Código Civil abstrayéndose además, del entendimiento de otras disposiciones legales que analizaremos más abajo.- En el fallo atacado, los señores Ministros a-quem declaran, al final del considerando cuarto: “Por otra parte, la consignación implica “el depósito de la cosa que se debe” como prescribe el Art. 1642 del C. Civil y si el actor pidió y recibió dólares como dice en su demanda debe cancelar su crédito en dólares”. Suponemos que tal consideración se refiere a la moneda de curso legal y no a otras divisas, esto es euros, pesos, soles, etc., y creyendo que no es ese el caso, porque claramente el CDR depositado dice dólares; la diminuta aseveración de la Sala a-quem, encubre un evidente desconocimiento del manejo del dinero y de “los medios de pago; por ejemplo, un cheque, siendo una orden incondicional de pago, no sería precisamente “dólares”, al tenor del concepto de la Sala a-quem.- Si la situación por la que atravesó el país, a raíz de la crisis provocada por los mismos bancos, no hubiera obligado al Presidente de la República a enmendar en algo el inconstitucional “congelamiento” el Decreto Ejecutivo 1492 en el R.O. del 17 de noviembre de 1999 (en adelante D. E. 1492) no hubiera sido necesario, como se desprende de los considerandos de ese decreto; pero dicho decreto ejecutivo, es imperativo y determina que los CDR’s constituyen un medio legítimo de pago de préstamos y la obligatoria aceptación para el sistema financiero; El Art. 1612 del Código Civil dispone que “El pago se hará, bajo todos respectos, en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes.”.- Es por demás evidente que el D.E. 1492 es ley de

la República y norma un caso especial en el que, los mencionados títulos se constituyen en medios de pago de obligaciones por préstamos del sistema financiero concedidos hasta el 31 julio de 1999; y al facultar a los deudores a cancelar sus obligaciones con el sistema financiero que congeló el efectivo del público, los está asimilando al pago en efectivo en compensación al inconstitucional accionar del Presidente, en beneficio precisamente de ese sistema financiero. Por lo tanto, la disposición legal citada por la Sala a-quem, es indebidamente aplicada en el presente caso en razón a que no considera el contexto especificado en que se produjo el pago consignado, el derecho establecido en el artículo 2 del D.E. 1492 para realizarlo, ni el artículo 9 de la Resolución de la Junta Bancaria 2000-213, (La reprogramación de pasivos no constituye novación sino simplemente una extensión del plazo de las obligaciones) máxime que es esta la única cita legal en que se funda la sentencia atacada para declarar fallido el pago.- Para mayor claridad valga señalar que la función del dinero o efectivo es, principalmente, constituirse en un medio de pago, y físicamente tiene dos formas, monedas y billetes; absurdo es pensar que las transacciones mercantiles y financieras solamente podrían realizarse con efectivo, monedas y billetes.- Hoy en día, los cheques, tarjetas de crédito, tarjetas de débito, etc constituyen medios o instrumentos de pago y, en casos especiales conforme a la ley, los CDR’s de allí que, calificamos de diminuto el entendimiento de la Sala al declarar fallido el pago porque debe pagarse “dólares”, dando a entender que el pago solamente podía hacerse con monedas o billetes ya que es evidente que no se lo ha hecho en euros, ni en pesos ni en ninguna otra especie que no sea la de legal circulación”.- **3.3.-** En el considerando CUARTO de la sentencia impugnada el Tribunal ad quem expresa: “En la contestación a la demanda el demandado expresa que no tiene obligación de recibir los CDR’s ofrecidos. Y, revisado el proceso se encuentra que la última reprogramación del crédito del actor tiene fecha 29 de agosto del 2000, por lo que esta obligación sale como se aprecia diáfananamente de los alcances del decreto en relación. Por otra parte, la consignación implica “el depósito de la cosa que se debe” como prescribe el Art. 1642 del C. Civil; y si el actor pidió y recibió dólares como dice en su demanda debe cancelar su crédito en dólares. No procede por todos estos motivos el pago por consignación que ha intentado; pues que el documento con el cual se pretende pagar lo que debe el actor debe al Banco demandado, no es aceptable legalmente conforme queda anotado”. Respecto al cargo en relación la Sala hace el siguiente análisis: **3.4.-** El decreto 1492 (R.O. 320, 17 de noviembre de 1999) establece la posibilidad de cancelar obligaciones para con las instituciones financieras conforme a las normas para los siguientes casos: **Primero.-** Los deudores de las instituciones financieras emitentes de certificados de depósitos reprogramados y de las integrantes del grupo financiero pueden cancelar las obligaciones por vencer y vencidas, mediante la entrega de estos certificados y bajo las siguientes reglas: a) Los certificados pueden estar amparados o no por la garantía de depósito prevista en la ley; b) Los certificados deberán ser recibidos a su valor nominal; c) Se podrán cancelar obligaciones por vencer y vencidas, incluyendo intereses y otros recargos de los deudores de las instituciones financieras emitentes y de los integrantes del grupo; d) Los certificados podrán estar emitidos a nombre del titular del pasivo o endosado o

transferido a nombre de la persona que solicita la cancelación.- **Segundo.-** Los deudores de instituciones financieras podrán cancelar obligaciones con certificados de depósito reprogramados por la misma acreedora u otra institución financiera, incluyendo lo de las entidades off-shore, al amparo de las siguientes reglas: a) Los certificados deben estar amparados por la garantía de depósitos de acuerdo con la ley; b) Los certificados deberán ser obligatoriamente recibidos por las instituciones financieras privadas y por la Corporación Financiera Nacional; c) Con los certificados se podrá cancelar la totalidad o parte del capital de las obligaciones, por vencer y vencidas, incluyendo intereses y otras recargas; d) Se podrá cancelar obligaciones concedidas hasta el 31 de julio de 1999; e) Los certificados se recibirán a valor nominal, incluyendo los intereses devengados y no pagados a la fecha de la transacción; f) Podrán estar emitidos a nombre del titular del pasivo o endosado o transferido a nombre de la persona que solicita la cancelación.- **Tercero.-** Cuando los certificados de depósito reprogramados no se encuentren cubiertos por la garantía de depósitos, rigen las siguientes reglas: a) Las instituciones financieras, sus entidades off-shore y las compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito tendrán la opción de recibir los certificados de depósito reprogramados de otra institución; b) Los certificados de depósito reprogramados se recibirán al valor libremente acordado entre las partes; c) se podrá cancelar la totalidad o parte del capital de las obligaciones, por vencer y vencidas, incluyendo intereses y otros recargos; d) Los certificados podrán estar emitidos a nombre del titular del pasivo o endosado o transferido a nombre de la persona que solicita la cancelación. En cuanto a la garantía de depósitos, el Art. 21 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera, dispone: “De la Garantía de Depósitos.- Respecto de las IFIs, que se encuentren sometidas al Procedimiento de Saneamiento, el Estado ecuatoriano garantiza el pago de la totalidad de los saldos de depósitos y otras captaciones, vigentes y por contratarse, con los correspondientes intereses calculados hasta el día anterior al inicio del Procedimiento de Saneamiento, de personas naturales y jurídicas domiciliadas en el país y en el extranjero, debidamente registrados en las IFIs y de las otras entidades integrantes del mismo grupo financiero, incluyendo las off-shore de las instituciones financieras nacionales, siempre que éstas estén autorizadas a captar depósitos del público en el país por la Superintendencia de Bancos. Se incluye además en esta garantía los créditos concedidos por entidades extranjeras no vinculadas con la IFI, para financiar comercio exterior, que estén debidamente instrumentados y registrados en dichos balances y cuyo buen fin sea comprobado por la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD).- Se excluye de lo dispuesto en este artículo a los depósitos que de conformidad con la resolución que expida la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), sean considerados como vinculados con accionistas y administradores de la IFI, los que tendrán el tratamiento previsto en la letra d) del artículo 24 de esta Ley, los relacionados con la cartera declarada como pérdida en cualquier IFI, así como los depósitos constituidos con infracción a las normas legales o reglamentarias, aquellos cuya tasa de interés se hubiere pactado en tres puntos porcentuales o más por encima del promedio ponderado de las tasas para operaciones pasivas de libre contratación, que publica semanalmente el Banco Central del Ecuador y

aquellas captaciones que no obstante su forma y denominación constituyan acreencias no depositarias”.-

**3.5.-** De conformidad con lo prescrito por el Art. 9 de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, “La moneda de curso legal es el medio de pago por excelencia”. Mas, esta misma ley admite otros medios de pago, como el cheque y otros medios convencionales como “los cheques de viajeros, las tarjetas de crédito y otros de similar naturaleza que determine el Directorio del Banco Central del Ecuador” (Art. 10, 13 ibidem).- Es decir que la moneda de curso legal no es el único medio de pago.- **3.6.-** Del análisis realizado en el número 3.4 de este fallo se establece que, según dispone el Decreto 1492, los deudores de las instituciones financieras pueden cancelar las obligaciones mediante la entrega de Certificados de Depósitos Reprogramados (CDR), de acuerdo a las reglas especificadas. Es decir que, los certificados de depósito reprogramados son un medio de pago de las obligaciones que determina el Decreto 1492. En el caso subjujice, el Ing. Carlos Heredia Fiallo, por el valor de U.S. \$ 5.000,00 que tiene en el Banco del Progreso S. A., éste le entrega un Certificado de Depósito a plazo reprogramado, que lo consigna para cancelar la obligación con el Banco M.M. Jaramillo Arteaga S. A.- **3.7.-** El Art. 1584 (Ex 1611) del Código Civil define al pago efectivo como “la prestación de lo que se debe” y, el Art 1585, inciso primero, (Ex 1612) ibidem regula la forma de hacerse el pago y establece que “El pago se hará, bajo todos los respectos, en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes”. El inciso segundo prescribe que “El acreedor no estará obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”.- De acuerdo a lo prescrito por el Art. 1614 del Código Civil “el pago es válido aún contra la voluntad del acreedor, mediante consignación”. **3.8.-** De lo expuesto se concluye que el pago realizado por el deudor mediante el Certificado de Depósito antes mencionado, se presume válido y goza de la garantía a la que se refiere el Art. 21 de la Ley de Reordenamiento Económico, y el acreedor estaba obligado a recibirlo en pago de la obligación, conforme las normas antes señaladas.- En tal virtud, esta Sala estima que se ha producido la infracción de aplicación indebida del actual Art. 1615 del Código Civil, que ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia, pues en base a tal razonamiento errado, el Tribunal ad quem negó la demanda; por lo que se acepta el cargo, sin que sea necesario analizar las demás causales acusadas por el recurrente. **CUARTA:** En consecuencia, procede casar la sentencia objeto del recurso y en aplicación de la norma contenida en el Art. 16 de la Ley de Casación, dictar en su reemplazo sentencia de mérito.- **4.1.** Como queda expresado, esta Sala es competente para conocer y resolver sobre la presente causa.- **4.2.-** En la sustanciación de la causa no se han violentado normas procesales sustanciales, por tanto, no existe nulidad que declarar.- **4.3.-** Comparece Carlos Heredia Fiallo, señalando su general ley, y dice que conforme ordenan los Arts. 1 y 2 del Decreto No. 1.492 publicado en el Registro Oficial No. 320 de 17 de noviembre de 1999, el cual acepta que los Certificados de Depósitos Reprogramados (CDR): “deberán ser recibidos a su valor nominal, para cancelar obligaciones por vencer o vencidas, incluyendo otros intereses y recargos, de los deudores de las instituciones financieras emitentes y de las integrantes del grupo...”; por lo que amparado en dichas disposiciones procede a depositar en consignación y pago



un CDR, del Banco del Progreso, debidamente endosado a favor del Banco MM Jaramillo Arteaga S.A. por el valor total de U.S. \$ 6.210,00 que comprenden los cinco mil dólares americanos de capital y mil doscientos diez dólares de intereses devengados y no pagados, desde el 28 de abril de 1.999 hasta la fecha de presentación de la demanda; Certificado cuya numeración, emisor, fecha de vencimiento, valor nominal, intereses y totales obran de la liquidación que adjunta, habiendo una diferencia que deberá ser entregada al Asilo de Ancianos de Cristo Rey de la ciudad de Cuenca. Señala que el trámite que debe darse a la causa es el previsto en los Arts. 818 y siguientes de la Sección 20ª del Título II de la Sustanciación de Juicios del Código de Procedimiento Civil (actual Art. 807 del CPC) en concordancia con el Art. 1641 del Código Civil (actual 1614 del CC).- Antecedentes con los cuales comparece y solicita que el acreedor, Banco MM Jaramillo Arteaga se presente a recibir la cosa ofrecida en pago, bajo prevenciones de ley.- A fojas 14 y 15 del cuaderno de primer nivel, comparece Jorge Iván Alvarado Carrera, en calidad de Procurador Judicial del Banco MM Jaramillo Arteaga, manifestando su oposición al pago por consignación, por estimar que el Banco no está obligado a recibir el CDR presentado por el actor, ya que conforme al Decreto Ejecutivo 1492, publicado en el Registro Oficial No. 320 de 17 de noviembre de 1999, sólo están obligados a recibir certificados de depósitos reprogramados emitidos por la misma institución financiera y por las integrantes del mismo grupo financiero.- En virtud de la oposición del acreedor a recibir la oferta de pago, se ha procedido a sustanciar la causa en la vía ordinaria, conforme lo dispone la parte final del Art. 810 del Código de Procedimiento Civil.- El Banco MM Jaramillo Arteaga propone las siguientes excepciones: a) Improcedencia de la demanda por cuanto no existe norma legal que ordene a las instituciones del sistema financiero a recibir y aceptar como medio de pago de las obligaciones pendientes, Certificados de Depósito Reprogramados (CDR) como pretende el actor; b) Inexistencia del derecho por parte del actor ya que como se desprende del Decreto Ejecutivo No. 1492, R.O. No. 320 de 17 de noviembre de 1999 “Los certificados de depósito reprogramados emitidos por la misma institución financiera y por las integrantes del mismo grupo financiero.... Deberán ser recibidos a su valor nominal...”. Que la obligación de recibir los mentados certificados está dirigida únicamente a la misma institución financiera que los emitió, o a las que integran el mismo grupo financiero, entendido por tales las que se definen en el Art. 57 y siguientes de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; c) Que de igual forma la Resolución de la Superintendencia de Bancos del Ecuador No. SB-99-0262 R.O. 229 de 30 de noviembre de 1999, en el Art. 1, igualmente dispone que las instituciones del sistema financiero recibirán sus propios certificados de depósito reprogramados a su valor nominal, para cancelar las obligaciones vencidas o por vencer; y, d) Abuso de derecho por parte del actor al pretender beneficiarse de una figura jurídica que no es aplicable al Banco MM Jaramillo Arteaga S.A., ya que se trata de un Certificado emitido por el Banco del Progreso, el mismo que es un Banco cerrado, siendo éste o las instituciones financieras vinculas al mismo, las obligadas a recibir el certificado.- La Jueza Séptima de lo Civil de Azuay en sentencia pronunciada en 27 de febrero del 2003, a las 09h00, resuelve declarar sin lugar la demanda; fallo que es apelado por el actor, correspondiendo su conocimiento en

segunda instancia a la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, el mismo que es motivo de casación.- **4.4.-** De conformidad con lo dispuesto en el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, es obligación del actor probar los hechos propuestos afirmativamente en el juicio y del demandado probar su negativa si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, derecho o calidad de la cosa que se litiga; además, conforme al art. 115 del mismo Código, esta Sala está en la obligación de valorar la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica y de expresar en su fallo la valoración de todas las pruebas actuadas en el proceso.- En la causa, se han solicitado y actuado las siguientes diligencias probatorias: Por la parte actora, en escrito de fojas 23 y 23 vta. del cuaderno de primer nivel: a) Que se reproduzca y se tenga como prueba de su parte el texto de su demanda y el Certificado de Depósito Reprogramado que adjuntó a la misma (fs. 5 y 6); b) Que se oficie a la Superintendencia de Compañías a fin de que certifique sobre lo siguiente: 1) Si el Banco MM Jaramillo Arteaga S.A. es una institución financiera que puede operar en el Ecuador. 2) Fecha y Resolución en que la sociedad financiera MM Jaramillo Arteaga se constituyó en Banco. c) Se oficie a la Corporación Financiera Nacional para que certifique: 1) EL saldo deudor de MM Jaramillo Arteaga a la Corporación Financiera Nacional al 31 de noviembre de 1999. 2) el saldo deudor de MM Jaramillo Arteaga a la Corporación Financiera Nacional al 15 de enero del 2002. d) Se oficie al Decano de la Facultad de Administración de Empresas de la Universidad de Azuay a que designe uno de los profesores de Matemáticas Financieras para que determine la existencia de anatocismo en el período de gracia de la tabla de amortización que se adjunta. e) Se oficie al Decano de la Facultad de Economía de la Universidad Estatal de Cuenca a que designe a uno de los profesores de Matemáticas Financieras de la Escuela de Administración de Empresas a fin de que determine la existencia de anatocismo en el período de gracia en la tabla de amortización que adjunta. (fs. 57, 60, 82 a 85 y 88 a 90).- f) Que se disponga que el Banco demandado presente copia certificada de: 1) El contrato, convenio o acuerdo de reprogramación de pasivos menores a USD \$ 50.000,00 suscrito entre el actor y el demandado: 2) La tabla de amortización que se generó a la suscripción de dicho convenio, así como la tabla de amortización reformativa que hizo por el pago anticipado que hizo al capital (fs. 45 a 47).- g) Que se reproduzca la liquidación del préstamo reprogramado elaborado por el demandado y que fue presentada con la demanda de pago por consignación. (fs. 31 y 32).- En escrito de fojas 36 del cuaderno de primera instancia: a) Que se tenga como prueba a su favor la tabla de amortización que adjunta, como prueba del anatocismo.- En escrito de fojas 40 y 41 del cuaderno de primer nivel, insiste en la prueba formulada en el cinco de su anterior escrito de prueba y que fue negada por la jueza; así como en la falta de representación del procurador judicial del Banco MM Jaramillo Arteaga S.A.- La parte demandada, en escrito de fojas 37 del cuaderno de primera instancia solicita que se reproduzca a su favor todo cuanto de autos le fuere favorable. **QUINTO.-** El asunto sometido a controversia y sobre lo que debe resolver este Tribunal es si la consignación en pago de una deuda hecha por el actor; Carlos Heredia Fiallos, mediante la entrega y endoso a favor del acreedor y demandado Banco MM Jaramillo Arteaga S.A., de un Certificado de Depósito Reprogramado CDR, emitido por el

