

Dentro del juicio Ordinario No. 685-2012 GNC que por nulidad de escritura pública sigue LOLA BEATRIZ SEVILLA PROAÑO, EN SU CALIDAD DE PROCURADORA COMÚN de la PARTE ACTORA contra SERGIO NEPTALÍ CANDO CALUÑA Y OTRA, se ha dictado lo que sigue:

Razón: Siento como tal que el presente juicio fue estudiado en relación por los señores doctores, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. María Rosa Merchán Larrea; y Dr. Wilson Andino Reinoso, Jueces Nacionales de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.- Certifico.- Quito, a 07 de octubre de 2013.- ff) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora

Juicio No. 685 – 2012

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, 07 de octubre de 2013, las 08h43.

VISTOS: 1. COMPETENCIA: En virtud de que los Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 04-2013 de 22 de julio de 2013, dispuso reestructurar la conformación de las Salas Especializadas, con sujeción a lo previsto en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, sustituido por el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, y nos designó para integrar esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo que obra del cuaderno de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, en armonía con los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. **2. ANTECEDENTES:** En lo principal, sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por Sergio Neptalí Cando Caluña en contra de la sentencia proferida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas el 24 de mayo de 2012, a las 15h47, y del auto que absuelve la petición de aclaración y ampliación de la misma, dentro del juicio ordinario de nulidad de escritura pública que sigue Lola Beatriz

Sevilla Proaño, en su calidad de Procuradora Común contra el recurrente y otra. **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El casacionista alega como normas infringidas en la sentencia impugnada los artículos 10 y 1697 del Código Civil y 180, 83, 346.4, 1014, 346.1.2.3.4.6.7, 349, 273, 106 y 276 del Código de Procedimiento Civil y si bien fundamenta el recurso en las causales primera, segunda, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, la Sala de Conjuces de esta Sala Especializada lo admitió parcialmente, desde que inaceptó la causal primera, en auto de 27 de mayo de 2013, a las 11h20. Concluido el trámite de sustanciación, para resolver, se puntualiza: **4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de derecho estricto; es recurso limitado desde que la ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. Consecuencia de dicha limitación “es el carácter eminentemente formalista de este recurso, (...), que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de la casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo” (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2005, p. 91). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad, está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La casación es recurso riguroso, restrictivo y formalista, por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la ley. **5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS: 5.1. PRIMER CARGO, NORMAS CONSTITUCIONALES:** El recurrente con cargo en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, alega: “La sentencia definitiva carece de motivación, viola expresamente el Art. 76 numeral 7, lit i) de la Constitución y Art. 274 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto en el razonamiento no se respalda en norma legal aplicable al caso, la falta de motivación en derecho, hace que la sentencia brille en subjetividades. La motivación de una sentencia o auto definitivo debe ser completo para lo cual tiene que abarcar tanto los hechos como el derecho, respecto del derecho (sic), que es lo que carece la sentencia impugnada, la Sala debió describir, citar,

justificar su razonamiento y conclusiones subsumiéndolo a la norma legal respectiva, es decir, cual fue la norma que le permitió arribar a las conclusiones...”. Sin desmedro de atender el principio de supremacía constitucional, establecido en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República, al ser la norma suprema del Estado la fuente originaria del ordenamiento jurídico derivado, a la cual debe encontrarse ajustado el sistema dispositivo infraconstitucional, las actuaciones de las instituciones del Estado, sus representantes, los administrados y en general la sociedad que se encuentra por fuerza de ley vinculada a dicha normativa, es necesario puntualizar que la estrictez que supone la deducción del recurso de casación integra la necesidad de conexión lógica, entre la causalidad y la fundamentación, respecto de las normas que a criterio del casacionista han sido infringidas. Por tanto, la simple alegación de incumplimiento, ya sea por acción u omisión, en la aplicación o inaplicación de la norma jurídica o en lo atinente a las reglas de la sana crítica, sin efectuar ninguna especificidad, por una parte limita forzosamente su discernimiento y por otra, contribuye al menoscabo de ciertos rasgos peculiares que deben vigilarse para la proposición de este recurso extraordinario, sobre la base de inconsistencias de orden constitucional o legal que pudieron acaecer en el fallo impugnado, de aquellas que se encuentran protegidas por la Ley de Casación. El tratadista José Nuñez Aristimuño explica: “Sin fundamentación, sin razonar las infracciones denunciadas no existe formalización. La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción” (Resolución de la Ex - Corte Suprema de Justicia, No. 213 de 09 de marzo de 1998, juicio 46-97, publicada en Registro Oficial No. 319 de 18 de mayo de 1998). Consecuentemente, no habiéndose formulado la proposición jurídica completa, la imputación resulta diminuta, al alegarse la violación, in genere, de un derecho fundamental, sin expresarse en forma clara y concreta, ni precisar sus razones. En tal virtud, se rechaza el cargo impugnado.

