CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SENTENCIAS RELEVANTES

EN MATERIA CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

2021 - 2024

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SENTENCIAS RELEVANTES
EN MATERIA CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

2021 - 2024

MARZO 2024
Quito - Ecuador

Sentencias relevantes en materia Civil, Mercantil y Familia.
Marzo 2024, Quito, Corte Nacional de Justicia, 2024.
678 págs; 21x29,7 cm
CDD ab. 348 C827s
Catalogación en la fuente: Biblioteca de la Corte Nacional de Justicia

Sentencias relevantes en materia Civil, Mercantil y Familia es un libro institucional de la Corte Nacional de Justicia, sin embargo no expresa ni compromete el criterio de la institución. Se autoriza la reproducción íntegra de los componentes de esta obra, siempre que se cite la fuente.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

José Suing Nagua
Presidente (e) de la Corte Nacional de Justicia

Comité Editorial

Adrián Rojas Calle
Presidente de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil

David Jacho Chicaiza
Presidente de la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores

Roberto Guzmán Castañeda
Juez Nacional

Coordinadores
Adrián Rojas Calle
Maryuri Rosillo Conde

Colaboradores
Rubén Macías Macías
Bernardo Vázquez Rodas
Paulina Muñoz Galarza
Javier Pinto Rodríguez
Daniel Jaramillo Celi
Génessis Pazmiño Ballesteros
Diana Espín Villarroel
Dayana Hidalgo Nevárez

Diagramación y diseño de portada
Javier Leiva Espinoza
Edison Proaño Tello

Fotografía
Fernanda Gallo Landeta

Impresión
Unidad de Biblioteca, Gaceta Judicial y Museo de la Corte Nacional de Justicia

PRESENTACIÓN

Pese a que en la era digital en la que vivimos se generaliza, cada vez con mayor profusión, el uso de medios digitales para acceder a cualquier clase de información, existe todavía un importante segmento de la población que dependemos de los textos impresos, que ya por comodidad o por costumbre, nos resulta más práctico para leer, subrayar y volver a hacerlo, cuando algo no queda suficientemente claro en una primera revisión.

Ahora que los canales de comunicación e información son menos convencionales, donde la brecha digital muestra sus efectos, resulta de mucha valía poner especial cuidado en la difusión impresa de las sentencias de las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, porque es un mecanismo válido para acercar las decisiones de los administradores de justicia a los estudiosos y cultores de estas disciplinas jurídicas, así como a la ciudadanía en general.

Por ello es motivo de celebración que los colegas jueces nacionales de las Salas de lo Civil y Mercantil y de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia hayan asumido el reto de seleccionar, de entre las múltiples decisiones expedidas, los fallos que sobre diversos contenidos específicos han gestionado, dentro de los recursos de casación que llegan a su conocimiento.

La diversidad de los temas específicos que abordan las dos salas, impregnan la huella del esmero y dedicación en el proceso de selección por parte de los señores jueces para entregar este selecto grupo de decisiones que dan cuenta de las líneas jurisprudenciales que se van construyendo con cada una de las decisiones y que hoy forman parte de esta publicación. Su utilidad, sin duda, se verá reflejada en el uso práctico que hagan de su contenido, porque estoy convencido de que será una fuente de consulta obligada para los interesados en conocer cómo razonan los jueces en los temas que resuelven, ya sea para confirmar o para disentir de los criterios vertidos.

Mi enhorabuena por el trabajo, cuyo resultado está condensado en la obra que estará en sus manos. Aspiramos con ello, a que se fortalezca la confianza en la administración de justicia, porque evidencia que trabajamos en construir una justicia con transparencia.

José Suing Nagua
Presidente (e) Corte Nacional de Justicia

Secretarías

Sala Civil y Mercantil

Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores

SENTENCIAS

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Jueces

Sala Civil y Mercantil

ÍNDICE
SALA CIVIL Y MERCANTIL

Preámbulo

Adrián Rojas Calle
Presidente de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia 14

Sentencias Adrián Rojas Calle

Singularidad de la cosa que se reivindica o prescribe su domino
Causa N.° 23331-2017-01429 COGEP 17

Responsabilidad civil contractual
Causa N.° 17230-2020-10852 COGEP 33

Calidad de la posesión del promitente comprador
Causa N.° 23331-2020-00578 COGEP 45

Extinción hipotecaria
Causa N.° 17230-2019-12830 COGEP 57

Nulidad de instrumento público
Causa N.° 09335-2017-00019 COGEP 67

Rescisión de contrato
Causa N.° 17230-2015-04757 CPC 81

Responsabilidad civil extracontractual
Causa N.° 09332-2015-02020 CPC
Causa N.° 17230-2018-15527 COGEP 95