Banco del Progreso, por el valor total de U.S. \$ 6.210,00 que comprenden los cinco mil dólares americanos de capital y mil doscientos diez dólares de intereses devengados y no pagados, desde el 28 de abril de 1.999 hasta la fecha de presentación de la demanda, es una forma de pago admisible o no como medio para extinguir la obligación, considerando la oposición del acreedor a recibir tal documento.- **5.1.-** La consignación es una modalidad de pago que consiste en “el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona” (Art. 1615 ibídem). Para la doctrina el deudor puede verse constreñido a recurrir a la consignación en los siguientes casos: a) Ante la negativa lisa y llana del acreedor a recibir el pago; b) Por la no comparecencia del acreedor a no recibir el pago en el lugar y momento que corresponda; c) Cuando existe incertidumbre respecto de la persona del acreedor (René Abeliuk M. (2001) Las obligaciones, Tomo II, Santiago Editorial Jurídica de Chile, p. p. 579-580).- El procedimiento para el pago por consignación tiene dos etapas: la oferta y la consignación. Según dispone el Art. 1616 del Código Civil, la oferta debe cumplir los siguientes requisitos de fondo: 1) Capacidad de pagar y recibir el pago: La consignación debe ser hecha por una persona capaz de pagar; y, debe ser hecha al acreedor, siendo éste capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante.- 2) Lugar de pago: Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido.- 3) Oportunidad: “Que si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición”.- Así mismo, la oferta debe cumplir los siguientes requisitos de forma o procedimiento: a) El deudor debe poner “en manos del juez una minuta de lo que se debe, con los intereses vencidos, si los hubiere, y los demás cargos líquidos, comprendiendo en ella una descripción individual de la cosa ofrecida”. (Art. 1616, numeral 5 C.C.).- b) “El juez mandará que el acreedor se presente a recibir la cosa ofrecida, dentro del tercer día, a la hora que se le designe”. (Art. 1617 C.C. y 807 C.P.C.). Una vez citado el acreedor con la oferta se pueden presentar dos situaciones: 1) Que comparezca y acepte la oferta, en cuyo caso se le entregará la cosa sentándose el acta correspondiente y quedará cumplido el juicio (Art. 1617, inciso segundo, C.C.). 2) Que el acreedor no comparezca o se oponga por cualquier motivo a la oferta, en cuyo caso “se hará el depósito en persona segura y de responsabilidad”, y se seguirá el siguiente trámite: a) “Hecho el depósito, se notificará al acreedor, con intimación de que reciba, dentro de dos días, la cosa consignada” Art. 809 C.P.C.; b) Si el acreedor guarda silencio, se pronunciará sentencia, sin otra solemnidad, declarando hecho el pago y extinguida la deuda. (Art. 810 C.P.C.); c) Si el acreedor hace oposición, se sustanciará el juicio por la vía ordinaria, comenzando por dar traslado al demandado. Es decir que, el juicio de consignación tiene un trámite mixto: inicialmente tiene un trámite especial, y luego puede derivar en juicio ordinario; d) Si el deudor no comparece en el día y hora señalado para que el acreedor se presente, o no consigna la cosa ofrecida, se le condenará en costas y en los gastos de la comparecencia del acreedor. (Art. 811 C.P.C.); e) Si el acreedor está ausente del lugar en que debe hacerse el pago, y no tiene allí legítimo representante, las diligencias para que se presenten acuerdos a recibir la cosa ofrecida y luego la cosa consignada, se entenderán con uno de los agentes fiscales, previa información sumaria de la ausencia y de la

falta de representante. (Art. 812 C.P.C., Art. 1619 C.C.).- De conformidad con lo prescrito en el Art. 1621 del Código Civil, “El efecto de la consignación válida es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses, y eximir el peligro de la cosa al deudor; todo desde el día de la consignación”. - **5.2.-** El documento Certificado Reprogramado de Depósito CDR presentando por el deudor actor en esta causa, en pago de la obligación mantenida con la parte demandada, el Banco MM Jaramillo Arteaga S.A., es un medio idóneo para la cancelación de esa deuda, conforme lo previsto en el Decreto No. 1492, promulgado en el Registro Oficial No. 320 de 17 de noviembre de 1999 y sus reformas, en los Arts. 1584, 1585, inciso primero y 1615 del Código Civil; y en el Art. 9 de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, de acuerdo al análisis realizado por esta Sala en los numerales 3.4, 3.5, 3.6 y 3.7 del considerando Tercero de este fallo; por lo que carece de sustento la oposición presentada por el acreedor Banco MM Jaramillo Arteaga S.A., pues no se ha demostrado que el Certificado consignado en pago, no tenga o esté exento de la garantía que por Ley, confiere la Agencia de Garantía de Depósitos; aspecto este último que no fue materia de las excepciones planteadas por el demandado.- Respecto de la prueba actuada, esta Sala estima que con el certificado antes indicado se ha demostrado la validez de la consignación.- Se desestima la prueba, informes periciales y liquidaciones sobre un supuesto anatocismo, por no ser este asunto materia del litigio.- Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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 dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, y en su lugar dicta sentencia de mérito, aceptando la demanda, se declara hecho el pago y extinguida la deuda, acorde la liquidación de la misma que se hará practicar por medio de peritos. De existir un remanente, este será entregado al deudor.- Entréguese al recurrente la caución depositada.- En quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica se fijan los honorarios del Abogado Defensor del actor.- Sin costas, ni multas.- Se encuentra actuando el abogado Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente de esta Sala, según encargo efectuado por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, constante en el oficio No. 470-SG-SLL-2011, de 23 de marzo de 2011, por licencia del Juez Titular, doctor Galo Martínez Pinto. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales, Ab. Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.

#### CERTIFICO:

Que las nueve (9) copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 055-2004 SDP ex 2ª. Sala (Resolución No. 159-2011) que, sigue Carlos Heredia Fiallo contra Banco MM Jaramillo Arteaga.- Quito, 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

No. 162-2011

**Juicio:** 478-2010 WG.

**Actora:** Esther Francisca Espinoza Powell.

**Demandado:** José Arquímedes Viñan Chamba.

**Juez Ponente:** Dr. Carlos Ramírez Romero.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito a, 29 de marzo de 2011; las 09h20.

**VISTOS:-** (Juicio No. 478-2010) Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, la actora, Esther Francisca Espinoza Powell, interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Laboral, Adolescencia y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, que confirma el fallo del Juez de primer nivel que rechaza la demanda, en el juicio ordinario que, por nulidad de sentencia, sigue en contra de José Arquímedes Viñan Chamba. El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 6 de octubre de 2010, las 14h40, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. **SEGUNDA.-** El casacionista funda el recurso en las siguientes causales y vicios que determina el Art. 3 de la Ley de Casación: **2.1.** En la causal primera, por falta de aplicación de los Arts. 180 y 299 del Código Civil; y, del Art. 82 de la Constitución de la República. **2.2.** En la causal segunda, por “aplicación indebida de normas procesales que han provocado indefensión”. **2.3.** En la causal cuarta, por: “resolución en la sentencia de lo que no es materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis”. En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el Art. 168.6 de la Constitución de la

República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** Por la supremacía de la Constitución se debe conocer en primer lugar el cargo por violación de normas constitucionales, que el casacionista plantea al amparo de la causal primera. **3.1.** El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir, no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se produce por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; es decir la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la norma no es aplicable al caso, es decir, la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia los subsume en una norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no les corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con los presupuestos fácticos y normativos del caso. El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; es decir que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos. Implica error en cuanto a la existencia de la norma. El vicio de errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley. La errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma es aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o restringiéndole el que realmente ostenta. Implica error en cuanto al verdadero sentido de la norma. **3.2.** La casacionista aduce

que se han infringido las disposiciones de los Arts. 1458 del Código Civil, relativo al que el contrato principal subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación de manera que no puede subsistir sin ella. El Art. 180 del mismo Código, el cual dispone que marido y mujer son, respecto de terceros, dueños de los bienes sociales, durante la sociedad conyugal, y los acreedores de esa sociedad podrán perseguir los bienes sociales, siempre que la obligación hubiere sido adquirida por los dos; y subsidiariamente, responderá con el patrimonio el cónyuge que se hubiere beneficiado. El Art. 280 del Código de Procedimiento Civil, respecto a que los jueces están en la obligación de suplir las omisiones de derecho en que hubieren incurrido las partes. El Art. 299 *ibidem*, numeral 2, relativa a la ilegitimidad de personería; y el Art. 82 de la Constitución relativo a la garantía de seguridad jurídica. Alega que la sentencia del Tribunal ad-quem no considera especialmente el hecho de que nunca ha girado letra de cambio alguna a favor de quien es demandado en la presente causa, por tanto, no estaba obligada a responder por ninguna obligación, por lo que existe falta de personería de la parte demandada en el juicio ejecutivo No. 255-2003 que se sustanció en el Juzgado Tercero de lo Civil de El Oro. **3.3.** Al respecto se debe considerar que el Tribunal ad quem negó el recurso de apelación formulado por la actora bajo el criterio de que no procede solicitar la nulidad de sentencia ejecutoriada dictada dentro de un juicio ejecutivo; y cualquier impugnación a esa sentencia deberá hacerse conforme lo dispuesto en el Art. 448 del Código de Procedimiento Civil, criterio que se sustenta en fallos de triple reiteración de la ex Corte Suprema de Justicia (Primera Sala). Sobre este tema, esta Sala de la Corte Nacional de Justicia, ha señalado su criterio, aclarando su posición respecto de la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada, cuando tal sentencia ha sido expedida dentro de un proceso ejecutivo. La ex Corte Suprema de Justicia, sostuvo el criterio de que: *“Cualquier impugnación de la sentencia dictada en juicio ejecutivo debe hacerse en juicio separado con arreglo al artículo 458 del Código de Procedimiento Civil (actual 448), y no mediante acción de nulidad de sentencia prevista en el artículo 302 del mismo Código.”* (Resolución No. 250-1998, juicio No. 59-1997, R. O. No. 319 de 18 de mayo de 1998; Resolución No. 146-2000, juicio No. 100-1999, R.O. No. 65 de 26 de abril del 2000; y, Resolución No. 36-2001, juicio No. 88-1998, R. O. No. 289 de 21 de marzo del 2001. Para esta Sala tal criterio no puede ni debe ser asumido como único, definitivo y aplicable a todos los casos. El Art. 448 del Código de Procedimiento Civil contempla la posibilidad de que el deudor vencido en juicio ejecutivo exprese su intención de ejercer acción en juicio ordinario, en el que no se admitirán excepciones que ya fueron materia de la sentencia en el proceso ejecutivo, acción que deberá ser ejercida dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se verificó el pago y que una vez iniciada no podrá suspenderse por un tiempo mayor a ese plazo, eventos en el que quedará prescrita la acción y se mandará a cancelar la fianza. Estas son las únicas condiciones que impone la ley para intentar la acción ordinaria, una de fondo, como es la exigencia de que la acción ordinaria solo puede sustentarse en aspectos de hecho o de derecho que no fueron ya discutidos como excepciones dentro del juicio ejecutivo, y otra de tipo formal, cuando establece un plazo para iniciar la acción o que esta no se suspenda más allá del mismo. Así tenemos

que en el juicio ordinario cabe formular cualquiera de las excepciones dilatorias o perentorias que determina la ley, con la única limitación antes indicada (que no hayan sido materia del juicio ejecutivo). Entonces las excepciones en el juicio ordinario pueden versar sobre la existencia misma de la obligación, como en el caso de falta de provisión de los fondos que sustentan la acción ejecutiva, o que la obligación fue ya cancelada total o parcialmente, o sobre cualquiera de los otros modos de extinción de las obligaciones (prescripción, novación, confusión etc.) o sobre la validez misma de título ejecutivo o sobre la potestad o facultad del actor para demandar o de demandado para comparecer a juicio como legítimo contradictor; es decir, que la acción ordinaria a la que se refiere el Art. 448 del Código de Procedimiento Civil no está limitada exclusivamente a los casos de validez procesal. Por otra parte, en el juicio ordinario de nulidad de sentencia ejecutoriada pero no ejecutada, a la que se refiere el Art. 299 del mencionado Código, aquella, a más de constituir una excepción a la institución de la cosa juzgada, es una acción de carácter general, que engloba a toda clase de juicios (ordinarios, verbal sumarios, ejecutivos, sumarios especiales) pues mira a la validez misma del proceso y está vinculada a las garantías básicas constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica y solo procede en tres casos: a) Por falta de jurisdicción o por incompetencia del juez que la dictó; b) Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio; y, c) Por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido terminado en rebeldía. Tratándose de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, el deudor vencido no puede estar limitado a las condiciones previstas en el Art. 448 del Código de Procedimiento Civil para intentar la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada, ya que en tal caso el deudor vencido está en indefensión y sin oportunidad de acceder al órgano judicial para que se corrija esta situación. Otro caso es el de las obligaciones ejecutivas de hacer, pues, si bien, cuando se trata de juicios ejecutivos que contienen una obligación de dar en dinero, es aplicable la disposición del Art. 448 del Código de Procedimiento Civil, ya que tal norma dice: *“El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y a satisfacción del juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene la intención de intentar la vía ordinaria...”*. Claramente se aprecia que la norma parte del supuesto de una sentencia condenatoria en juicio ejecutivo de pagar determinada cantidad de dinero, que empero no podrá ser cobrada por el acreedor y actor en la causa ejecutiva, sin antes rendir fianza, partiendo naturalmente del supuesto de que el deudor ha consignado la cantidad de dinero ordenada a pagar en la sentencia, o también puede pedir que el dinero quede depositado mientras se tramita el juicio ordinario. Empero, no sucede lo mismo en el caso de los juicios ejecutivos que contengan la obligación de hacer y no fuere posible fijar una indemnización por el incumplimiento, como en el presente asunto, que se trata del otorgamiento de una escritura pública definitiva de compraventa; pues cuando la obligación que se persigue mediante el juicio ejecutivo es la de hacer determinada cosa insustituible por una indemnización, no cabe que el acreedor rinda fianza previamente a ser pagado o que solicite que lo pagado quede depositado en el juzgado mientras dure el juicio ordinario. En este evento, el deudor que pretende seguir juicio de nulidad de sentencia

ejecutoriada perdería tal derecho si se le conmina a intentar tal acción solo bajo el supuesto procesal previsto en el Art. 448 del Código de Procedimiento Civil, lo que no es posible pues no se trata de una obligación de dar dinero. Para tales casos estimamos que el deudor que decida ejercer la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada dentro de un juicio ejecutivo (obligación de hacer), puede perfectamente intentar su acción al amparo de los Arts. 299 y 300 del citado Código. En consecuencia, esta Sala considera que procede el juicio de nulidad de sentencia ejecutoriada en juicio ejecutivo sin que obligatoriamente se deba fundamentar en el Art. 448 del Código de Procedimiento Civil, todo ello en el ejercicio pleno de las garantías consagradas en los Arts. 75, 76, 82 y 169 de la Constitución de la República, así como en la obligación de los jueces de aplicar la norma constitucional garantista de derechos, acorde a lo establecido en los Arts. 172 y 426 de la misma Constitución. (Ver Resolución No. 341-2010, de 25 de mayo del 2010, juicio 197-2007-ex 3era Sala Cevallos-Uchubanda).