5.2. SEGUNDO CARGO: CAUSAL SEGUNDA.- Habiendo primado el análisis de las acusaciones de orden constitucional, es oportuno el examen de otras normas que se alegan infringidas. Corresponde analizar el cargo por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Esta causal regula la “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”. El recurrente con cargo en esta causal, aduce infracción de los artículos 346.4, 1014, 349, 346.1.2.3.4.6.7, 83, 169 y 179 del Código de Procedimiento Civil. **5.2.1.** El fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y en consecuencia la armonía y

paz sociales a través de la realización imparcial del derecho objetivo abstracto en el caso concreto que se resuelve a través del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. La lógica consecuencia es que solo “en el evento de violación de la norma procesal que afecte a la aplicación de ese derecho sustantivo, en forma tal que impida esa aplicación, determina que la sentencia deba ser casada por vicios in procedendo” (Ex - Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 473 de 07 de septiembre de 1999, Registro Oficial, No. 332 de 03 de diciembre de 1999). Los principios que informan esta materia son los de la especificidad y de la trascendencia, en cuanto el vicio que se imputa al fallo impugnado debe estar contemplado en la ley como causa de nulidad, pues no hay defecto capaz de estructurar nulidad objetiva sin ley que expresamente la establezca y, que tal vicio sea de verdadera importancia, que sea trascendente, de modo tal que el proceso esté impedido de cumplir su misión ya porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, ya porque provoque indefensión a una de las partes. Las causas de nulidad se encuentran establecidas en fórmula de *numerus clausus* en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, esto es omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, y, en el artículo 1014 *ejusdem* en cuanto violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando.

5.2.2.- Consta del escrito de interposición del recurso: “Existe en la sentencia impugnada, falta de aplicación del Art. 346, numeral 4, Art. 1014 y Art. 349 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto, la sentencia fue dictada dentro de un proceso viciado de nulidad no saneada, porque pese que el Juez de primera instancia ordenó en la providencia de fecha 19 de junio del 2008, (fj # 75), el cumplimiento de la solemnidad sustancial, de notificación a los herederos por la prensa, sin embargo, la sentencia impugnada omite señalar, que el accionante durante todo el proceso no dio cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 83 del Código de Procedimiento Civil, es decir, no citaron a los herederos, es decir, (sic) todo el proceso fue sustanciado con violación de esta solemnidad sustancial (...), causándole al recurrente graves daños y perjuicios”. En todos los casos concernientes a una sucesión, debe necesariamente citarse a los herederos tanto conocidos como a los presuntos o desconocidos, esto no está al capricho de ningún accionante, es su obligación contar con todos éstos en su demanda y como consecuencia de esto deben ser citados de conformidad con la ley. A este respecto, debemos analizar, en su orden, en cuanto a la alegación, circunscrita en la falta de aplicación de los artículos que se consideran infringidos, atinente a las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, invocados en concordancia con lo establecido en el artículo 83 *ibídem*, que manda notificar a los herederos cuando falleciere alguno de los litigantes y a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando. El deceso de Agustina Proaño Morales, ha acontecido, de acuerdo con lo afirmado por la parte actora en escrito presentado el 09 de mayo de 2008, a fojas 74 del cuaderno de primer nivel, al que adjunta la copia íntegra de la inscripción