Sentencias Roberto Guzmán Castañeda

Daños y perjuicios – temporalidad de la aplicación de la ley
Causa No. 09332-2014-8153 137

Daño moral (prueba en daño moral)
Causa No. 09332-2018-05497 191

Daño moral (inmunidad parlamentaria, fuero, daño moral)
Causa No. 17113-2014-2492 213

Cobro de dinero
Causa No. 07333-2019-01514 240

Nulidad de contrato y escritura
Causa No. 20332-2018-00101 256

Reivindicación – requisitos de la reivindicación – imposibilidad de valorar medios de prueba por violación de norma de derecho sustantivo
Causa No. 07334-2019-00521 273

Sentencias David Jacho Chicaiza

Nulidad de sentencia
Causa No. 01331-2019-00448 COGEP 287

Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio
Causa No. 13337-2017-00532 COGEP 308

Reivindicación
Causa No. 09332-2019-00874 COGEP 331

Juicio de rendición de cuentas
Causa No. 17304-2011-1114 CPC 346

Terminación de contrato de arrendamiento de predio rural
Causa No. 17230-2018-11434 COGEP 374

Incumplimiento de contrato
Causa No. 17230-2018-10523 COGEP 414

PREÁMBULO

La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, enarbolando el modelo de justicia abierta y en pro de la obtención de justicia transparente, anhelo de la sociedad toda, recoge en la siguiente obra sus laudos más relevantes, mismos que a partir de la ley, la jurisprudencia y la doctrina resuelven los problemas jurídicos más transcendentales de las relaciones civiles y mercantiles de la sociedad ecuatoriana.

Conscientes de la delicadeza y responsabilidad que supone la tarea encomendada a quienes administramos justicia en este Alto Tribunal de casación, como intérpretes de la ley y creadores del derecho en los casos sometidos a nuestro conocimiento, abordamos a continuación las figuras jurídicas que con mayor frecuencia se presentan en el ámbito del derecho privado, encontrando en estas líneas, soluciones jurídicas apegadas a derecho y conforme a las líneas jurisprudenciales desarrolladas por la Sala. Aun cuando toda sentencia de instancia goza de presunción de legalidad, el tribunal de casación está evocado a examinar que no existan yerros de legalidad o vulneración de derechos y garantías fundamentales de los justiciables en la tramitación de sus procesos; entregando así, verdadera tutela judicial efectiva y seguridad jurídica a quienes recurren a la Corte Nacional de Justicia, por medio del recurso extraordinario de casación.

Con este aporte aspiramos responder las inquietudes de los letrados del derecho y la academia, acerca de la técnica casacional y el derecho privado, como rama más básica y primigenia de las relaciones humanas.

Adrián Rojas Calle
Presidente de la Sala de lo Civil y Mercantil

Secretaría

Sala Civil y Mercantil

con el despacho de presidencia de sala

Adrián Rojas Calle

Presidente de la Sala de lo Civil y Mercantil

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 23331-2017-01429

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Adrián Rojas Calle**

ACCIÓN
REINVIDICACIÓN CON RECONVENCIÓN
DE PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El tribunal de casación, casa la sentencia impugnada por déficit motivacional. Precisando con respecto al requisito de singularidad de la cosa, elemento que se requiere tanto en la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio como en la reivindicación, que la exigencia en una y otra es distinta. Para la reivindicación importa que exista identidad entre lo que exige el actor y lo que posee la parte demandada; mientras que para la adquisición por prescripción, se ha de tener certeza de las características, dimensiones y ubicación del predio.