**3.4.** Aclarado este punto, en la especie tenemos que el Art. 299 del Código de Procedimiento Civil, establece tres causales de nulidad de sentencia ejecutoriada y no ejecutada: 1) Por falta de jurisdicción o por incompetencia del juez que la dictó. 2) Por ilegitimidad de personaría de cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio. 3) Por no haberse citado al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. La recurrente alega no haber sido deudora en el juicio ejecutivo y por tanto no estar obligada a cumplir ninguna obligación originada en la letra de cambio fundamento de ese proceso, por lo que alude existiría falta de personería en ese proceso. Tal afirmación se refiere más bien a la falta de legítimo contradictor o de legitimación en la causa, que no está completado dentro de los motivos de nulidad a los que alude el citado artículo, por la simple razón de que si no se demandó en juicio a quien estaba legalmente llamado a contradecir la demanda y a pesar de aquello el juez dictó sentencia de fondo, tal fallo no va a surtir efectos para esta persona, toda vez que de acuerdo con el Art. 297 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias ejecutoriadas surten efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o sus sucesores en el derecho. Tampoco constituye incumplimiento de la solemnidad sustancial contemplada en el numeral 3 del Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, pues aquella solemnidad se refiere a “legitimidad de personería” esto es, capacidad legal para comparecer a juicio (*legitimitas ad procesum*) que es diferente a la legitimación en la causa (*legitimitas ad causam*). Las normas que cita la recurrente como infringidas relativas a los contratos u obligaciones accesorias (Art. 1458 C.C.), así como de la administración y obligaciones de la sociedad conyugal (Art. 180 C.C.), no corresponden al caso que se juzga, pues la accionante y ahora recurrente debió demostrar la existencia de alguna de las causales de nulidad de sentencia ejecutoriada a las que nos hemos referido anteriormente. En cuanto al derecho constitucional a la seguridad jurídica, contemplado en el Art. 82 de la Constitución, el cual se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes; la recurrente no fundamenta su acusación, esto es, no explica los motivos por los que, a su criterio, se ha violentado este derecho, es decir, que en su caso no se han aplicado normas previas o públicas, o que los jueces no eran los competentes para conocer y resolver su

reclamación. Por lo expuesto, se desecha la acusación formulada con sustento en la causal primera de casación.

**CUARTO.-** La recurrente también fundamenta su recurso en la causal segunda de casación. **4.1.** El vicio que configura la causal segunda es la violación de las normas procesales que producen el efecto de nulidad procesal insanable o provoca indefensión al agraviado; violación que puede producirse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. La violación de las normas procesales previstas en los Arts 344, 346, 1014 del Código de Procedimiento Civil configuran esta causal. En conclusión, son requisitos para que estos vicios configuren la causal segunda de casación: a) Que la violación produzca nulidad insanable o indefensión; b) Que el vicio este contemplado en la Ley como causa de nulidad (principio de especificidad); e) Que los vicios hubiesen influido en la decisión de la causa (principio de trascendencia); y, d) Que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. **4.2.** La casacionista no es clara al proponer su acusación, pues dice que ha existido: “aplicación indebida de normas procesales que han provocado indefensión...”; pero no especifica cuáles son esas normas procesales, que necesariamente deben ser referidas a las disposiciones mencionadas en el numeral anterior, y mucho menos explica cómo y por qué se le ha dejado en un estado de “indefensión”; debiendo aclarar que si se refiere a la existencia de una “falta de personería”, este aspecto fue ya analizado en el numeral anterior. Por lo expuesto, se rechaza también la acusación con cargo en la causal segunda de casación. **QUINTA.-** Finalmente, se analiza el cargo sustentado en la causal cuarta de casación. **5.1.** Esta causal corresponde a: “Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis”. Esta causal recoge los vicios que en doctrina se conocen como de extra petita, cuando el juez concede algo que no fue materia de la litis; citra o mínima petita, cuando se ha dejado de resolver alguno de los asuntos que formaron parte del litigio; y, ultra petita cuando el juez otorga más de lo que le fue solicitado; vicios que proceden de la inconsonancia o incongruencia que resulta de comparar la parte resolutive del fallo con los asuntos materia de la litis, establecidos con lo que se solicita en la demanda y las excepciones propuestas. **5.2.** La recurrente solo menciona esta causal, pero no la sustenta, dice que no se han resuelto todos los puntos de la litis y que existe resolución de la sentencia de lo que no fue materia del litigio (dos acusaciones), pero no especifica en qué ha consistido cada una de tales infracciones, es decir, que es lo que no debió resolverse, por no ser materia del litigio y sin embargo se resolvió; así mismo, qué puntos que fueron parte del litigio no se resolvieron. Consecuentemente, también se desecha la acusación por la causal cuarta de casación. Por la motivación expresada, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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**”, no casa la sentencia de la Sala de lo Civil, Mercantil, Laboral, Adolescencia y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, materia del recurso de casación. Se encuentra actuando el abogado Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente de esta Sala, según encargo efectuado por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, constante en el oficio No. 470-SG-

SLL-2011, de 23 de marzo de 2011, por licencia del Juez Titular, doctor Galo Martínez Pinto. Sin costas ni multas. Léase, notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales y Abg. Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente.

Certifico: f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

En Quito, a veinte y nueve de marzo del año dos mil once, a partir de las quince horas oficio con la vista en relación y resolución anteriores a ESTHER FRANCISCA ESPINOZA POWELL, en el casillero judicial No. 5231; y, a JOSÉ ARQUIMIDES VIÑAN CHAMBA en el casillero judicial No. 1725.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las cinco (5) fotocopias que anteceden son iguales a sus originales tomadas del Juicio No. 478-2010 WG (Resolución No. 162-2011) que sigue Esther Francisca Espinoza Powell contra José Arquímedes Viñan Chamba. Quito, 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

#### No. 165-2011

**Juicio:** 115-2005 es 2ª Sala B.T.R.

**Actor:** Doctor Galo Martínez V., en calidad de procurador judicial de Ricardo Villacís Valles.

**Demandado:** Sócrates Viteri Estévez.

**Juez Ponente:** Doctor Carlos Ramírez Romero.

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, marzo 29 de 2011; las 11h40.

VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544, de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4, literales a) y b), del apartado IV, DECISIÓN, de la Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional, el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479, de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados, el día 17 de diciembre del año que precede, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la Resolución Sustitutiva aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los artículos 184, numeral 1 de la Constitución de

la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, el demandado, Sócrates Viteri Estévez, interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ibarra, dictada el 4 de marzo de 2001, las 09h15, que confirma la sentencia del Juez de primer nivel, que admitió la demanda de cumplimiento de contrato de compraventa, en el juicio ordinario seguido en su contra por el doctor Galo Martínez V., en calidad de procurador judicial de Ricardo Villacís Valles. El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: PRIMERA.- La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala competente mediante auto de 2 de marzo de 2006, las 15h40, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el artículo 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. SEGUNDA.- El casacionista funda el recurso en la causal cuarta de casación por haber resuelto un asunto que no fue materia de la litis y también por dejar de resolver asuntos que sí fueron materia de la litis. En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el artículo 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. TERCERA.- Corresponde analizar el único cargo formulado por la causal cuarta de casación. 3.1. La causal cuarta se configura por "Resolución en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis". Los vicios que configuran la causal cuarta son relativos a la inconsonancia o incongruencia resultante de la comparación entre la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones deducidas. Es decir que, los vicios que tipifican a la causal cuarta afectan al principio de congruencia, que consiste en la concordancia que debe haber entre las pretensiones de la demanda, los medios de defensa o contrademanda deducidos por la parte demanda, y la resolución del juez, a lo que la doctrina y jurisprudencia llama congruencia externa; y, la interna, que consiste en la concordancia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia. El principio de la congruencia delimita el contenido de la sentencia en cuanto ésta debe pronunciarse de acuerdo con el alcance de las pretensiones, impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a fin de que exista identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia, que es un error de procedimiento o vicio de actividad, puede tener tres formas o aspectos: 1) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); 2) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido, es decir se decide sobre puntos que no son objeto del litigio (extra petita); la justicia civil se rige por el principio dispositivo y en consecuencia los jueces y tribunales al resolver deben atenerse a los puntos materia de la litis. Es decir que, en la demanda y en la contestación a la demanda se fijan definitivamente los términos del debate y el alcance de la sentencia; 3) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra o mínima petita); por lo tanto, para analizar si existe uno de esos vicios habría que hacer una confrontación entre lo demandado, las excepciones presentadas y lo resuelto en sentencia. Para que la causal

tenga lugar se requiere: a) Que se haya trabado la litis; y, b) Que exista resolución en sentencia o auto. Para que los cargos por la causal cuarta procedan, el escrito de casación debe contener: 1. El señalamiento de los puntos que configuran el objeto del litigio, refiriéndose a las pretensiones de la demanda o reconvención, a las excepciones y a las conclusiones del fallo; 2. La concreción del punto o puntos que se han resuelto sin ser parte del litigio (extra petita), o de la cuestión o cuestiones que se han resuelto en demasía o más allá de lo pedido (ultra petita), o la especificación de los aspectos que no se han resuelto habiendo sido parte del litigio (citra petita); y, 3. La determinación de la norma o normas jurídicas infringidas con los antes referidos vicios. La causal cuarta se configura por vicios que se refieren al objeto del litigio. 3.2. El recurrente manifiesta que la sentencia se sustenta en un asunto que no fue materia de la litis y por cuanto tampoco resuelve los puntos de la litis, esto es, que se realiza el reconocimiento de firma y rúbrica del contrato por parte del actor, Ricardo Villacís Valles, habiendo estado fuera del país, el 16 de octubre de 2001, fecha en la que el Notario Quinto Interino del cantón Ibarra, solemniza la presencia física de quien demanda. Que solicitó se declare la nulidad del contrato porque el actor retorna al Ecuador el 20 de febrero de 2003 y sale con destino a España el 31 de marzo del mismo año, permaneciendo en el país apenas cuarenta días. Que el actor reconoce su firma y rúbrica en el contrato el 16 de octubre de 2001 en la Notaría Quinta del cantón Ibarra, estando fuera del país, sin embargo, el juzgador reconoce esta anomalía, pero con la salvedad de que si se encuentra perjudicado, debe realizar su reclamo mediante otra acción, cuando el juzgador debió analizar esta anomalía y declarar la nulidad del contrato, como lo ha solicitado al contestar la demanda y proponer la excepción la nulidad del contrato de compraventa y por el que se le quiere imponer una obligación inexistente, ya que en ningún momento, actor y demandando han comparecido a reconocer sus firmas y rúbricas en la indicada Notaría. Que solicitó se declare la inejecutabilidad de la obligación, pero este punto no ha sido tratado; que la sentencia es contradictoria porque en una parte manifiesta que el Notario tiene la facultad de reconocer las firmas en un contrato y en otra se le deja en libertad de seguir las acciones pertinentes contra el Notario. 3.3. Para determinar si se configura la infracción por la causal cuarta de casación, en este caso la omisión de resolver alguno de los puntos que fueron materia de la litis (citra o mínima petita) y la de resolver asuntos que no fueron materia de la litis (ultra petita), es necesario establecer cuáles fueron los aspectos materia de juzgamiento en esta causa, esto es, entre el asunto, cosa, cantidad o hecho que es la petición constante en la demanda (artículo 66 del Código de Procedimiento Civil) y las excepciones que en contraposición propuso el demandando (artículo 99 ibidem), para luego compararlas con aquello que ha sido resuelto en la sentencia, conforme la obligación prevista en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. 3.4. En el presente caso tenemos que el actor, Ricardo Villacís Valles, por intermedio de su procurador judicial, doctor Galo Martínez V., demandó el pago de la cantidad de cinco mil dólares americanos que se adeuda como producto de la negociación de la venta de maquinaria constante en el contrato que acompaña a la demanda, obligación de pago que se halla vencida, reclamando el capital más el interés legal del 13% hasta la cancelación de la deuda. El demandado, Sócrates Viteri Estévez, al contestar la

demanda, ha propuesto las siguientes excepciones: a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; b) Inejecutabilidad de la obligación; c) Nulidad del contrato de compraventa, por no haber comparecido ni el actor ni el demandado a reconocer sus firmas y rúbricas; d) Nulidad del proceso. El Juez de primera instancia en su sentencia de 6 de abril de 2004, las 10h09, declaró con lugar la demanda para el pago del saldo adeudado por la venta de la maquinaria, sin lugar a intereses ni frutos ni otros accesorios; en tanto que la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ibarra, confirmó el fallo de primera instancia, por las razones que constan en sus considerados. Del análisis de estos elementos, es decir aquello que fue objeto de la demanda y las excepciones propuestas por el demandado, se determina que efectivamente los juzgadores resolvieron los asuntos que fueron materia de la litis, pues respecto de la pretensión del demandado que se declare la nulidad del contrato de compraventa, existe un pronunciamiento expreso por parte del Tribunal ad quem al señalar que tal reclamación la debe hacer el demandado mediante la acción pertinente que le faculta la ley; y, respecto a que no se pronunció sobre la excepción de inejecutabilidad de la acción, es evidente que al admitir la demanda, el juzgador desechó tal excepción; por tanto, no se advierte la omisión de resolver los puntos que el demandado y recurrente acusa en su recurso de casación. Finalmente, el casacionista dice que en la sentencia se resolvieron aspectos que no fueron materia de la litis, pero no especifica a qué asuntos se refiere, no dice qué puntos no fueron parte del litigio que sin embargo el juez resolvió, es decir, solamente formula la acusación pero no la sustenta y del análisis que esta Sala ha hecho sobre los aspectos materia de la litis, no encuentra que exista tal infracción. Por lo expuesto, se desecha el cargo. Por las motivaciones que anteceden, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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, no casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ibarra, dictada el 4 de marzo de 2001, las 09h15. Sin costas ni honorarios que fijar. Se encuentra actuando el abogado Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente de esta Sala, según encargo efectuado por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, constante en el oficio No. 470-SG-SLL-2011, de 23 de marzo de 2011, por licencia del Juez Titular, doctor Galo Martínez Pinto. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales y Ab. Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente.

Certifico.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

#### CERTIFICO:

Que las tres copias que anteceden, son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio ordinario No. 115-2005 ex 2ª Sala B.T.R. (Resolución No. 165-2011), que sigue Galo Martínez V., en calidad de procurador judicial de Ricardo Villacís Valles contra Sócrates Viteri Estévez.- Quito, abril 28 de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

No. 169-2011

**Juicio:** 79-2005 es 2ª Sala B.T.R.

**Actora:** Miriam Guillén Guamán.

**Demandado:** Francisco Buenaño Gaibor.

**Juez Ponente:** Doctor Carlos Ramírez Romero.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**  
**SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, marzo 31 de 2011; las 09h35.

VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los artículos 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, el demandado, Francisco Buenaño Gaibor, interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja (Sucumbíos), con fecha 21 de octubre de 2004, las 11h20, que confirma el fallo del Juez de primer nivel que rechaza la demanda, en el juicio verbal sumario que, por divorcio, sigue en su contra Miriam Guillén Guamán. El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: PRIMERA.- La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso, mediante auto de 7 de marzo de 2006, las 08h30, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el artículo 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. SEGUNDA.- El casacionista funda el recurso en las siguientes causales y vicios que determina el artículo 3 de la Ley de Casación: 2.1. En la causal primera, por la aplicación indebida de los artículos 109, causales tercera y cuarta del Código Civil (artículo 110 de la actual Codificación) y del inciso segundo del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil (artículo 115 de la actual Codificación). 2.2. En la causal tercera, por errónea interpretación de los artículos 121 del Código Civil y 117 del Código de Procedimiento Civil (artículo 113 de la actual Codificación). En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el artículo 168.6 de la

Constitución de la República y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. TERCERA.- Corresponde en primer término analizar los cargos sustentados en la causal tercera de casación. 3.1. La causal tercera de casación, procede por: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”*. Para la procedencia de esta causal, que en doctrina se la conoce como de violación indirecta de la norma, es necesario que se hallen reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) La indicación de la norma (s) de valoración de la prueba que a criterio del recurrente ha sido violentada; b) La forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) La indicación del medio de prueba en que se produjo la infracción; d) La infracción de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) Una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material. 3.2. Con cargo a esta causal el recurrente manifiesta que la actora no estaba en obligación de probar los hechos que propuso en su demanda, ya que en ningún momento ha negado que hayan existido los insultos y agresiones, lo que ha dicho es que fueron realizados por la actora en su contra, incluso con agresión física, por tanto es inaplicable al caso el actual artículo 113 del Código de Procedimiento Civil; que también el fallo viola el inciso segundo del artículo 119 del citado Código (Codificación anterior) por cuanto la prueba aportada debía valorarse sobre el comportamiento de las dos voluntades que es la parte decisiva para el fallo, en la actitud hostil y falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial. 3.3. Esta Sala estima que, en lo fundamental, el recurso de casación no cumple con los elementos básicos para su procedencia, pues el recurrente omite señalar la norma o normas de derecho que, como consecuencia de la primera infracción de una norma o precepto de valoración de la prueba, han conducido a una segunda infracción, esta vez de una norma de derecho, ya sea por falta de aplicación o por equivocada aplicación, conforme se indicó anteriormente. Por otra parte, la norma del artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, no es propiamente una disposición que ordene al juez dar determinado valor a cierta clase de pruebas, sino que contiene una disposición que determina la carga de la prueba; en este caso, la actora debió probar los hechos expuestos afirmativamente en su demanda y el supuesto allanamiento del demandado, de ninguna manera la podía exonerar de tal obligación, menos aun estimar que, el demandado podía actuar prueba que coadyuve a la demanda, pues el hecho de haber expresado su voluntad de también querer divorciarse, no lo convierte en accionante en el juicio. El matrimonio es una institución social que recibe la protección del Estado, por tanto en el divorcio por causal, para que el juez pueda pronunciar sentencia, debe existir prueba plena y suficiente proporcionada por la accionante que justifique las causales de divorcio que invoca en su demanda, aun cuando el demandado se hubiere allanado a la demanda, conforme lo establece el artículo 121 del Código Civil; porque en esta clase de juicios no se mira un interés solo particular, sino social. Sobre el particular la ex Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente: “SEGUNDA. El allanamiento



como institución procesal se regla por primera vez en el Código de Procedimiento Civil, en forma pormenorizada y a punto tal que se inserta en el Título I del Libro II del Código de Procedimiento Civil una nueva Sección cuyo epígrafe es 'el allanamiento de la demanda'. La nueva sección se integra ahora de tres artículos innumerados, reconociéndose en el primero de estos que es potestativo de las partes allanarse en cualquier estado del juicio antes de sentencia; en el segundo, se enumeran los casos en que el allanamiento es ineficaz y entre ellos se hallan los casos segundo y quinto. Dicen estos numerales: 'EL allanamiento será ineficaz en los siguientes casos: 2o. Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes; 5o. Cuando la sentencia deba producir efectos, de cosa juzgada pero de terceros; TERCERA. En la acción civil debe distinguirse cuando el derecho es susceptible de disposición de las partes, y no queda duda que lo es en el evento de que mire exclusivamente al interés particular de los interesados o contendientes, pero en ningún caso cuando se vincula al orden público; en los incisos segundo y tercero del Art. 22 de la Constitución Política de la República se proclama la protección al matrimonio y la circunstancia de que éste se funda en su libre consentimiento y en la igualdad de derechos y obligaciones y capacidad de ambos cónyuges. Todo cuanto atañe al matrimonio es de orden público y las partes no pueden prescindir de las reglas básicas que disciplinan sus aspectos más importantes, esto es su celebración las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges a través del tiempo, y su disolución. Ahora bien, en cuanto a esto último existen reglas intangibles en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, Art. 121 del primero y Art. 880 del segundo, según las que en el juicio de divorcio, el Juez no podrá, no obstante el allanamiento, pronunciar sentencia y recibirá necesariamente la causa a prueba; no queda duda tampoco que todo lo relativo al estado civil de cónyuges o de las personas produce efectos respecto de terceros, se trata de situaciones erga omnes que actúan con relación a todos y, en consecuencia, el allanamiento del demandado antes de la sentencia de primera instancia, quebrantaba expresamente dos reglas de orden público como son los citados artículos del Código Civil y de Procedimiento Civil, dando erróneamente paso a un allanamiento ineficaz. Este vocablo significa, que lo hecho carece de eficacia, que no tiene ninguna ante el derecho y, por lo mismo, el juez debió abstenerse de tramitarlo y acogerlo en sentencia, peor aún, con aquel argumento inadmisibles por arbitrario y deleznable, de que el allanamiento del demandado precedió al desistimiento de la actora" (Gaceta Judicial, Serie XIII, No 12, p. 2441). Por tanto, no se acepta el cargo por la causal tercera de casación. CUARTA.- Procede analizar el cargo formulado con fundamento en la causal primera de casación. 4.1. El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir, no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga, con la previsión abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se produce por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance

y significado; mas, se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; es decir, la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la norma no es aplicable al caso, por tanto, la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia los subsume en una norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no le corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con los presupuestos fácticos y normativos del caso. El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; consecuentemente, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos. Implica error en cuanto a la existencia de la norma. El vicio de errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya trasgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley. La errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma es aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o restringiéndole el que realmente ostenta. Implica error en cuanto al verdadero sentido de la norma. 4.2. El recurrente, si bien acusa que se aplicó indebidamente la norma del artículo 109, causales tercera y cuarta del Código Civil (artículo 110 en la Codificación actual), no fundamenta con precisión esta acusación, pues se limita a señalar que la demandante, sustentó la demanda en las referidas causales, manifestó que su cónyuge, todos los días, especialmente en horas que retornaba de su trabajo, procedía a insultarla. Que él como demandado, al enterarse extraprocesalmente de la demanda, compareció a juicio expresando que en realidad su matrimonio era un "infiernillo", por lo que se allanó parcialmente a la demanda, pero aclarando que era él, el demandado quien había sufrido los agravios incluso con agresión física por parte de la actora. Es evidente que el actor no concreta y sustenta la acusación de indebida aplicación de las normas contenidas en el artículo 110, causales tercera y cuarta del Código Civil, y más bien hace referencia a los hechos, lo cual es improcedente cuando se trata de la causal primera de

casación, que es de violación directa de la norma, así como también al supuesto allanamiento, que fue analizado anteriormente. En consecuencia, sin que amerite más análisis, se desecha la acusación por la causal primera de casación. Por las motivaciones que anteceden, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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, no casa la sentencia dictada por Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja. Se encuentra actuando el abogado Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente de esta Sala, según encargo efectuado por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, constante en el oficio No. 470-SG-SLL-2011, de 23 de marzo de 2011, por licencia del Juez Titular, doctor Galo Martínez Pinto. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales y Ab. Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente.

Certifico.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

#### CERTIFICO:

Que las tres copias que anteceden, son tomadas de sus actuaciones originales, constantes en el juicio verbal sumario No. 79-2005 ex 2ª Sala B.T.R. (Resolución No. 169-2011), que sigue Miriam Guillén Guamán contra Francisco Buenaño Gaibor.- Quito, abril 28 de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

#### No. 171-2011

**Juicio:** 14 SDP ex 2ª Sala.

**Actora:** Mónica Josefina Loor Napa, en representación del menor Matías Marcelo Loor Mapa.

**Demandado:** Lauro Marcelo Rodríguez Barrera.

**Juez Ponente:** Dr. Carlos M. Ramírez Romero.

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, a 31 de marzo de 2011.- Las 09h45.

**VISTOS:** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de

diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, la parte demandada, Lauro Marcelo Rodríguez Barrera, interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, el 29 de marzo del 2004, a las 10h30, que confirma el fallo del Juez de primer nivel que acepta la demanda, en el juicio ordinario que, por reconocimiento de paternidad, sigue en su contra Mónica Josefina Loor Napa, en representación del menor Matías Marcelo Loor Napa.- El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 7 de septiembre del 2004, las 12h00, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. **SEGUNDA.-** El casacionista funda el recurso en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba de los Arts. 117, 118, 119, 120, 198, 222, 240, 143 y 278 del Código de Procedimiento Civil (actuales Arts. 113, 114, 115, 116, 194, 218, 236, 139 y 274).- En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.- 3.1.-** La causal tercera contiene el vicio que la doctrina llama violación indirecta, el vicio de violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que conduce a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho. El error de derecho en que puede incurrir el Tribunal de Instancia se produce al aplicar indebidamente, al inaplicar o al interpretar en forma errónea los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, para que constituya vicio invocable como causal de casación, debe haber ocurrido: a) A una equivocada aplicación de normas de derecho; o, b) A la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Estas condiciones completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (primera violación), conducen a otra violación, a la violación de normas de derecho (segunda violación). En conclusión, el recurrente debe determinar, especificar y citar lo siguiente: a) Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico; b) El modo por el que se comete el vicio, esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) o por falta de aplicación, 3) por errónea interpretación. Lo que deberá precisarse en relación con un precepto jurídico de valoración probatoria en particular; por lo que no es lógica la acusación de que se ha producido más de uno de aquellos vicios en relación con un mismo precepto jurídico, puesto que estos vicios son diferentes, autónomos,

independientes y hasta excluyentes entre sí. c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. **3.2.-** Con cargo a esta causal el recurrente indica que el Tribunal ad quem no ha analizado todas las pruebas aportadas con sustento en el principio de unidad plasmado en el Art. 119 del Código de Procedimiento Civil, acogiendo únicamente el documento impugnado de la prueba de ADN, para dar el fallo correspondiente.- Que en la contestación a la demanda formuló afirmaciones explícitas e implícitas respecto de los hechos por él invocados, por lo que, al tenor de lo dispuesto en el Art. 117 del Código de Procedimiento Civil, la actora debió correr con la carga de la prueba, sin que lo haya hecho, pues no ha probado que hubiesen mantenido relaciones sexuales, lo que debió ser probado a cabalidad para llevar a una certeza del juzgador sobre la supuesta paternidad.- Que en el fallo no fluye la sana crítica como sistema de valoración de la prueba, sino meros criterios subjetivos que les conducen a una errónea interpretación de las reglas de valoración de la prueba, contrariando las disposiciones de los Arts. 119 y 278 del Código de Procedimiento Civil.- Que la prueba debió centrarse en los hechos sometidos a juicio, sin embargo solo se acepta la prueba de ADN y no la de sus testigos que dicen claramente que la actora mantuvo relaciones sexuales con otros hombres, apartándose de la regla que impone el Art. 120 del indicado Código.- **3.3.-** La Corte Superior de Justicia de Cuenca sustenta su fallo en la prueba de ADN practicada por la Cruz Roja Ecuatoriana, de la cual se concluye que el demandado es el padre biológico del menor, cuyo reconocimiento de paternidad reclama (99.999% de probabilidad), criterio que lo sustenta también en fallos de triple reiteración de la ex Corte Suprema de Justicia, respecto de la certeza científica que ofrece la prueba de ADN y que tiene una fuerza obligatoria para el juez.- El Art. 119 del Código de Procedimiento Civil, de la codificación vigente a la época en que se dictó la sentencia recurrida, establecía que el juez no tiene la obligación de valorar todas las pruebas actuadas dentro del proceso, sino aquellas que estime son relevantes para la resolución de la causa. Además, se debe anotar que frente a la contundencia de la prueba científica de ADN, quedan enervadas cualquier otro tipo de pruebas como es la de testigos.- Sin que amerite otro análisis sobre el tema, se desecha la acusación.- Por las motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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**, no casa la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, el 29 de marzo del 2004, a las 10h30.- Con costas y honorarios a cargo del demandado, por considerar que a litigado de mala fe.- Se encuentra actuando el abogado Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente de esta Sala, según encargo efectuado por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, constante en el oficio No. 470-SG-SLL-2011, de 23 de marzo de 2011, por

licencia del Juez Titular, doctor Galo Martínez Pinto. Notifíquese y devuélvase.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales, Ab. Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.

**CERTIFICO:**

Que las dos (2) copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 147-2004 SDP ex 2ª. Sala (Resolución No. 171-2011) que, sigue Mónica Josefina Loor Napa, en representación del menor Matías Marcelo Loor Napa contra Lauro Marcelo Rodríguez Barrera.- Quito, 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

**No. 172-2011**

**Juicio:** 29-2006 ex 2ª Sala.

**Actor:** Dr. Gerardo Leonardo Veletanga, procurador judicial de Galo Olmedo Muñoz.

**Demandado:** Manuel Antonio Flores Sarmiento.

**Juez Ponente:** Dr. Carlos M. Ramírez Romero.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, a 31 de marzo de 2011.- Las 09h40.

**VISTOS:** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, el demandado Manuel Antonio Flores Sarmiento interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca que confirma el fallo del Juez de primer nivel que acepta la demanda en el juicio ordinario que, por dinero, sigue en su contra el Dr. Gerardo Leonardo Veletanga, Procurador Judicial de Galo Olmedo Muñoz.- El recurso se encuentra en estado de resolución, por lo que, para el efecto la Sala

hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 31 de marzo de 2010, las 10h30, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. **SEGUNDA.-** El casacionista estima infringidas las siguientes normas de derecho: El Art. 24, numeral 14; los numerales 26 y 27 del Art. 23 y el numeral 17 del Art. 24 de la Constitución Política de la República.- Los artículos 119, 125, 135, 198 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil.- Funda el recurso en las siguientes causales y vicios que determina el Art. 3 de la Ley de Casación: En la causal segunda, por falta de aplicación de normas procesales; y, en la causal tercera, por errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.- En estos términos el casacionista fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación, en virtud del principio dispositivo contemplado por el Art. 168.8 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** Por la Supremacía de la Constitución corresponde conocer en primer lugar los cargos por violación de normas constitucionales.- Al respecto el casacionista aduce que "La prueba de grabación HECHA Y OBTENIDA SIN MI CONSENTIMIENTO, viola el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución, pues, caso contrario, pregunto, cuál es el sustento legal para dar plena validez a dicha grabación..?". El numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política de 1998 establece que "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna".- En el caso, no existe constancia de que la grabación a que hace referencia la casacionista se haya realizado con su consentimiento o con orden de juez, por lo que carecería de validez esa prueba; mas, ésta es una prueba que no determina la decisión de la causa, puesto que la resolución se funda en otras pruebas por escrito sobre la obligación, que constan del proceso, según se expone en el considerando CUARTO de la sentencia impugnada.- Aduce también que se infringe los numerales 26 y 27 del Art. 23 de la Constitución Política y el numeral 17 del Art. 24 ibídem; pero no fundamenta de manera alguna el cargo, lo que imposibilita el control. No se acepta los cargos en referencia. **CUARTA.-** El casacionista formula cargos contra la sentencia del Tribunal ad quem al amparo de la causal segunda.- **4.1.-** El vicio que configura la causal segunda es la violación de las normas procesales que producen el efecto de nulidad procesal insanable o provoca indefensión al agraviado; violación que puede producirse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de esas normas. En conclusión, son requisitos para que estos vicios configuren la causal segunda de casación: a) que la violación produzca nulidad insanable o indefensión; b) que el vicio esté contemplado en la Ley como causa de nulidad (principio de especificidad); c) que los vicios hubiesen influido en la decisión de la causa (trascendencia); d) que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. La nulidad procesal insanable tiene lugar cuando se han omitido solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios o solemnidades especiales o se ha violado el trámite, siempre que dicha