de defunción (fojas 65), haciendo conocer de este particular al Juez de instancia, quien seguidamente, mediante auto constante a fojas 75, dispone que en “atención a lo dispuesto en el Art. 83 del Código de Procedimiento Civil, se notifique a los herederos conocidos y desconocidos de Agustina Proaño Morales, para que comparezcan a juicio, mediante una sola publicación en la forma y con los efectos señalados en el Art. 82 del Código de Procedimiento Civil, publicación que se hará en uno de los diarios de mayor circulación de esta ciudad...”. La disposición judicial antedicha “comprende el ejercicio de la potestad jurisdiccional para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual, para desatar los conflictos y darle certeza jurídica a los derechos subjetivos y las situaciones jurídicas concretas, mediante la sentencia, que cuando se trata de procesos contenciosos reviste la calidad especial de cosa juzgada, y para la resolución por providencias interlocutorias de los problemas que se presenten en el curso del proceso” (Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, segunda edición, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires, 2002, p. 292), providencias o autos interlocutorios que según la doctrina, “...contienen alguna decisión sobre el contenido del asunto litigioso o que se investiga y que no corresponde a la sentencia, o que resuelve alguna cuestión procesal que puede afectar los derechos de las partes o la validez del proceso...” (Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, tomo I, décima edición. Bogotá. p. 456). Sin embargo, en la secuencia del proceso no consta el cumplimiento de dicha orden judicial, es decir, ni en primera, ni en segunda instancia se agrega la publicación determinada en el artículo 83 ejusdem, pese a que el recurrente insiste en varias oportunidades en su alegación de haberse omitido la notificación a los herederos de la causante. El deceso de la actora dio lugar a la situación del proceso con pluralidad de partes conocido doctrinalmente como litisconsorcio y que tiene lugar por los principios de conexidad y economía procesal. **5.2.3.** Distinguiendo a los litisconsortes según su calidad de actores o demandados se puede calificar el litisconsorcio de activo si figuran en él varios actores contra un solo demandado; de pasivo, si figuran en él varios demandados contra un solo actor, y, de mixto, cuando frente a una pluralidad de actores se encuentra una pluralidad de demandados. “No es posible distinguir en todos estos casos, dentro del proceso, como puestos frente a frente, en dos campos nítidamente delimitados, de una parte a todos los actores y de la otra a todos los demandados; las relaciones de contradicción se entrecruzan y contraponen entre las distintas partes correspondientes a las distintas demandas, y en lugar de un solo encuentro general en un frente único, el proceso se escinde en otros tantos contradictorios de partes distintas, en los cuales cada litisconsorte puede encontrarse ya como aliado, ya como adversario de cada uno de los otros” (Piero Calamandrei, Derecho Procesal Civil, Primera Serie, volumen 2, Oxford University Press, Mexico, 2001, p. 139). El litisconsorcio identifica a las partes interesadas y su significado implica, pues, la necesidad de unión, colaboración o alianza y, con ello, un destino, suerte o final común o compartido; “...el consorcio es