Quito, viernes 25 de agosto del 2023, las 12h43

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 06 de abril del año en curso, el infrascrito Tribunal resolvió aceptar el recurso casación interpuesto por los ciudadanos Diana Samaniego Vásquez y Yenan Reyes Asanza, dentro del juicio ordinario de prescripción extraordinaria de dominio con reconvención de reivindicación. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. Los cónyuges Roció del Carmen Vasco y Ernesto Velásquez, presentan demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio contra los cónyuges Diana Samaniego Vásquez y Yenan Reyes Asanza, refiriendo que desde el 02 de noviembre de 1998 se encuentran en posesión como señores y dueños de un lote de terreno de la superficie de 10051,81 m2 ubicado en el km. 12 vía Santo Domingo Quevedo, margen izquierdo sector Las Orquídeas, parroquia Luz de América, de la ciudad de Santo Domingo provincia Santo Domingo de los Tsáchilas. En tal razón, demandan que se declare a su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del referido inmueble.
2. Los demandados Yenan Reyes Asanza y Diana Samaniego Vázquez, al contestar la demanda manifiestan, que son los propietarios del inmueble ubicado en el kilómetro doce de la vía Santo Domingo Quevedo de una superficie de doce hectáreas, tal como consta de la escritura pública celebrada el trece de noviembre del 2006, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad el día 28 de diciembre del 2006. Que los accionantes son invasores y que es falso que mantienen posesión tranquila, continua, ininterrumpida, pacífica y publica con ánimo de señores y dueños. Solicitan que se deseche la demanda.
3. Acto seguido, reconvienen a los demandantes con la reivindicación de la parte de su inmueble que se encuentra en posesión de los demandados, delimitado al NORTE: con el señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, Franco Armijos en 18,23 metros, Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con el señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con calle pública en 81,75 metros y propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con señor Cesar Angamarca en 6,92 metros y calle pública en 100,88 metros y que el inmueble referido está ubicado en el km 12 de la vía Santo Domingo Quevedo y tiene una superficie aproximada de 10051,808 m2.
4. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Santo Domingo, mediante sentencia de 3 de septiembre de 2019, desecha la demanda y la reconvención, por no reunir los presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y de la reivindicación.
5. Ambas partes procesales, proponen recurso de apelación, ante Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, resuelto en voto de mayoría el 30 de noviembre de 2020, las 10h03, rechazando los recursos de apelación y confirmando la sentencia de primera instancia.
6. De la sentencia de mayoría, tanto los actores como los demandados reconvinientes proponen recurso de casación, mediante auto interlocutorio de 29 de junio de 2021, el señor Conjuez Nacional, Carlos Pazos Medina, rechaza el recurso de los actores y admite a trámite el recurso interpuesto por los demandados Yenan Reyes Asanza y Diana Samaniego Vázquez.
7. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante "COGEP", mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Wilman Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.
8. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal N°. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo.

II. COMPETENCIA

9. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

10. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se

nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

11. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

12. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Rita Bravo Quijano por licencia del doctor Roberto Guzmán Castañeda, encargada según acta de sorteo de 05 de abril del año en curso; y, Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del "COGEP" y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

13. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del "COGEP". En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

14. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

15. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

16. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

17. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades[1].

18. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o

[1] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9

errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

19. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho[2]; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes[3].

20. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable en casación.

b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.

c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

21. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución[4]; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

22. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.
4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)[5].

23. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículo 266 y 267 del "COGEP", determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que

---

[2] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102

[3] Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

[4] *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o ***judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.***

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. ***Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".*** *(Énfasis añadido).*

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

niegue o acepte su ampliación o aclaración.
Art. 267.- El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:
1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

24. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

25. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

> (…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.
> Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.[6]

26. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

27. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del "COGEP", los casacionistas Yenan Reyes Asanza y Diana Samaniego Vázquez, a través de su defensa técnica, fundamentaron el recurso en torno a los casos dos y cinco del artículo 268 del "COGEP", desistiendo de la fundamentación del cargo por el caso tres de casación; en lo principal señalaron:

27.1. Con fundamento en el caso dos contemplado en el artículo 268 del COGEP, afirmaron que la sentencia impugnada no cumple con el requisito de motivación, toda vez que no cuenta con una relación suficiente y coherente de los argumentos esgrimidos en la resolución.

27.2. Que la decisión se fundamenta en premisas falsas, siendo que tanto en la demanda, su contestación, reconvención y contestación de la reconvención; e incluso en la apelación, las partes coincidieron con relación a la singularización del inmueble de la controversia, que aquel se trata del mismo bien requerido en prescripción y exigido en reivindicación.

27.3. Que pese a las afirmaciones de las partes, la sala concluyó de manera ilógica, que el bien a reivindicar no cumple con el criterio de

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

singularización, lo que derivaría en evidente déficit de motivación.

27.4. Por el caso cinco, en la misma línea argumentativa, acusaron la errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil, toda vez se determinó como único punto de debate en apelación, el tiempo de posesión del inmueble, ya sea para resolver la prescripción adquisitiva de dominio o la reivindicación.

27.5. Que sin embargo la Sala, decidió negar los recursos planteados, tomando como elemento concluyente de la decisión, la presunta falta de singularización del inmueble, aun cuando; en la demanda, reconvención y fundamentación de la apelación, se coincidía en que se trata de una cuota determinada de un bien singular, claramente identificada.

27.6. Agregan que para la reivindicación, la individualización y singularización del inmueble no es requisito indispensable ni riguroso sino que basta elementos razonables que lleven a la convicción del juzgador.