omisión o violación hubiere influido o pudiese influir en la decisión de la causa.- Existe nulidad en todo caso de falta de jurisdicción. **4.2.-** El casacionista acusa la falta de aplicación de normas procesales, pero no determina las normas procesales cuya falta de aplicación haya viciado el proceso de nulidad o provocado indefensión.- Sobre este cargo la Sala advierte lo siguiente: **4.2.1.-** Para que proceda una impugnación por la causal segunda deben cumplirse los requisitos de tipicidad y trascendencia: la tipicidad se refiere a que la causa de la nulidad debe ser una violación de solemnidad sustancial o violación de trámite, establecidos en la ley; y, la trascendencia consiste en que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. Estos principios se contemplan en los Arts. 349, 1014 del Código de Procedimiento Civil y en el numeral 2 del Art. 3 de la Ley de Casación.- **4.2.2.-** Respecto de los principios de tipicidad y trascendencia, la ex Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente: "**QUINTO.-** El recurrente también acusa al fallo de última instancia de incurrir en la causal segunda de casación por haberse transgredido lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil. Se ha dicho ya que una de las garantías primordiales del debido proceso es la observancia de la vía pertinente, para asegurar la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de la persona, sin que en caso alguno quede en indefensión, (artículo 24, No. 17 de la Constitución Política de la República), y que como consecuencia la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando se sanciona con la nulidad procesal, si es que tal violación del trámite hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, de conformidad con lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil. Ya lo dijo esta Sala en su sentencia No. 550-98 de 31 de agosto de 1998 (Registro Oficial 58 de 30 de Octubre del mismo año): 'En un proceso, desde su inicio y todo su desarrollo y conclusión, las actividades del Juez de las partes se hallan reguladas por un conjunto de normas preestablecidas que señalan el camino que debe seguirse, lo que pueden hacer, cómo lo deben hacer y qué no puede ni deben hacer. Nuestro ordenamiento legal ha establecido la nulidad de un acto procesal y de todos los que dependen de él cuando se han quebrantado o inobservado dichas normas, pero siempre condicionada a los principios de trascendencia y de convalidación. No hay, pues, nulidad procesal si la desviación no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio. Al respecto, Couture dice: "Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formulismo vacío sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades". Este principio de trascendencia está consagrado en los Arts. 358 y 1067 del Código de Procedimiento Civil, cuando disponen de manera categórica que la nulidad procesal por omisión de solemnidades sustanciales o la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, anula el proceso, y los juzgados y tribunales lo declararán de oficio o a petición de parte, siempre que dicha omisión o violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa. De otro lado, las nulidades procesales vienen a ser solo remedio de excepción cuando no se puede reparar o corregir el error. Las omisiones o quebrantos procesales son

saneables porque el fin primordial de la administración de justicia es el de buscar la paz social, lo que se logra con la pronta terminación de los conflictos; no volverlos interminables y mantener el principio de seguridad jurídica que se logra con reglas claras de juego; no mantener las cosas inciertas y los conflictos inacabados. Los mismos principios de trascendencia y convalidación se consagran en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación que dice: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere sido convalidada legalmente.". Por ello, lo procedente es que el juzgador de instancia analice en cada caso específico si se observó o no el procedimiento respectivo, y en caso de haberse inobservado, si la violación del trámite hubiese influido (efecto actual) o pudiese influir (efecto potencial) en la decisión de la causa, analizando además si es que quedó o no una de las partes en estado de indefensión. Adviértase que el juzgador está en la obligación de determinar si la omisión procesal influyó en la decisión de la causa, o si era probable que influya en ella; es decir, no es suficiente la verificación de que efectivamente haya influido, sino que es necesario realizar un análisis para determinar la posibilidad de que pudiese ser distinto el resultado de la contienda si se hubieran observado las formalidades omitidas. Cuando se tiene la opción de ejercitar la acción ejecutiva para que se lleve a cumplimiento el derecho reclamado, el actor puede perfectamente renunciar a ella y optar por una acción de conocimiento, ya que sin lugar a dudas que resulta mejor servida la justicia, aunque implique un lapso más dilatado, porque puede entrarse al análisis del fondo del asunto para que el juez 'diga el derecho'; de la misma manera, si teniéndose expedido el juicio de conocimiento por la vía verbal sumaria, el actor prefiere proponer el juicio de lato conocimiento por la vía ordinaria, en que se discutirá la posición del actor y del demandado en forma exhaustiva, ello de ninguna manera implicaría un perjuicio para ninguna de las partes, no habría indefensión ni tampoco se estaría influyendo ni podría influirse en la decisión de la causa. El factor tiempo es uno de los elementos dignos de considerar, pero no es el único y ni siquiera es el fundamental; atropellar los procedimientos no hace el menor servicio a la justicia, más importante es el dar a las partes la oportunidad de exponer todos sus argumentos y practicar todas las pruebas pertinentes. El artículo 75 del Código de Procedimiento Civil así lo consideró, por ello permite la acumulación de acciones que requieran necesariamente de diversa sustanciación, siempre que las acciones acumuladas se tramiten por la vía ordinaria. En los juicios especiales, en que el legislador los ha dispuesto por consideraciones particulares, habrá de realizarse, especie por especie, el respectivo análisis para determinar si la inobservancia del trámite respectivo puede o no producir indefensión, o ser relevante al momento de decidir la causa. En definitiva, el que puede lo más, puede lo menos, pero no a la inversa, o sea que quien debe encaminar su acción por la vía de lato conocimiento no puede pretender sustanciarla por una vía abreviada o de ejecución, porque aquí sí se podría estar provocando indefensión de las partes, o influiría o podría influir en la decisión de la causa. Obviamente que, si la ley en forma expresa autoriza el pacto de determinación de la vía, como ocurre en el juicio verbal sumario (artículo 843 del Código de Procedimiento Civil), la sustitución de la vía

es perfectamente legítima, indiscutiblemente bajo el supuesto de que el acuerdo reúna los requisitos de ley para su validez y eficacia. Por lo tanto, la utilización de una vía no prevista por la ley, en principio produce la nulidad, salvo que aparezca evidentemente del proceso que no hubo indefensión porque las partes pudieron ejercer a plenitud su derecho de defensa, o que no influyó ni podía influir en la decisión de la causa, lo cual será analizado y declarado en cada caso específico. En la especie, el recurrente no analiza por qué la omisión de ciertas etapas procesales del juicio ordinario (posibilidad de plantear la reconvencción, de recurrir de las providencias que causen gravamen irreparable en definitiva, de pedir se articule prueba en segunda instancia) no influyó ni podía influir en la decisión de la causa, así como por qué ninguna de las partes quedó en indefensión, todo lo cual era indispensable para fundamentar el recurso de casación, por lo que no es admisible este cargo."- (Resolución No. 299-2001, 1era Sala, R. O. 319 de 30 julio del 2001). Sobre este mismo tema, de los principios de especificidad o tipicidad y el de trascendencia de la nulidad procesal, en la doctrina se ha dicho: "Un segundo principio básico de nuestro sistema procesal es el de que no hay nulidad sin ley específica que la establezca. Este principio, que es característico del derecho francés, no está emitido en un texto especial. Pero de la propia forma como se configuran las nulidades en nuestro Código, surge esta consecuencia. Los textos consignan frente a cada infracción especial, la sanción de nulidad. Y el inciso 13 del art. 667 concluye que hay nulidad si se hubiese faltado a cualquier trámite o formalidad por cuyo defecto las leyes *prevengan expresamente* que hay nulidad. Además, en el comienzo del mismo art. 676 se anticipa que sólo procederá la nulidad en los casos que a continuación se mencionan. Quiere decir que puede darse por vigente en nuestro derecho el principio de que no hay nulidad sin ley que la establezca; no son admisibles, en consecuencia, nulidades por analogía o por extensión. La derivación de este principio es que la materia de nulidad debe manejarse cuidadosamente y aplicándose a los casos en que sea estrictamente indispensable. Corresponde a la jurisprudencia la misión de contener los frecuentes impulsos de los litigantes, siempre propensos a hallar motivos de nulidad, declarando éstos solamente en los casos en los que se haya señalado como una solución expresa del derecho positivo. Esta parece ser, por lo demás, su orientación tradicional.- Un tercer principio es el de que no hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio. La antigua máxima "*pas de nulité sans grief*" recuerda que las nulidades no tiene por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes. Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan perjuicio alguno, el proceso sería, como se dijo de sus primeros tiempos, *una misa jurídica*, ajena a sus actuales necesidades. La máxima "no hay nulidad sin perjuicio" no tiene disposición expresa en nuestro Código. Tampoco la tiene en el Código francés, y sin embargo la jurisprudencia es unánime en el sentido de sostener que no puede hacerse valer la nulidad, cuando la parte, mediante la infracción, no haya sufrido gravamen."- (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal

Civil, Editorial IB de F, Cuarta Edición, Montevideo, 2009, p. p. 316 a 318)).- Por lo expuesto, no se acepta el cargo por la causal segunda. **QUINTA.-** El casacionista impugna la sentencia del Tribunal ad-quem por la causal tercera.- **5.1.-** La causal tercera contiene el vicio que la doctrina llama violación indirecta, el vicio de violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que conduce a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho. El error de derecho en que puede incurrir el Tribunal de Instancia se produce al aplicar indebidamente, al inaplicar o al interpretar en forma errónea los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, para que constituya vicio invocable como causal de casación, debe haber conducido: a) A una equivocada aplicación de normas de derecho; o, b) A la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Estas condiciones completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (primera violación), conducen a otra violación, a la violación de normas de derecho (segunda violación). En conclusión, el recurrente debe determinar, especificar y citar lo siguiente: a) Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico; b) El modo por el que se comete el vicio, esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) o por falta de aplicación, 3) por errónea interpretación. Lo que deberá precisarse en relación con un precepto jurídico de valoración probatoria en particular; por lo que no es lógica la acusación de que se ha producido más de uno de aquellos vicios en relación con un mismo precepto jurídico, puesto que estos vicios son diferentes, autónomos, independientes y hasta excluyentes entre sí. c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. **5.2.-** El casacionista aduce la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.- Enuncia como infringidas las siguientes normas del C. de P. Civil: 1) Art. 119 (actual 115), que contiene los siguientes preceptos; a) La prueba deberá ser apreciada en conjunto; b) La prueba debe ser apreciada por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica; c) debe tenerse presente las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos; d) “El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa”. El casacionista no determina el precepto que estima infringido ni precisa fundamentación alguna.- 2) Art. 125 (actual 121) que establece los medios de prueba, y no contiene un precepto que impugna el juez una valoración determinada respecto a un medio de prueba; y, por el contrario, en lo que respecta a las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de mega tecnología; dispone que “Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidas”.- 3) Art. 135 (actual 131) que se refiere a la confesión ficta y establece

que queda a “libre criterio” del juez “el dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado el acto”; es decir, no impone el juez una valoración determinada.- 4) Art. 198 numeral 4.- Al respecto el casacionista aduce que “Los giros internacionales son documentos privados, los cuales, por la norma 198 número 4 del Código Adjetivo Civil, pasan a ser documentos públicos”.- Sobre el tema, en el considerando CUARTO, número 3, de la sentencia impugnada, el Tribunal ad quem expone: “Ha solicitado también que se oficie al Banco del Pacífico en Cuenca para que informe sobre el giro internacional a la cuenta No. 100392313-4 del señor Manuel Antonio Flores Sarmiento por la suma de once mil doscientos dólares realizada por parte de Galo Olmedo Muñoz; y el Banco con oficio de fecha 5 de mayo del 2004 manifiesta “En fecha 4 de octubre del 2002 las 15h19:24 se ha registrado un proceso de giro del exterior No. 271528 realizado por el señor Galo O. Muñoz con domicilio en 1365 Saint Nicholas Ave. Apt. 26 26K New York NY 10023-620 por la suma de USD \$ 11.200,00 desde el JP Morgan Chase Bank como institución ordenante, a través del City Bank N.A. como Banco Intermediario o remitente. El giro se realizó a favor del señor Manuel Antonio Flores Sarmiento con C.C. 0101079226, mediante crédito directo a la cuenta de ahorros No. 1003923134 del Banco del Pacífico S.A. cuyo titular es el mismo señor Manuel Antonio Flores Sarmiento.” Este documento lo suscribe el doctor Ernesto Robalino Peña en su condición de Procurador Judicial del Banco del Pacífico y acompaña un documento en relación”, es decir que, en cuanto al sobregiro existe un documento conferido por orden del juez y autorizado en debida forma.- Además, el casacionista no determina las normas de derecho que, como consecuencia de la violación de preceptos relativos a la valoración de la prueba, por la errónea interpretación que aduce, han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas en la sentencia; y, en consecuencia no se configura la causal tercera, conforme a lo anotado en el número 5.1 de este fallo.- Por lo expuesto no se acepta los cargos por la causal tercera.- Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, **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 dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Cuenca, el 16 de febrero del 2005, a las 10h30.- Sin costas ni multas.- Se encuentra actuando el abogado Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente de esta Sala, según encargo efectuado por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, constante en el oficio No. 470-SG-SLL-2011, de 23 de marzo de 2011, por licencia del Juez Titular, doctor Galo Martínez Pinto. Notifíquese y devuélvase.- Notifíquese y devuélvase..

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales, Ab. Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.

CERTIFICO:

Que las seis (6) copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 029-2006 SDP ex 2ª

Sala (Resolución No. 172-2011) que, sigue Dr. Gerardo Leonardo Veletanga, Procurador Judicial de Galo Olmedo Muñoz contra Manuel Antonio Flores Sarmiento.- Quito, 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

#### No. 173-2011

**Juicio:** 173-2008. Ex 2da Sala.

**Actor:** Rodrigo Serrano Bravo.

**Demandado:** Manuel Salvador Mejía Tenempaguay, y otros.

**Juez Ponente:** Dr. Carlos M. Ramírez Romero.

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, a 31 de marzo de 2011.- La 09h45.