necesario u obligatorio cuando existen relaciones jurídicas sustanciales que se mantienen unidas o dependientes ya sea por su naturaleza o por su origen, en forma tal que su escisión quebrantaría la unidad jurídica del litigio en conocimiento del juez” (Armando Cruz Bahamonde, Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil, T. 1, Editorial Justicia y Paz, Guayaquil, 1988, p. 370). Cabe precisar, entonces, que cuando la legitimación ad causam compete u obliga conjunta y no separadamente a varias personas, el litisconsorcio de ellas es necesario. En este evento “la relación sustancial controvertida es sólo una, y una sola acción; pero como la relación sustancial es única para varios sujetos, en forma que las modificaciones de ella, para ser eficaces, tienen que operar conjuntamente en relación con todos ellos, la ley exige que al proceso en que hay que decidir de esa única relación, sean llamados necesariamente todos los sujetos de ella, a fin de que la decisión forme estado en orden a todos ellos” (Piero Calamandrei, *ibidem*, p. 140). En el caso sub lite se ha presentado el evento de litis consorcio subsiguiente o sobrevenido pues que se instituyó inicialmente el proceso con sólo la presencia de la actora y demandados, partes a las cuales han venido coactivamente a agregarse los llamados a la sucesión de la causante, es decir se produjo mutación en las personas de las partes luego de la interrupción contemplada por el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, a consecuencia de la desaparición por muerte física de aquella, artículo 64 del Código Civil, por lo que todas las relaciones transmisibles de derecho pasan de la persona extinguida a su sucesor universal “y si sobre una de esas relaciones de derecho sustancial había pendiente antes de la muerte un proceso, la transmisión del derecho controvertido por el causante al sucesor universal va acompañada de la transmisión al mismo sucesor de la legitimación para accionar o contradecir sobre aquella relación, y de la cualidad de parte en aquel proceso. Hay pues una triple transmisión coincidente: el sucesor universal entra en la posición activa o pasiva que tenía su autor en la relación de derecho sustancial (asumiendo sus derechos y obligaciones), en la acción (asumiendo su misma legitimación activa o pasiva) y en relación procesal (asumiendo la misma posición de actor o de demandado” (Piero Calamandrei, *id.* p. 140). **5.2.4.** Es evidente la necesidad de que el proceso se inicie y se desarrolle en condiciones viables, por lo que es obvio que carece de esta virtud cuando en su iniciación o en su trámite se omiten o se desvían los principios legales que garantizan la idoneidad y eficacia de los actos que lo integran así como el derecho de defensa de los sujetos procesales. Los principios que informan esta materia son los de la especificidad, protección, convalidación, trascendencia y oportunidad. Por el primero de estos principios, “No hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca. Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean los generales para todos los procesos, o ya los especiales que rigen sólo en algunos de éstos, resultan, pues, limitativos y, por consiguiente, no es posible extenderlos a informalidades diferentes”

(Humberto Murcia Ballén, op. cit., p. 574). El principio de la especificidad de las nulidades procesales está consagrado en el Código de Procedimiento Civil en los siguientes preceptos: artículo 346, que prevé la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, y 1014 que concierne a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando. Como se puede apreciar, las nulidades procesales tienen carácter taxativo. Por la trascendencia, las posibles omisiones o irregularidades en la tramitación de un proceso, los medios para su corrección son diferentes, en atención a su naturaleza y gravedad, este principio reserva la nulidad para los casos que, "... por omitirse un elemento esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa de los litigantes, revisten mayor gravedad..." (Humberto Murcia Ballén, ibídem, p. 574). Este principio, en cuanto informa que no hay nulidad de forma si la desviación no tiene importancia, no afecta las garantías fundamentales de defensa en juicio, se explica porque "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 en sus primeros tiempos, una misa jurídica, ajena a sus actuales necesidades" (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial I B de f, 4ta. Edición, Montevideo – Buenos Aires, 2002, p. 318). En consecuencia, no hay nulidad sin perjuicio, por lo que no puede hacerse valer la nulidad cuando la parte, mediante la infracción, no haya sufrido un gravamen, por lo que la vía de la nulidad, como principal medio de subsanar el vicio formal, sólo procede cuando la sentencia cause gravamen, cause perjuicio a la parte, provoque indefensión. Es preciso, pues, que el quebranto sea la determinante de la resolución tomada en ese fallo, es lo que la doctrina universal llama la eficacia causal del error in judicando. Por el principio de la protección, se establece la necesidad de consagrar expresamente la nulidad con el fin de proteger a la parte procesal cuyo derecho resultó vulnerado como consecuencia de la acción u omisión; en tanto que, por el de la convalidación, la nulidad, con la salvedad de ciertas excepciones, "No obstante existir materialmente en el proceso, se considera jurídicamente desaparecida de él por efecto del consentimiento expreso o implícito del litigante perjudicado con el vicio" (Humberto Murcia Ballén, id., p. 580). Las nulidades ocurridas durante el curso del proceso deben ser alegadas, por lo que quedan convalidadas si la parte interesada no lo hace y dentro del plazo legal correspondiente, pues siendo el recurso la forma principal de impugnación, su no interposición opera la ejecutoriedad del acto. En derecho procesal civil los vicios de forma se convalidan por el consentimiento. "... el derecho procesal