**VISTOS:** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, el demandado, Manuel Salvador Mejía Tenempaguay, interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Azogues, dictada el 5 de junio del 2008, a las 10h00, que desechando el recurso de apelación formulado por los demandados, confirmó el fallo del juez de primer nivel, que aceptó la demanda, en el juicio ordinario que, por rescisión de los contratos de compraventa de un vehículo Toyota de placas UBN-476 celebrado entre Manuel Salvador Mejía Tenempaguay y su cónyuge Hilda Azucena Rivas Molina a favor de José Elías Mejía Rivas, el 4 de mayo del 2000 y de la compraventa de terrenos y casas celebrada mediante escritura pública de 22 de junio del 2000, inscrita el 3 de julio del mismo año en el Registro de la Propiedad del cantón Azogues (acción pauliana).- El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184

numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 5 de febrero del 2009, a las 16h10, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. **SEGUNDA.-** El casacionista funda el recurso en las siguientes causales y vicios que determina el Art. 3 de la Ley de Casación: **2.1.-** En la causal primera, por errónea interpretación de los Arts. 2370 y 2393 del Código Civil, así como del Art. 97 del Código de Procedimiento Civil.- **2.2.-** En la causal tercera, por “aplicación indebida de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba” del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil.- En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **TERCERA.-** Corresponde en primer término analizar los cargos formulados a través de la causal tercera de casación.- **3.1.-** La causal tercera de casación, procede por: “*Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto*”.- **3.2.-** Para la procedencia de esta causal, que en doctrina se la conoce como de violación indirecta de la norma, es necesario que se hallen reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma (s) de valoración de la prueba que a criterio del recurrente han sido violentadas; b) la forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) la indicación del medio de prueba en que se produjo la infracción; d) la infracción de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material.- **3.3.-** El recurrente señala que se ha violado el precepto de valoración de la prueba constante en el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, por indebida aplicación, porque no se ha apreciado la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, lo que ha conducido a una errónea aplicación del Art. 2370 del Código Civil.- Que con los testimonios de María Avila y Carlos León se demostró que la venta efectuada obedece a que los vendedores se trasladaron a residir en los Estados Unidos de América.- **3.4.-** El Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, dispone, en su parte primera, que el juez está en la obligación de valorar la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica.- Sobre la valoración de la prueba y las reglas de la sana crítica, la ex Corte Suprema de Justicia ha señalado: “...el fallo de última instancia es inatendible por existir una mera discrepancia entre el método de valoración de la prueba utilizado por los juzgadores de última instancia y el criterio que según el recurrente debió utilizarse, pues la valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, a menos de que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar decisión absurda o arbitraria. La sala considera que, si en la apreciación de la prueba el juzgador contradice las

reglas de la lógica, el fallo se halla incurso en causal de casación compartiendo el criterio expresado por ULRICH KLUG, en su obra *Lógica Jurídica* (Bogotá, Temis, 1990, p. 203), quien dice: “El que, en desacuerdo con las circunstancias fácticas tal como ellas fueron establecidas, ataca la apreciación de que la prueba hizo el tribunal, plantea una cuestión sobre los hechos, que no es susceptible de revisión. Pero cuando en la apreciación de la prueba se evidencia una infracción de la Lógica, ello constituye entonces una incorrecta aplicación de las normas sobre la producción de la prueba. Pero el problema de si una norma ha sido correcta o incorrectamente aplicada representa una cuestión de derecho. En consecuencia, la apreciación de la prueba que contradice las leyes lógicas, es en esa medida, revisable. Como lo dice con acierto EB. SCHMIDT, la libertad en la apreciación de la prueba encuentra en las leyes del pensamiento uno de sus límites. No es necesario pues, convertir la Lógica misma, artificialmente, en algo jurídico. Ella es una herramienta presupuesta en la aplicación correctamente fundamentada del derecho” Cuando en el proceso de valoración de la prueba el juzgador viola las leyes de la lógica, la conclusión a la que llega es **absurda o arbitraria**. Se entiende por absurda todo aquello que se escapa a las **leyes lógicas formales**; y es **arbitrario** cuando hay **ilegitimidad** en la motivación, lo cual en el fondo es otra forma de manifestarse el absurdo ya que adolece de arbitrariedad todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado solo por la voluntad o el capricho; cuando el juzgador, por error, formula una conclusión contraria a la razón, a la justicia, o a las leyes, estamos frente a un caso simplemente absurdo; pero si la conclusión es deliberadamente contraria a la razón, a la justicia o a las leyes porque el juzgador voluntariamente busca este resultado, estamos frente a un proceder arbitrario que, de perseguir favorecer a una de las partes o perjudicar a la otra, implicaría dolo y podría constituir inclusive un caso de prevaricación.” (Resolución 8-2003. R.O. No. 56 de 7 de abril del 2003).- En la especie, el recurrente, no especifica la prueba que, habiendo sido debidamente actuada en el proceso, no se valoró en conjunto con las demás pruebas, ni cómo o de qué manera la valoración de tales pruebas hubiese sido determinante en la decisión de los juzgadores de instancia, para incurrir también en la errónea aplicación del Art. 2370 del Código Civil; tampoco explica en qué ha consistido el quebrantamiento de la obligación de los jueces de valorar la prueba acorde a las reglas de la sana crítica, esto es, justificar que los jueces hicieron una valoración absurda, arbitraria o ilógica de los medios probatorios en general o de determinada prueba.- Respecto a la declaración de testigos, el Art. 207 del Código de Procedimiento Civil, es claro al señalar que los jueces o tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos, es decir, que es competencia de los juzgadores de instancia valorar la prueba testimonial y apreciar su fuerza probatoria.- En consecuencia, se desecha el cargo. **CUARTA.-** Procede analizar la impugnación formulada por la causal primera de casación.- **4.1.-** El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la

situación particular que se juzga con la previsión abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se produce por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; es decir la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la norma no es aplicable al caso, es decir la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecido los hechos en el fallo, el tribunal de instancia los subsume en una norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no le corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con los presupuestos fácticos y normativos del caso. El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; es decir que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos.- Implica error en cuanto a la existencia de la norma. El vicio de errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley. La errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma es aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o restringiéndole el que realmente ostenta.- Implica error en cuanto al verdadero sentido de la norma.- **4.2.-** Al sustentar esta causal, se argumenta que el Dr. Rodrigo Serrano Bravo, con fecha 28 de julio del 2000 presentó en contra de Manuel Salvador Mejía, una demanda ejecutiva para el cobro de una letra de cambio por el valor de cinco mil doscientos dólares americanos, misma que es calificada por el Juez Primero de lo Civil de Azogues el 17 de agosto del 2000; en tanto que las ventas hechas por ellos, Manuel Mejía Tenempaguay e Hilda Rivas Molina a favor de sus hijos, son de 22 de junio, 1 de mayo y 5 julio del 2000.- Que la demanda de resolución del contrato de compraventa se presentó el 20 de



marzo del 2001, y calificada la demanda, se procede citar por la prensa mediante publicaciones realizadas los días 28, 29 y 30 de mayo del 2001, en tanto que su abogado defensor, comparece a nombre de Salvador Elías, Martha Irene y Ruth Carmita Mejía Rivas el 27 de junio del 2001, fecha en la que se dan por citados.- Que el Art. 97 del Código de Procedimiento Civil, establece que son efectos de la citación, interrumpir la prescripción, por lo que, respecto de Salvador Elías, Martha Irene y Ruth Carmita Mejía Rivas, se interrumpió la prescripción el 27 de junio del 2001, fecha desde la cual había transcurrido más de un año de la celebración del contrato de compraventa del vehículo Toyota de placas UBN-476, celebrado el 4 de mayo del 2000, cuyo reconocimiento de firmas se lo practicó el 22 de junio de ese año ante el Notario Dr. Renán López González; que igual situación ocurre con la celebración de la escritura de compraventa de los inmuebles que es de 22 de junio del 2000.- Que la disposición del Art. 2370 del Código Civil, en su numeral tercero, es categórica al señalar que las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato, más no desde la fecha en que se ejecutorió la sentencia en la demanda ejecutiva formulada por el hoy actor, como se anota en el fallo; que existe, por tanto, errónea interpretación del Art. 2370 del Código Civil, al haber exencionado oportunamente la prescripción conforme el Art. 2393 *ibidem*, lo que determina se declare sin lugar la demanda.- Agrega que conforme la jurisprudencia constante en el R. O. No. 243 de 28 de julio de 1999, página 21, el elemento principal de la acción pauliana es el fraude en el acto o contrato, que debe ser real y efectivo y debe estar encaminado a que el acreedor no pueda hacer efectivo su derecho, cuando se ha probado que las ventas son anteriores a la presentación de la demanda ejecutiva, que no se ha pretendido evadir crédito alguno que ya fue cancelado a Miguel Angel Luz Carabazo, endosante del título de crédito y que además, la obligación supuestamente aceptada solo concierne a Manuel Salvador Mejía y afectaría solo sus bienes, pero no los de su cónyuge, como tampoco se ha demostrado el mal estado de sus negocios.- **4.3.-** El Art. 2370 del Código Civil, contiene reglas sobre la acción pauliana y establece que los acreedores tienen derecho para que se rescindan los contratos onerosos, hipotecas, prendas, anticresis o constitución de patrimonio familiar, cuando se cumplan estas exigencias: a) Que el deudor haya otorgado en perjuicio de los acreedores; b) que estén de mala fe el otorgante y el adquirente, “esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero”. En el caso subjudice la conclusión del Tribunal Ad quem es de que estas exigencias se cumplen, por lo que el Art. 2370 del Código Civil ha sido correctamente aplicado.- **3.2.5.-** Según una sentencia española “La acción pauliana o revocatoria se dirige a obtener el restablecimiento de los bienes del deudor al estado que tenían antes de la alteración producida en ellos mediante un acto fraudulento, por consecuencia del cual se pretendía sustraerlos de las responsabilidades patrimoniales derivadas de legítimos créditos” (Fernando Fueyo Laneri, Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones, 3era Ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 515). Respecto a los requisitos para que proceda la acción pauliana, la jurisprudencia española señala los siguientes: “a) Que exista un crédito a favor del acreedor; b) Que el deudor haya celebrado un acto o contrato posterior, que beneficie a un tercero, proporcionándole una ventaja patrimonial; c) Que el

acreedor resulte perjudicado por la disposición a favor del tercero y, a la vez, que se beneficie con la declaración de ineficacia, sin tener otro recurso legal para obtener la reparación de su perjuicio; ch) Que el acto que se impugna sea fraudulento; d) Que el tercer adquirente, caso de ser onerosa la enajenación, haya sido cómplice en el fraude” (Fernando Fueyo Laneri, *ob. cit.*, p. 517). La ex – Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en el siguiente sentido sobre la acción pauliana: “SEGUNDO.- Según el artículo 2391 del Código Civil, toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1661; quien contrae una obligación personal está constituyendo una prenda general de todos sus bienes a favor de su acreedor. En consecuencia, cuando el deudor no paga voluntariamente la deuda al acreedor, este tiene derecho para acudir ante los órganos judiciales a fin de que se obligue al deudor a pagarle mediante la venta forzosa de sus bienes (embargo y remate), para con el producto de esta venta cubrir su crédito; pero hay casos en el que el acreedor se topa con la novedad de que el deudor, notificado con el mandamiento de ejecución, no paga ni dimite bienes equivalentes para el embargo. También puede suceder que el deudor, de acuerdo con lo previsto en el Parágrafo 9, Título IV, Libro Cuarto del Código Civil (artículos 1657 a 1667), se acoga a la cesión de bienes cumpliendo los requisitos señalados en los artículos 527 y 528 del Código de Procedimiento Civil. En los supuestos mencionados, el acreedor puede pedir que se inicie juicio de concurso de acreedores y, consiguientemente, se declare insolvente al deudor; tratándose, de comerciantes matriculados el juicio se denomina de quiebra. Ahora bien, el deudor para evadir el pago, puede recurrir al arbitrio de enajenar y traspasar sus bienes a terceros. Esta enajenación puede tener lugar en dos momentos distintos: 1) por actos o contratos ejecutados por el deudor, relativamente a sus bienes, antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso de acreedores y 2) por actos o contratos ejecutados, por el deudor relativos a sus bienes, posteriores a la cesión de bienes o la apertura del concurso de acreedores. El Código Civil para proteger al acreedor ha previsto acciones peculiares para cada uno de los mencionados casos, en los artículos 2394 y 2393. El primero de los artículos nombrados regula la acción concerniente a actos o contratos de enajenación de bienes del deudor antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, y el segundo, después de producidos estos actos jurídicos.- TERCERO.- La acción establecida en el artículo 2394 del Código Civil es la llamada por la doctrina acción pauliana. Para la procedencia de esta acción, por actos o contratos onerosos, prevista en el inciso primero del artículo citado, deben cumplirse las siguientes condiciones: a) Que el deudor no haya pagado ni dimitido bienes equivalentes, notificado con el mandamiento de ejecución. De lo contrario, el actor no podría alegar perjuicio, pues los bienes de aquel alcanzarían para el pago de sus obligaciones, y b) que entre el deudor y tercero adquirente haya connivencia en el fraude, connivencia, que se presume si el tercero conocía el mal estado de los negocios del primero. Esta es una exigencia derivada de la seguridad de las transacciones; si bastara la mala fe del enajenante, nadie pudiera estar seguro de los derechos que adquiriera, por más que haya pagado el justo precio y haya actuado con total buena fe.- En cambio, para la procedencia de la acción

Pauliana, por actos o contratos a título gratuito, previsto en el inciso segundo del artículo 2394 del Código Civil, basta cumplirse la condición señalada en la letra a); la rescisión del acto o contrato a título gratuito, no supone la pérdida de derecho de propiedad a cambio de una prestación equivalente, sino simplemente la extinción de un beneficio, de allí que es lógico que la ley no sea tan severa como en el caso del traspaso oneroso de los bienes.” (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. p. 2288).- **4.4.-** En la especie tenemos que efectivamente, uno de los requisitos previstos en el Art. 2370 (numeral 3) es que la acción de rescisión sea intentada dentro del año siguiente a la celebración del acto o contrato que se impugna, caso contrario, aquella acción está prescrita.- Que los recurrentes, al plantear sus excepciones, opusieron expresamente la de prescripción de la acción.- El Tribunal ad quem, en el considerando Cuarto de su fallo, señala: “Además, para poder contabilizar el tiempo transcurrido para que opere la prescripción de la Acción Pauliana, conviene anotar que el actor Dr. Rodrigo Serrano Bravo, ha demandado ejecutivamente al Señor Salvador Mejía Tenempaguay, quien ha contestado dicha acción en fecha 31 de agosto del 2000 y la causa se ha sentenciado 7 de diciembre del 2000. Como dicho fallo ha causado ejecutoria por no haber sido apelado, pues nada consta en el proceso al respecto; desde esta última fecha hasta la fecha de la última citación con la presente demanda que data del 3° de mayo del 2001. NO ha transcurrido el lapso de un año contado desde la citada fecha ni tampoco desde las fechas de los actos y contratos celebrados entre los accionados, para que opere la prescripción del derecho del actor a entablar la presente acción. Por consiguiente se rechaza la excepción”.- Tal interpretación que hace la Sala de Instancia de la norma del numeral 3ero del Art. 2370 del Código Civil, es parcialmente errónea, esto es, en la parte en que indica que el cómputo del plazo para que opere la prescripción de la acción debe contarse desde la fecha en que se dictó la sentencia dentro del juicio ejecutivo seguido por el Dr. Rodrigo Serrano Bravo contra Salvador Mejía Tenempaguay, pues la norma es clara en su tenor literal cuando expresa que el plazo en que expira la acción es de un año, contado a partir de la fecha de celebración del acto o contrato, entonces, nada tiene que ver en este aspecto la acción ejecutiva y la fecha de emisión de la sentencia dentro del juicio ejecutivo, tanto más que dicha acción involucra exclusivamente a uno de los demandados en la presente causa de rescisión del contrato, como es Salvador Mejía Tenempaguay, más no a los demás demandados que intervinieron en los contratos.- No obstante, la interpretación errónea que hace el Tribunal ad quem de la norma del Art. 2370, numeral tercero, es parcial, pues a continuación expresa que tampoco ha transcurrido el lapso de un año desde la fecha de celebración de los contratos por parte de los accionados, siendo ésta una interpretación correcta de la norma, como queda indicado en líneas anteriores.- Por tanto, el yerro en el que ha incurrido la Sala de Instancia no es determinante en la resolución de la causa, como lo exige la causal primera de casación.- Efectivamente, si se considera la fecha en que se celebraron los contratos objeto de la demanda de rescisión, esto es el contrato de compraventa de un vehículo marca Toyota de placas UBN-476, suscrito entre los cónyuges Manuel Salvador Mejía Tenempaguay e Hilda Azucena Rivas Molina como vendedores, con José Elías Mejía Rivas, para la menor Ruth Carmita Mejía Rivas, de fecha 4 de mayo del 2000, y el contrato de compraventa de terrenos y casas

suscrito ante el Notario Público Dr. Renán Atilio López González, el 22 de junio del 2000, hasta la fecha en que se procedió a la citación de los demandados en esta causa, por la última publicación por la prensa que data del 30 de mayo del 2001 (fs. 72 del cuaderno de primera instancia), no ha transcurrido el plazo de un año para la prescripción de la acción a la que se refiere la norma antes mencionada; pues, conforme al Art. 97 del Código de Procedimiento Civil, uno de los efectos de la citación es precisamente interrumpir la prescripción, debiendo aclarar que la fecha es de la citación por la prensa y no la fecha en que el Abogado Defensor de los accionados compareció a juicio dándose por citado, como argumentan los recurrentes.- En tal virtud, se desecha también la acusación con cargo en la causal primera de casación.- Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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**, no casa la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Azuay.- Entréguese al actor la cantidad consignada como caución.- Sin costas ni multas.- Se encuentra actuando el abogado Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente de esta Sala, según encargo efectuado por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, constante en el oficio No. 470-SG-SLL-2011, de 23 de marzo de 2011, por licencia del Juez Titular, doctor Galo Martínez Pinto. Notifíquese y devuélvase.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales, Ab. Fausto Raymond Cornejo, Conjuez Permanente y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.

#### CERTIFICO:

Que las siete (7) copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 173-2008 SDP ex 2ª. Sala (Resolución No. 173-2011) que, sigue Rodrigo Serrano Bravo contra Manuel Salvador Mejía Tenempaguay y otros.- Quito, 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

#### No. 178-2011

**Juicio:** 260-07 ex 3ª. MAS.

**Actores:** Alfonso María Espinoza Castillo y Angel Rubén Espinoza Castillo.

**Demandado:** José Miguel Cárdenas Espinoza.

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, 4 de abril de 2011; las 09h35.

**VISTOS.- (No. 260-2007-Ex 3ra. Sala-Mas)** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala Civil, Mercantil y

Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b) del apartado IV, DECISIÓN, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC pronunciada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el 17 de diciembre último ante el Consejo de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la resolución sustitutiva adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, en el juicio ordinario que por rescisión de contrato por lesión enorme sigue Alfonso María Espinoza Castillo y Angel Rubén Espinoza Castillo contra José Miguel Cárdenas Espinoza, la parte actora deduce recurso extraordinario de casación respecto de la sentencia expedida el 20 de agosto de 2007, a las 09h05 por la Segunda Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, que confirma la sentencia del juez de primer nivel que desechó la demanda.- Aceptado a trámite el recurso extraordinario y, encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo, la Sala efectúa las consideraciones previas siguientes: **PRIMERA:-** Declarar su competencia para conocer el recurso extraordinario de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación y por cuanto esta Sala calificó los recursos de la relación por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades exigidas por el artículo 6 de la ley de la materia, admitiéndolo a trámite. **SEGUNDA:-** La parte recurrente ha formulado su recurso extraordinario aduciendo la trasgresión de los artículos 1717 y 1724 del Código Civil y los artículos 115 y 131 del Código de Procedimiento Civil; y, la causales en que sustenta su reclamación son la primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Así entonces, ha quedado circunscrito por el recurrente el ámbito al que se constriñe la casación. **TERCERA:-** Como consecuencia del principio dispositivo contemplado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, actualmente en vigencia, desarrollado en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, corresponde a la parte recurrente la fijación de los límites dentro de los cuales se constriñe el recurso deducido, y, efectivamente, así ha quedado establecido en el memorial del recurso extraordinario planteado. **CUARTA:** Corresponde en primer término analizar el cargo con fundamento en la causal tercera de casación. **4.1.-** Esta causal se conoce como de violación indirecta de normas sustantivas por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. En la configuración de esta causal concurren dos trasgresiones sucesivas: la primera, violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria por cualquiera de los tres supuestos antes mencionados; y, la segunda afectación de normas de derecho como consecuencia de la primera y que conduce a la equivocada aplicación o no aplicación de estas normas materiales en la sentencia o auto. Por tanto, la

parte recurrente, al invocar esta causal debe determinar la siguiente: 1. Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que pudiesen haber sido violentados; 2. El modo por el que se comete el vicio, esto es, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; 3. Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas como consecuencia de la trasgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, 4. Explicar y demostrar, cómo la aplicación indebida, falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a dicha valoración probatoria han conducido a la afectación de normas de derecho, ora por equivocada aplicación o por su falta de aplicación. **4.2.-** En la especie, el recurrente aduce que no se ha aplicado el inciso segundo del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, en la parte que dice: “el juez tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.”; pero que en la especie, la Segunda Sala solo enuncia que se solicitó confesión judicial, pero lo único que señala es que José Miguel Cárdenas tiene su domicilio y residencia en los Estados Unidos; aunque esta situación no es analizada, pondera, pues en el texto del pliego de la confesión judicial, se le pregunta, entre otras cosas, que la vendedora tenía 90 años a la fecha de otorgamiento de la escritura y que el médico tratante determinó que tenía demencia senil, documento que se actúa como prueba dentro del juicio pero no se lo considera; que la vendedora no tenía conciencia de la moneda de circulación a la fecha de la escritura en el Ecuador, que se realizó con los valores supuestamente pagados, esto es, ciento veinte mil dólares, que si el dinero dejado por la causante se inventarió luego de su muerte, aspectos que no se consideran, que no se analizan, pues se trata de pruebas actuadas y que debieron ser analizadas. **4.3.-** También acusa la falta de aplicación del Art. 131 del Código de Procedimiento Civil en lo relativo al valor de la prueba de la confesión tácita, porque en el caso la vendedora tenía 90 años de edad y sufría de demencia senil, se encontraba enferma, lo cual debió ser confrontado con el pliego de absoluciones y analizado conforme la sana crítica, esto es, la lógica y conocimiento de juez.- **4.4.-** Al respecto esta Sala estima que el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, contiene por una parte, la obligación de los juzgadores de valorar la prueba en su conjunto acorde a las reglas de la sana crítica; y por otra, también la obligación de valorar todas las pruebas que se hubieren producido en el proceso.- La prueba supuestamente no valorado es la confesión judicial que la parte actora solicitó al demandado José Miguel Cárdenas Espinoza; no obstante, el Tribunal ad quem estimó que el confesante justificó tener su residencia en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, por lo que era materialmente imposible se lo hiciere comparecer a rendir la confesión.- A fojas 72 del cuaderno de primer nivel consta la providencia de 289 de junio del 2005, a las 08h25, por la cual el juez de primer nivel declara confeso al demandado y dispone emitir la boleta respectiva al Alguacil Mayor para que lo haga comparecer a rendir la confesión judicial; diligencia que, obviamente no se pudo cumplir por la razón antes señalada.- El Art. 131 del Código de Procedimiento Civil dispone que si la persona llamada a confesar no compareciere, no obstante las prevenciones legales, se negare a prestar, no quisiere responder o lo hiciere de modo equívoco u oscuro, el juez podrá declararla confesa, quedando a su libre criterio, lo mismo que a los jueces de

segunda instancia, el dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto.- Esta disposición claramente deja al criterio autónomo del juez de instancia el dar o no valor probatorio a la confesión ficta, esto es, si estima o no que hace prueba en el proceso, considerando las circunstancias por las cuales el confesante no concurrió a rendir la declaración, se negó a responder las preguntas que se le planteaban o lo hizo de manera equívoca, confusa u oscura; y el Tribunal ad quem así lo hizo, al estimar que tal confesión no pudo efectuarse por la circunstancia que el confesante tenía su domicilio y residencia en el exterior, lo cual significa que si expresó su criterio de valoración en el proceso sobre tal confesión tácita, pero no consideró que aportaba elementos para que el juzgador forme su criterio, todo ello, a la luz de las demás pruebas actuadas en el juicio.- Sobre la confesión ficta y su valor probatorio, la ex Corte Suprema de Justicia ha dicho: "Al respecto, esta Sala recoge el razonamiento constante en su Resolución No. 96-2000, publicado en el Registro Oficial No. 63 de 24 de abril de 2000, que dice: '...al haber permitido que se lo declare confeso, es decir, que el Juez presuma como afirmativas las respuestas a todas las preguntas formuladas en el interrogatorio... y no haber solicitado prueba alguna en su descargo, el demandado asumió el riesgo de que el juzgador, en uso del libre criterio que la ley le concede, admite esa confesión ficta como un elemento de convicción en cuanto a los hechos en ella inquiridos y que tiene relación con los que son materia de la controversia. Sobre este tema, Hernando Devis Echandía manifiesta: <la citación para absolver posiciones o interrogatorio y reconocer o rechazar documentos, impone una carga procesal y no una obligación o deber de comparecer, a menos que por ley deba conducirse al citado por la fuerza para que de todas maneras se surte la diligencia, o se le conmine con multas, arresto u otra sanción; como lo último no ocurre en los procesos civiles y laborales, es indudable que se trata de una simple carga de comparecer, que el citado puede abstenerse de satisfacer, sometiéndose a las consecuencias de la declaración de confeso, que no constituye una sanción, sino un efecto desfavorable... la citación impone la carga procesal del comparecer o permanecer en la casa u oficina (según como haya sido la orden judicial), para la práctica de la diligencia, en el día y hora señalados. El incumplimiento de esa carga trae la consecuencia de que se presumen ciertos los hechos preguntados y admisibles. Los hechos favorecidos por la presunción de ser ciertos, pueden desvirtuarse mediante libre prueba en contrario, sin necesidad de argüir y demostrar error ni elemento subjetivo de ninguna clase. No se trata de revocar o retractar la confesión, sino de probar en contrario de una presunción judicial. La carga de la prueba queda, por tanto, sobre el citado, ya que debe desvirtuar la presunción de ser ciertos esos hechos> (Teoría General de la Prueba Judicial, tomo I, 4ta. Edición, 1993, Biblioteca Jurídica Dike, Págs. 750.751). De la misma manera, esta Sala ha señalado, en la Resolución 490 de 23 de septiembre de 1999, publicada en el Registro Oficial No. 333 de 7 de diciembre de 1999, que: 'el artículo 135 del Código de Procedimiento Civil concede de manera expresa a los jueces y tribunales de instancia la potestad de valorar o apreciar la confesión ficta con libre criterio, es decir, sin tasación legal alguna. Esto no quiere decir, por cierto, que se ha de tener a la confesión ficta en todos los casos sino sólo en aquellos en que se hace la declaración o reconocimiento tácito de hecho contra el mismo confesante ficto, o que la ley no exija para

el caso otro medio de prueba como la instrumental o la inspección judicial'. De lo expuesto, la fundamentación del recurrente de que no se ha valorado la confesión ficta del demandado con transgresión a la regla de valoración de la prueba contenida en el Art. 135 del Código de Procedimiento Civil no tiene sustento porque ese mismo artículo establece la regla de la libre valoración de la prueba, en la parte que dice: 'quedando a su libre criterio (el del juez), lo mismo que al de los jueces de segundo y tercera instancia, el dar a esta confesión ficta el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto'. Como se ve claramente la Ley Procesal deja, pues, al criterio discrecional del juzgador de dar a la confesión ficta el valor de prueba. Si en la especie, atendidas las constancias procesales y analizadas en su conjunto, el Tribunal ad quem, en uso de su facultad soberana, ha procedido a no considerarla como tal no ha inaplicado la norma alegada." (Resolución No. 443-2000, Primera Sala, R. O. No. 281, de 9 de marzo del 2001).- Por lo expuesto se desecha la acusación por la causal tercera formulada en el escrito de casación que se analiza en este considerando.-

**QUINTA:** La parte recurrente invoca la causal primera de casación.- **5.1.-** Esta causal procede por falta de aplicación de normas de derecho incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia o auto y que hayan sido determinantes en su parte dispositiva; causal que doctrinalmente hablando se conoce como de vicios "in iudicando" y que no permite apreciar la prueba actuada ni tampoco hacer una nueva consideración de los hechos que se da por aceptados; apuntando sí, esencialmente, a la vulneración de normas propiamente. Es que cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ora por el actor, ora por el demandado (demanda y contestación); luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables (subsunción del hecho en la norma). Una norma material o sustancial, tiene, estructuralmente hablando, de ordinario, dos partes: un supuesto y una consecuencia. En ocasiones, las normas no tienen estas dos partes sino que se complementa con otra o más normas con las que forma una proposición lógico jurídica completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma. El vicio de juzgamiento o "in iudicando" contemplado en esta causal se da en tres casos: a) Cuando el juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; b) Cuando el juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, c) Cuando el juzgador incurre en un error o yerro de hermenéutica, de exégesis jurídica al momento de interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.- **5.2.-** El recurrente acusa la falta de aplicación del Art. 1717 del Código Civil, porque indica que, de acuerdo con esta norma, las declaraciones que hicieron en el instrumento público, por parte de los contratantes, hace plena fe, quienes reconocen que pagaron por la venta 621 dólares americanos, por tanto no podía considerarse ningún documento privado.- Además, que se ha dejado de aplicar la norma del Art. 1724 del Código Civil, porque en el momento en que se considere que un instrumento privado

tiene más valor que el instrumento público, se estaría atentando contra normas expresas; en consecuencia, dice, si en la sentencia, se hubieren considerado las dos disposiciones legales relativas al valor que se debe dar a la escritura pública, no se hubiera llegado a la conclusión de la resolución, no se admitiría que el instrumento privado tiene más valor que el público.- **5.3.-** Las normas que el recurrente estima infringidas disponen: “Art. 1717.- El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes”; y, “Art. 1724.- Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública no surtirán efecto contra terceros. Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.”- El Código Civil, a más de contener disposiciones sustantivas o de derecho material, es decir aquellas que contienen un supuesto hipotético, también contiene normas de valoración de prueba, como es el caso de los artículos antes mencionados en cuanto a la fuerza probatoria de los instrumentos públicos, así como a las escrituras privadas o públicas que alteren o modifiquen el contenido de una escritura pública; en consecuencia, la violación de estas disposiciones corresponde atacar con cargo a la causal tercera de casación, que es la que procede específicamente sobre la infracción de normas de valoración de la prueba, pero no al amparo de la casual primera como lo hace el recurrente, toda vez que en esta última causal, como se dejó indicado, no entran en consideración los elementos fácticos.- En consecuencia se desecha también la acusación con sustento en la referida causal.- Por lo expresado, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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**”, no casa la sentencia de 20 de agosto de 2007, a las 09h05, emitida por la Segunda Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca.- Sin costas ni multas. Léase, notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales.

CERTIFICO.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las seis copias que anteceden, son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio ordinario No. 260-07 ex 1ª. Mas (R. No.178-11) que, por rescisión de contrato sigue Alfonso Espinoza Castillo y otros contra José Cárdenas Espinoza. - Quito, 28 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

No. 180-11

**Juicio:** 359-09 GNC.

**Actor:** Luís Humberto Astudillo Orellana, en su calidad de Presidente y Representante Legal de la Asociación de Ex Trabajadores del Ingenio Aztra.

**Demandado:** Luis Guillermo Herrera Valdiviezo.

**Ponente:** Dr. Galo Martínez Pinto.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA**

Quito, 4 de abril de 2011; las 09h40.

**VISTOS:-** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b) del apartado IV, DECISIÓN, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC pronunciada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el 17 de diciembre último ante el Consejo de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la resolución sustitutiva adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, en el juicio ordinario de extinción de hipoteca abierta y prohibición de enajenar que sigue la parte actora, esto es Luís Humberto Astudillo Orellana, en su calidad de presidente y representante legal de la Asociación de ex trabajadores del Ingenio Aztra contra el demandado Luis Guillermo Herrera Valdiviezo, y en el que se confirmó el fallo del inferior y que declaró sin lugar la demanda, aquél deduce recurso de casación respecto de la sentencia pronunciada el 26 de enero de 2009, a las 11h00 por la sala de lo Civil, Mercantil, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, que confirmó, como ya está dicho, la sentencia que le fue en grado dentro del juicio ya expresado seguido por la parte recurrente. Aceptado a trámite el recurso extraordinario de casación y, encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo, la Sala efectúa las consideraciones previas siguientes: **PRIMERA:-** Declarar su competencia para conocer el recurso extraordinario de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación y por cuanto esta Sala calificó el recurso de la relación por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades exigidas por el artículo 6 de la ley de la materia, admitiéndolo a trámite. **SEGUNDA:-** La parte recurrente, fundamenta su recurso extraordinario aduciendo la trasgresión de las normas jurídicas contenidas en los artículos siguientes: artículos 82 de

la “Constitución de Derechos y Justicia de la República”, dice la parte recurrente, refiriéndose probablemente a la que actualmente rige, esto es la de 2008; y 115 del Código de Procedimiento Civil así como el 2311, 2315, 2336 inciso tercero, 1725 y 1726 del Código Civil -citados así en ese orden-. Las causales en que sustenta su impugnación son la primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, específicamente por falta de aplicación y aplicación indebida de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; todo lo cual analizaremos pormenorizadamente más adelante. De este modo, queda circunscrito los parámetros dentro de los cuales se constriñe el recurso planteado y que será motivo de examen de este Tribunal de Casación, conforme al principio dispositivo consignado en los artículos 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, actualmente en vigencia y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

**TERCERA:- 3.1** Se esgrimen cargos únicamente al amparo de las causales primera y tercera aunque, como se fusiona el cuestionamiento al fallo expedido amparado también en normas de carácter supremo, y se la vincula con la causal primero corresponde examinar entonces ese cuestionamiento pues, de llegarse a comprobar las vulneraciones que al amparo de esas normas supremas se invoca, se tornaría innecesario el examen de las causales invocada propiamente dichas. La norma suprema que se menciona y cuyo análisis se hará a continuación es el artículo 82 de la Constitución de 2008, aprobada en referéndum popular. Esa disposición versa en torno al derecho a la seguridad jurídica fundamentado en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Esto obviamente es así en un Estado de derecho, como el que rige el accionar en el país; aunque se trata de una normativa de carácter general y abstracta que dice relación a una declaración de filosofía político jurídica y que, en la especie, carece de asidero. Sin embargo, no basta simplemente efectuar un enunciado de la norma abstracta y genérica sin precisar, peor demostrar, dónde se desconoció dicha garantía constitucional básica; el discrepar de un punto de vista determinado y cuya apreciación no pasa de ser subjetiva, no significa en modo alguno la comprobación de la trasgresión o vulneración de la norma jurídica en cuestión. En consecuencia, se desestima el cargo por la presunta afectación de la norma suprema de la relación.