está dominado por ciertas exigencias de firmeza y de efectividad en los actos, superiores a las de las otras ramas del orden jurídico. Frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el derecho” (Eduardo J. Couture, op. cit., p. 319). Fenecidos los plazos se opera la preclusión de su etapa procesal y los actos, aunque sean nulos, quedan convalidados. **5.2.5.** En el marco de su impugnación el recurrente invoca la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por cuanto en la sentencia impugnada encuentra que se inaplicaron los artículos 346.4, 1014 y 349 del Código de Procedimiento Civil, en razón que no se citó a los herederos de Agustina Proaño Morales. El artículo 346.4 *ejusdem*, en concordancia con el artículo 349 alegado, dispone lo siguiente: “Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: (...) 4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente”. Dicha solemnidad sustancial, se encuentra vinculada para el caso *sub lite* con lo dispuesto en el artículo 83 *ibídem*, que dispone: “Cuando falleciere alguno de los litigantes, se notificará a sus herederos para que comparezcan al juicio. A quienes fueren conocidos se les notificará en persona o por una sola boleta, y a quienes fueren desconocidos o no se pudiese determinar su residencia, mediante una sola publicación en la forma y con los efectos señalados por el Art. 82”. Es de advertir que la norma legal transcrita se restringe a la notificación a los herederos ya sea en persona o mediante una publicación, según corresponda; publicación que debe contener “un extracto de la demanda o solicitud pertinente, y de la providencia respectiva”, de acuerdo a lo establecido en el segundo inciso del artículo 82 señalado y no atañe al procedimiento de citación *per se*. Citación es “un acto por el cual un órgano judicial ordena la comparecencia de una persona, ya sea parte, testigo, perito o cualquier otro tercero, para realizar o presentar una diligencia que afecta a un proceso” (Víctor De Santo, Diccionario de Derecho Procesal, tercera edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 57); y notificación es la “acción y efecto de hacer saber, a un litigante o parte interesada en un litigio, cualquiera sea su índole, o a sus representantes y defensores, una resolución judicial u otro acto del procedimiento. Couture dice que es también constancia escrita puesta en los autos, de haberse hecho saber a los litigantes una resolución judicial u otro acto del procedimiento” (op. cit. p. 228). La diferenciación conceptual y de praxis jurídicas, entre una y otra, radica en que la citación ordena o compele la comparecencia de una o varias personas en el proceso para los fines determinados en aquella, y su no comparecencia acarrea ciertas consecuencias legales por oposición del *ratio legis*; a *contrario sensu*, la notificación se limita a que las personas que tengan o puedan llegar a tener interés en la causa, conozcan oportunamente de un acto procesal en desarrollo, y que en caso de ser ajenas al proceso hasta antes de conocer la notificación, puedan decidir o no intervenir en aquél; en éste último caso, a sabiendas de las abultadas o nulas consecuencias jurídicas que podría acarrear su inasistencia. Se reitera que el recurrente aduce que “pese

a que el Juez de primera instancia ordenó en la providencia de fecha 19 de junio de 2008 (...), el cumplimiento de la solemnidad sustancial, de notificación a los herederos por la prensa, sin embargo, la sentencia impugnada omite, señalar, que el accionante durante todo el proceso no dio cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 83 del Código de Procedimiento Civil, es decir no citaron a los herederos” y que esa falta de citación ha ocasionado una violación de una solemnidad sustancial que conlleva la nulidad del proceso. Nótese que el recurrente, confunde el acto de notificación con el de citación, que como queda explicado, conlleva orígenes y consecuencias jurídicas diferentes y no puede ser considerado indistintamente. En cuanto al artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, éste señala que “la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando anula el proceso; los juzgados y tribunales declararán la nulidad de oficio o a petición de parte, siempre que esa violación hubiere influido o pudiera influir en la decisión de la causa...”. Tal violación se refiere a la infracción del derecho positivo inobservando su cumplimiento forzoso, desde que el vocablo “violación” se debe entender como infracción, quebrantamiento o transgresión de la ley o mandato y que viene a ser el quebrantamiento del procedimiento o la vía que se debe observar para la presentación de la pretensión jurídica que habrá de ser resuelta por el órgano jurisdiccional y con la consecuencia que señala el precepto procesal. Del acierto de la vía en que se demanda la satisfacción de una pretensión jurídica depende el éxito formal del juicio. Esta premisa es trascendental y mira a la eficacia del procedimiento en cuanto correcto ejercicio del derecho a la acción y a la jurisdicción; el presupuesto determina que la relación procesal, regularmente constituida, se desarrolle de forma válida y eficaz, pues que las normas procesales son normas medios para la aplicación o realización de los preceptos sustantivos y, son normas instrumentales en cuanto sirven de instrumento para la realización del derecho en el caso concreto. Por ello que, la violación del trámite en cuanto “cada una de las diligencias y todas ellas consideradas como requisitos formales del procedimiento, que la ley impone para resolver en causa civil, penal o de otra jurisdicción” (G. Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. VIII, 17ª edición, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1987, p. 162), anula el proceso cuando, específicamente esas diligencias se han apartado de la sustanciación que le corresponde en atención a la naturaleza de la causa; en efecto, el motivo de nulidad se presenta cuando el procedimiento dado a la causa es distinto del indicado por la ley, como cuando debiéndose sustanciar según la pretensión deducida en la demanda, en trámite ordinario o de lato conocimiento, se lo hace en trámite verbal sumario o de conocimiento abreviado o en trámite de juicio ejecutivo. Es constante la doctrina así como la jurisprudencia en cuanto a la nulidad procesal por violación de trámite si ella ha provocado indefensión o es determinante en la decisión de la causa, pues por el principio de la trascendencia ésta ha de declararse sólo cuando su fundamento sea de tal naturaleza

grave que afecte la decisión y no pueda ser susceptible de enmienda. En esta línea, “... no hay cambio de procedimiento adecuado cuando se omite una etapa del mismo, cuando se altera el orden de los actos procesales que deben cumplirse, cuando se deja de ordenar un traslado, cuando no se abre un incidente, cuando se deja de tramitar una tacha de falsedad, etc. Mientras el procedimiento adecuado no sea íntegramente sustituido por otro procedimiento (el ordinario por el verbal, éste por el abreviado)” (Humberto Murcia Ballén, op. cit., p. 596), entonces no se dará la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación. El Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil está relacionado con la garantía del debido proceso que prevé el Art. 76.3, parte final, de la Constitución de la República, identificada con el principio de legalidad adjetiva en cuanto no se puede juzgar sino conforme a las leyes preexistentes y “con observancia del trámite propio de cada procedimiento”, es decir, en armonía con la vía o procedimiento preestablecido específicamente por la disposición legal, a la que se debe sujetar el modo de sustanciación de la causa por el principio de la obligatoriedad de las formas procesales. El trámite inadecuado “sólo puede hallarse en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a un procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando debiéndose imprimir, según las pretensiones deducidas en la demanda, el trámite ordinario, se lo hace transitar por el sendero abreviado o el del especial, en todo o en parte...” (Humberto Murcia Ballén, op. cit. p. 595). **5.2.5.1.** El recurrente encuentra que los jueces “pese a estar conscientes del vicio de nulidad que adolecía el proceso (...) continuaron tramitándolo y dictaron sentencia dentro de un proceso viciado de total nulidad (sic), causándole al recurrente graves daños y perjuicios”. La falta de aplicación de norma procesal tiene lugar por absoluto desconocimiento de la norma, por desconocerse el rango o preferencia que tiene en relación con otras; por ignorancia de su naturaleza propia y la posibilidad de que pueda omitirse o modificarse por voluntad de las partes. La no aplicación supone la existencia de un texto legal claro y no llamado a interpretación especial y se presenta cuando dicho texto no se hace actuar en la situación específica en la que debe regir. El artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, ya referido, en su inciso cuarto prevé: “Cuando deba citarse a herederos, a los conocidos se citará personalmente o por boleta y a los desconocidos o cuya residencia fuere imposible de determinar, en la forma prevista por los incisos precedentes”, es decir, por tres publicaciones en fecha distinta en un periódico de amplia circulación del lugar. Ahora bien, dicho precepto legal no establece la imperatividad de citar a herederos desconocidos por la prensa y en todos los casos, pues que el adverbio “cuando” determina la necesidad de hacerlo en el evento de que aquellos, con los conocidos, representen la persona del difunto, desde que lo que pasa a los herederos es el conjunto de derechos y obligaciones transmisibles del causante, así lo dice el artículo 993 inciso segundo del Código Civil. A más de lo expresado, por el principio procesal de trascendencia no se ha afectado el derecho del recurrente, desde