**3.2** Con respecto a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación invocada, ella dice relación a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto pronunciados. Esta causal, hace referencia, como ya está dicho, a los vicios antedichos, siempre que hayan conducido a una equivocada o no aplicación de tales normas jurídicas. El propósito aquí, entonces, no es revalorar las pruebas actuadas ni tampoco volver en torno de hechos ya fijados y que no tiene razón de volverse a discutir pues se da por aceptados. Se aduce en el memorial del escrito de casación vulneración de normas o preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba y que, en decir de la parte recurrente, hubo “aplicación indebida”; esas

normas son, conforme se citan, el considerando tercero del memorial de la relación, únicamente los artículos 115 del Código de Procedimiento Civil, 1725 y 1726 del Código Civil. La norma procesal citada en primer término hace mención, a que la apreciación probatoria debe hacerse, de acuerdo con las reglas de la sana crítica” y, efectivamente la parte recurrente expresa que dicha trasgresión se habría producido en esa “valoración de la prueba mediante las reglas de la sana crítica, por aplicación indebida de esa disposición adjetiva civil, pues que todo ello a conducido a una equivocada aplicación de la norma procesal, situación que también incide en la seguridad jurídica que garantiza la Carta Magna de Derechos y Justicia” Sin embargo, del texto transcrito y del contexto del memorial del recurso, no se advierte, precisión o señalamiento alguno en torno a esa afectación invocada y, por eso, la Sala no puede hacer control de legalidad alguna. La norma en cuestión es un verdadero precepto de valoración y, las dos reglas que se contienen en esa disposición, son: la primera, que tiene que ver con la sana crítica y, la otra, la obligación de valorar todas las pruebas actuadas. Y es que con ocasión de esta causal tercera, primeramente, debía demostrar la parte recurrente la vulneración directa de la norma de carácter procesal para luego, una vez establecida, comprobar, de qué manera, a su vez, la afectación directa en cuestión produjo una trasgresión indirecta de la norma sustancial o material, en este caso particular, la de los artículos 1725 y 1726 del Código Civil. La esencia o el fundamento de esta causal no es, entonces, reiteramos, volver a revisar la prueba actuada ni fijar nuevos hechos de los ya establecidos por el juzgador de instancia, atento a sus potestades jurisdiccionales. Se invoca en el memorial del recurso extraordinario básica y únicamente el artículo ya mencionado del Código de Procedimiento Civil, y el señalamiento genérico de la sana crítica y no más, debiendo haberse singularizado o especificado en qué parte del fallo que reprocha se ha dado tal afectación y a propósito de qué pruebas, nada de lo cual se consigna en ese escrito de interposición del recurso. Reiteramos, la vulneración directa había primero que establecer y demostrar. Y es que pretender apoyarse la parte recurrente -sin demostrarlo- en la vulneración del artículo 115 del libro procesal civil, según afirma, es inocuo por lo antes expresado; y así entonces, la premisa lógico jurídica además, luce incompleta por una parte; y de otra, que tampoco está demostrado, reiteramos, la vulneración de la norma procesal atinente a la valoración probatoria aducida, no bastando simplemente manifestarlo o insinuarlo. Y es que en la configuración de esta causal concurren dos trasgresiones sucesivas, reiteramos, por así decirlo: la primera, violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria por cualquiera de los tres supuestos antes mencionados; y, la segunda afectación de normas de derecho como consecuencia de la primera y que conduce a la equivocada aplicación o no aplicación de estas normas materiales en la sentencia o auto, como ya está expresado. Por tanto, la parte recurrente, al invocar esta causal debe determinar lo siguiente: 1. Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que pudiesen haber sido violentados; 2. El modo por el que se comete el vicio, esto es, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; 3. Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas como

consecuencia de la trasgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, 4. Explicar y demostrar, cómo la aplicación indebida, falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a dicha valoración probatoria han conducido a la afectación de normas de derecho, ora por equivocada aplicación o por su falta de aplicación. La norma procesal en cuestión, aducida en el memorial del recurso extraordinario, versa, reiteramos, en torno a un precepto de valoración de la prueba como ya está expresado, donde se contiene, a su vez, dos reglas por así expresarlo: una primera, la referente a la sana crítica (apreciación de las pruebas en conjunto) que es una especie de método valorativo -que se expresa a través de la experiencia del juzgador y las reglas de la lógica formal, entre otros-; y, la otra, la obligación del administrador de justicia de valorar todas las pruebas. Apreciar en conjunto, como dice la norma procesal, quiere decir analizar toda una “masa de pruebas” como denominan los jurisconsultos anglosajones; y, las reglas de la sana crítica -que es un método de valoración de la prueba- son, para el insigne tratadista uruguayo Eduardo Couture, “las reglas del correcto entendimiento humano” y por eso intervienen allí las reglas del recto pensar, a juicio de Pfander, es decir, de la lógica de las formas y la experiencia del juzgador (Fundamentos de Derecho Procesal Civil; B. Aires, 1997, 3era. Edición, p. 270) y, apreciar en conjunto la actividad probatoria, según Toboada Roca, constituye “aquella actividad intelectual que realiza el juzgador de la instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios aportados por los litigantes” y por virtud de ello concluye que son ciertas algunas de las alegaciones fácticas; y es que en verdad debe estarse a las pruebas cuya “estimación conjunta de todas las articuladas...” tiene que resultar conducente al objetivo del caso (Murcia Ballén, Recurso de Casación, 6ta. Edición, Bogotá, p.p.409 y 410). De allí que, para nuestra ex Corte Suprema de Justicia, las reglas de la sana crítica no están consignadas en códigos ni leyes; tampoco han sido elaboradas por la doctrina ni por la jurisprudencia; y, por lo mismo, sostiene que no se puede invocar “errónea interpretación” del precepto en general y por tanto de las reglas de la sana crítica” o, como en la especie, a juicio del recurrente, una “aplicación indebida” de los preceptos jurídicos atinentes a la valoración de la prueba cuya potestad jurisdiccional por lo demás, atañe exclusivamente a los juzgadores de nivel. Del texto antedicho se viene a conocimiento, que se está cuestionando una facultad privativa, exclusiva, como ya se ha expresado del tribunal de instancia, y por tanto, no le está permitido al Tribunal de Casación penetrar, en un ámbito que le está, legalmente, vedado. Nótese que la manera de presentar el recurso de casación pugna con la técnica procesal en casación y, lo que es más, con ocasión de la causal tercera invocada cuando esta no permite revalorar la prueba actuada ni fijar nuevos hechos que se dieron por aceptados; refiriéndose por o demás a un asunto o proceso ajeno al que se examina cuando se expresa, por ejemplo, lo siguiente: “Lo ...más grave...es el hecho que la Sala autora de la sentencia impugnada acepta como prueba de obligación la letra de cambio aludida anteriormente y cuyo pago se viene reclamando mediante el juicio ordinario No. 19/08 ante el Juez Noveno de lo Civil del Cañar, juicio en el que la letra de cambio es un simple principio de prueba por escrito y que, como sabemos, requiere de probanzas auxiliares para alcanzar que se establezca la supuesta obligación, siendo

este juicio de conocimiento y por tanto insuficiente para acreditar la existencia de una obligación y mucho menos si se conoce con certeza y mediante documentos incuestionables, que dicha letra de cambio, de contener alguna obligación prescrita ya ejecutivamente, ha sido girada y aceptada fuera de la vigencia de la hipoteca cuya cancelación o extinción se ha demandado, como se ha demostrado a lo largo del proceso”; argumentación que, insistimos, más parece alegación propia del extinguido recurso de tercera instancia, sin demostrar, en modo alguno, afectación de la norma jurídica referente a la valoración probatoria. Lo inequívoco, según el tribunal de instancia, es que “en ninguna parte del proceso consta aquello” (se refiere a la cancelación de ‘todas las obligaciones contraídas con el acreedor hipotecario’, aducida por el ahora recurrente); siendo que la hipoteca abierta constituida garantizaba obligaciones presentes y futuras, cuestionando así, insistimos, la facultad del juzgador de nivel de apreciar la prueba actuada, con cuya apreciación discrepa la parte recurrente. En el numeral cuarto del mismo memorial, como si lo antes expresado no fuera suficiente para cuestionar la manera impropia de presentación del recurso, se reitera en cuestionar la apreciación probatoria de la confesión judicial de la contraparte y que, en su decir, debió apreciar de otra manera el juzgador de segundo nivel con cuya apreciación discrepa, se expresa: “de otro lado, como algo risible señalaré que en la sentencia impugnada, aparte de considerar el juicio ordinario como prueba de obligación, la Sala acoge los testimonios de Enrique Avila, Luís Núñez y José Burgos para acreditar una supuesta existencia de obligación, la que, según los juzgadores, les impide aceptar la demanda y todo ello en burda o motolita transgresión al contenido de los arts. 1725 y 1726 del C. Civil que ...” Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que “El sistema procesal de las libres convicciones, también llamado de las pruebas morales o materiales, por oposición al sistema procesal de los pruebas legales, es aquel en el cual el juzgador resuelve con absoluta libertad, según su leal saber y entender (...) según el régimen que se llama de libres convicciones, el juez sólo está obligado a expresar sus conclusiones respecto de la prueba de los hechos; mientras que según el denominado de la sana crítica, debe expresar, además, cuál ha sido el razonamiento que ha seguido para llegar a tales conclusiones” (A. Noceitti Fasolino, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, p.p. 655, 657, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. B. Aires, 1964). Por lo demás, debe tenerse presente que cuando el Juez decide con arreglo a la sana crítica, como en el caso de la norma contenida en el artículo 115 del libro procesal civil (antes 119) “no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente”, como señala Eduardo Couture, conspicuo tratadista uruguayo citado, pues, eso sería libre convicción; sistemas en suma distintos al de tasación o tarifa legal, de tanta importancia en el derecho germánico; y que en la especie no ha habido tal razonamiento arbitrario como parecería sostenerlo la parte recurrente a juzgar por el enunciado genérico que ha hecho. La Sala advierte que el supuesto de la causal tercera invocada no se cumple, por lo antes referido de modo analítico; y no existiendo el silogismo lógico jurídico completo al no haberse demostrado la afectación directa del expresado artículo 115 del libro procesal civil, referente a la valoración probatoria, mal podría demostrarse afectación que, a su vez, indirectamente hubiese producido una vulneración de ese orden en la norma material o sustancial

de que tratan los artículos 1725 y 1726 del Código Civil. Por tanto, reiteramos, la premisa lógica jurídica luce incompleta y el silogismo no se cumple; por manera que se rechaza el cargo imputado a esta causal tercera. **CUARTA:-** Se esgrimen cargos al amparo de la causal primera. Esta causal imputa vicios “in iudicando” y puede darse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Aquí, tampoco se permite revalorar la prueba ni fijar nuevamente hechos ya establecidos, que se dan por aceptados pues, la esencia de esta causal apunta a demostrar, jurídicamente, la vulneración propiamente dicha de normas de derecho. Es que cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la veracidad de determinados hechos, alegados otra por el actor ora por el demandado (demanda y contestación); luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables (subsunción del hecho en la norma y que es una operación de abstracción mental propia del intelecto humano). Una norma material, estructuralmente hablando, tiene dos partes por así decirlo: un supuesto y una consecuencia. En ocasiones, la norma carece de estas dos partes pero se complementa con una o más normas con las que forma una proposición jurídica completa. La subsunción no es sino la operación o encadenamiento lógico mental, propio de la lógica formal, de una situación fáctica, específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma en cuestión. El vicio de juzgamiento o “in iudicando” contemplado en esta causal se da en tres casos: 1. Cuando el juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el Juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en un error de hermenéutica, de exégesis jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene. En la especie, la parte recurrente aduce vulneración de normas jurídicas no aplicadas o inaplicadas por el tribunal de instancia, normas ya mencionadas en el numeral segundo y que dicen relación al Código Civil (artículos 2311, 2315 y 2336 inciso tercero así el 82 de la Constitución) que ya fue analizado en el considerando tercero-; particulares que se irán examinando pormenorizadamente. Veamos el análisis y la argumentación que efectúa la parte recurrente en el mismo orden de su exposición discursiva: tocante a lo previsto en el artículo primeramente citado, este versa acerca de los derechos del tercero poseedor de la finca hipotecada, impertinente al tema en examen; respecto del 2315 que efectivamente hace referencia a las modalidades bajo las cuales se puede constituir hipoteca, ciertamente, y, ciertamente que otorgada bajo cierta condición “no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día;...”, como argumenta la parte recurrente; pero, omite citar el inciso final del mismo artículo que consigna que la hipoteca asegurará “TODAS las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario”, como en la especie y, existiendo obligaciones pendientes de solución o pago efectivo por parte del ahora recurrente (que

no se ha descartado según el tribunal de instancia), mal podría liberarse de la garantía constituida en seguridad de las obligaciones adquiridas. Por otro lado, obvio que el artículo 2336 del mismo código sustantivo civil que trata de la extinción de la hipoteca señala que ésta se extingue junto a la obligación principal desde que es un instituto de prenda pero tiene como uno de sus caracteres esenciales la indivisibilidad y por eso, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas “están obligadas al pago de TODA la deuda y de cada parte de ella” (el resaltado es de la Sala) y ciertamente también que se extingue por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el cumplimiento de la condición resolutoria, según las reglas legales “o por la llegada del día hasta el cual fue constituida” obviamente, pero una vez que se hubiese solucionado integralmente la obligación principal a la que la hipotecaria accede, lo que, insistimos, a juicio del tribunal de segundo nivel no se demostró dentro del proceso que falló. En consecuencia, no habiéndose demostrado vulneración alguna de normas de derecho al amparo de la causal primera, argumentada por la parte recurrente, no ha lugar al cargo por la misma que, en consecuencia, se rechaza. Por las consideraciones y motivación precedentes, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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”**, no casa el fallo del que se ha recurrido y que fuera expedido por la Sala especializada de lo Civil, Mercantil, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, con sede en Azogues, el 26 de enero de 2009, a las 11h00. Con costas por considerarse que se ha litigado con mala fe. Léase, notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Galo Martínez Pinto, Carlos Ramírez Romero y Manuel Sánchez Zuraty, Jueces Nacionales.

CERTIFICO.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

En la ciudad de Quito, hoy día lunes cuatro de abril de dos mil once, a partir de las diecisiete horas notifique con la nota en realción y sentencia que anteceden a LUIS HUMBERTO ASTUDILLO ORELLANA, EN SU CALIDAD DE PRESIDENTE Y REPRESENTANTE LEGAL DE LA ASOCIACIÓN DE EX TRABAJADORES DEL INGENIO AZTRA, en el casillero judicial No. 946 del Dr. Jorge Beltrán y no notifico a LUIS GUILLERMO HERRERA VALDIVIEZO, por cuanto no ha designado casillero judicial en esta ciudad para el efecto.- Certifico.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

**RAZON:** Siento por tal que las siete fotocopias que anteceden son tomadas del juicio Ordinario No. 359-09 GNC que por extinción de hipoteca abierta sigue LUIS HUMBERTO ASTUDILLO ORELLANA, EN SU CALIDAD DE PRESIDENTE Y REPRESENTANTE LEGAL DE LA ASOCIACIÓN DE EX TRABAJADORES DEL INGENIO AZTRA contra LUIS GUILLERMO HERRERA VALDIVIEZO, Quito, 27 de abril de 2011.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.