que la pretendida omisión no tiene importancia, no afecta las garantías fundamentales de defensa en juicio. Así, no hay nulidad sin perjuicio; como se dijo no se puede hacer valer la nulidad cuando la parte, a pesar de existir la infracción, no haya sufrido gravamen, no sufrió indefensión, por lo que no existe la eficacia causal del pretendido error in judicando. Por el principio procesal de la protección, se reitera, la nulidad se consagra con el objeto de proteger a la parte procesal cuyo derecho resulta vulnerado como necesaria consecuencia de la acción u omisión, que no es el caso del casacionista.

5.2.6. Por otra parte, el recurrente, agrega: “Existe en la sentencia impugnada, una errónea interpretación de las normas invocadas, por cuanto, el Art. 169 del Código de Procedimiento Civil, trata sobre los requisitos del acto o contrato del instrumento público, y el Art. 179 del mismo cuerpo de leyes, trata sobre la falsedad manifiesta del instrumento público. Por lo que insisto, en señalar, que de acuerdo a los precedentes jurisprudenciales obligatorios que adjunto, establecen que “Entre la acción de nulidad de una escritura pública y la acción de nulidad del acto o contrato que ella contiene, hay fundamental diferencia, ya que, cada acción esta sujeta a diferentes reglas para su validez, independientes las unas de las otras, por ello, en este caso, pretender invocar como nulidad del acto o contrato (que no fue materia de la demanda) una escritura la causal de nulidad del instrumento, es improcedente, en el presente juicio, la actora demandó la nulidad de la escritura por ser falsa, y no la nulidad del acto o contrato, por consiguiente, es ilegal la declaración...”. **5.2.6.1.-** En la sentencia impugnada, consta en el considerando tercero, lo siguiente: “Respecto del inmueble materia de la nulidad demandada, el Notario dice: “Leída que fue la presente escritura pública, íntegramente por mí el Notario, en alta voz a los otorgantes, estos la aprueban, se afirman, ratifican y firman, excepto la Sra. María Luisa Vélez Orves de Sevilla, quien no puede firmar, por imposibilidad física y a su ruego y designación presenta a la testigo Patricia Miñaca Becerra, quien firma en unidad de acto conmigo el notario, de todo lo cual doy fe”, imposibilidad física que el citado funcionario no expresa en qué consiste ni la justifica. A su vez en la página 15 vuelta de la misma escritura en el espacio señalado para la firma de la testigo interviniente, no consta ninguna firma ni rúbrica de la misma; mientras que en el anverso aparece una huella digital que se dice pertenece a la vendedora María Luisa Vélez Orves de Sevilla, quien aparece como vendedora en la escritura pública de compraventa, documentos en los que en el lugar destinado para la firma de la citada señora, se aprecia claramente su firma y rúbrica, lo que lleva a la certeza de que ella si sabía firmar...” y seguidamente analiza el alcance de los artículos 169 y 179 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 48 de la Ley Notarial, que enmarcan las causas reservadas para la nulidad de la escritura pública, enfatizándose en que dicho instrumento debe contener como parte esencial, la suscripción de los que intervienen en él, caso contrario lo invalida, sin necesidad de prueba, hecho que concuerda con el objeto de la demanda, que se radica en la nulidad de instrumento

público, no habiéndose demandado la nulidad del contrato en él contenido; por lo que no existe error en la interpretación de las normas de derecho alegadas por el censor. En consecuencia, se rechaza este cargo. **5.3.- TERCER CARGO: CAUSAL CUARTA.-** Con cargo a ésta causal el recurrente, manifiesta que: “La sentencia impugnada, viola el Art. 273 y 276 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto, es incongruente, porque no coincide con la solicitud de la actora en la demanda, en otras palabras dejó por resolver sobre el pedido de la actora que fue la nulidad de la escritura pública por ser falsa, y contrato de compraventa, y la sentencia es la mera referencia del fallo anterior”.

5.3.1. El artículo 3 de la Ley de Casación, establece que, “El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: 4ta. 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”. El casacionista alega que el Tribunal a quo ha decidido sobre puntos que no han sido objeto del litigio, configurándose de esta forma el vicio de infra petita. Por el principio de congruencia procesal la sentencia debe ajustarse a las acciones y excepciones deducidas en juicio. Al juzgador le está vedado pronunciarse sobre pretensiones no deducidas, cosas no pedidas, peticiones no formuladas o excepciones no opuestas. “Se viola el principio de congruencia cuando la sentencia decide: a) ultra petitem, otorgando al actor más de lo que pidió; b) citrapetitem, dejando sin resolver cuestiones que habían sido introducidas en la contienda; c) extrapetitem, si se alteran o modifican, en aspectos esenciales, las pretensiones formuladas por las partes” (Luis Álvarez Juliá, German R. J. Neuss, Horacio Wagner, Manual de Derecho Procesal, Segunda Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 297). El Juez debe fallar de conformidad a dichas pretensiones y las excepciones a ellas opuestas por el demandado, es decir, debe haber conformidad entre la sentencia y lo pedido por las partes (sea en demanda, reconvención y contestación de ambas), en cuanto a las personas, el objeto y la causa, porque la decisión no puede apartarse de los términos en que ha quedado planteada la litis en la relación procesal. La congruencia de la sentencia, viene a ser definida como “la conformidad que debe existir entre la sentencia y la o las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición o defensa enarboladas que delimitan ese objeto” (Aldo Bacre, Teoría General del Proceso, Tomo III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 427).

5.3.2. La impugnación del casacionista se retrotrae a la etapa liminar del proceso, al objeto de la demanda, constante a fojas 16 y 17 del cuaderno de primer nivel, que previene lo siguiente: “demando a Sergio Neptalí Cando Caluña y Mónica Jaqueline Sevilla Terán de Cando, en juicio ordinario para que en sentencia se declare la nulidad del instrumento público...”. Ahora bien, el Tribunal a quo conforme al análisis efectuado supra, resuelve expresamente respecto a la pretensión de la actora, y cuida el argumento contenido en la sentencia expedida por el Juez de primer nivel, quién en la parte resolutive de ésta, dispone que el Notario Público Cuarto de Guayaquil (fojas 331 a 334), “elimine de la matriz de escrituras públicas a su cargo la que se invalida y nulita,

respecto del bien inmueble cuyas características se detallan en los considerandos y en la parte resolutive de esta sentencia...”. “Los jueces tienen la obligación de velar en todo momento por la validez procesal, con la premisa que la nulidad debería ser declarada en forma excepcional y solamente cuando se afecte gravemente al derecho a la defensa de las partes o se haya vulnerado una de las garantías del debido proceso. Y es que uno de los defectos más extendidos entre los juzgadores ecuatorianos ha sido el de acudir a las declaratorias de nulidad a último momento justamente para evitar proferir resolución en casos que representen alguna complicación. Huelga decir que ello provoca el aumento de los costes de la administración de justicia y un inútil desperdicio de energía y recursos para justiciables. De esta manera, no ha de olvidarse que la función del proceso es la de hacer efectivos los derechos reconocidos por la Constitución y por la ley sustantiva o material. Las formas deben existir, pero como garantía de que el proceso se desarrollará en orden y resguardo de los derechos de las partes. En cuanto no cumplan con una determinada finalidad, devendrán en meras formalidades” (Vanessa Aguirre Guzmán, Tutela Jurisdiccional del Crédito en Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2012, p. 53). En tal virtud, al ser ineficiente la alegación efectuada por el recurrente se desecha el cargo imputado por la causal cuarta. **6. DECISIÓN EN SENTENCIA:** Por la motivación que antecede, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa la sentencia proferida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Guayas. Entréguese el monto de la caución a la parte perjudicada por la demora. Notifíquese y devuélvase.- ff) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Wilson Andino Reinoso; y, Dra. María Rosa Merchán Larrea. JUECES NACIONALES.- Certifico. ff) Dra. Lucía Toledo Puebla.-SECRETARIA RELATORA.-

RAZON:- Siento por tal que la copia que antecede es igual a su original. Certifico. Quito, a 07 de octubre de 2013.

Dra. Lucía Toledo Puebla
SECRETARIA RELATORA