28. La contraparte, Roció del Carmen Vasco y Ernesto Velásquez, a través de su procurador judicial, refutaron la impugnación casacional descrita, indicando:

28.1. Que la sentencia de segunda instancia, el logia, razonable y comprensible.

28.2. Además de ser congruente en sus decisiones y compatible en cada una de sus afirmaciones.

28.3. Que la sala de apelación, para tomar la decisión, contrastó la prueba con los fundamentos de hecho y derecho.

28.4. Con tales consideraciones, indicaron que no existe vulneración por errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

29. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 ut supra, este Tribunal se plantea el siguiente problema jurídico objeto de resolución:

29.1. ¿Existe falta de motivación en el voto de mayoría expedido por el tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Sato Domingo de los Tsáchilas?

29.2. ¿La sentencia de segunda instancia ha resuelto lo que no era materia del recurso de apelación?

29.3. ¿Existe errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil en la sentencia de segunda instancia?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

30. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

> 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. (Énfasis añadido).

31. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación.

> (…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática[7].

32. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.° 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

[7] Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.° 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.° 193, párr. 152.

La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

33. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1. Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del "COGEP"

34. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el cargo traído a casación por los recurrentes, se configura cuando *"(…) la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

35. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

36. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles entre sí, en la parte resolutiva del fallo. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la demanda y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten la aplicación de la normas de derecho que corresponden al caso, para arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

37. Por último, es motivo anulación del fallo, por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

38. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

39. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida[8].

40. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "… requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el por qué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal…".[9]

41. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución,

[8] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución del Juicio No. 07333-2018-01632 de 17 de enero de 2022.
[9] Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E

ha expresado que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por: (1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia[10].

42. Según han manifestado los reivindicantes hoy casacionistas, la sentencia impugnada se basa en premisas que no se adecuan a la realidad procesal, toda vez que en aquella se habrían resuelto cuestiones que no eran materia del litigio y del recurso de apelación.

43. En ese sentido, examinado el voto de mayoría del ad quem, se tiene que, luego de identificar las partes procesales, establecer como válido el proceso y enunciar los fundamentos de hecho y derecho tanto de la demanda como de la reconvención; con respecto a los fundamentos de los recursos de apelación propuestos por ambas partes procesales, en el considerando Quinto se indica que aquellos se retrotraen a:

> (…) por una parte, interviene el Abogado Marco Enrique Aguilera mediante Procuración Judicial de la parte actora Ernesto Vásquez y Rocío Vasco, quien en lo sustancial manifiesta, que en la sentencia no se ha tomado en cuenta la inspección judicial, como que no se hubiese realizado esta diligencia, más sin embargo, dice que sí se ha realizado la inspección judicial, con lo que se ha probado la existencia del bien inmueble y su singularización; que en el proceso no solo hay un demandado, …; que los demandados no son dueños del bien inmueble, que únicamente tienen compra de derechos y acciones, más no el dominio; solicita que se tome en cuenta estas alegaciones y que con la prueba de manera exacta, con base constitucional, se ha probado que sus defendidos no son invasores; que en predio hay personas que viven por más de quince y veinte años, que incluso hay menores de edad que han nacido ahí; …; solicita que se valore además la prueba testimonial practicada en el juicio; razones por las que pide que se acepte el recurso de apelación y se revoque la sentencia subida en grado, declarando que ha operado la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio en favor de sus defendidos; así también que se ratifique la decisión del Juez que negó la reconvención propuesta, que perseguía la reivindicación del inmueble objeto del juicio. Por otro lado interviene el Ab. Yenan Reyes Asanza, como parte demandada, quien en lo principal refiere que el recurso planteado por los actores es infundado, pues a su criterio considera que es una barbaridad que los demandantes hayan hecho alusión que no son dueños del predio; que se ha probado que los actores sin duda alguna son invasores; que no se cumplen los requisitos para que opere la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; que los testigos que han declarado son personas inocentes, y han sido llevados a declarar para perjurar, que ni siquiera tenían conocimiento que iban a ser llamados a rendir declaración; que sus declaraciones han sido contradictorias, cometiendo el delito de perjurio; que no se ha cumplido con el requisito del tiempo de permanencia que prevé la ley, y la singularización del bien inmueble para que opere la prescripción extraordinaria de dominio; solicita que el Tribunal confirme la sentencia subida en grado y se rechace el recurso de apelación interpuesto; en cuanto a la reconvención refiere que se han justificado los tres requisitos fundamentales que determina la ley; primero, que han justificado ostentar el derecho de dominio; que los actores se encuentran en posesión del inmueble; y, que el pedio se encuentra debidamente singularizado; que esto se ha justificado con los dos informes planimétricos, así como con la inspección judicial; que el Juez hizo mal en no conceder la reivindicación,..(Sic)

44. De lo anterior se establece, que al haberse negado la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y la reconvención de reivindicación, el objeto y fundamento de los recursos de apelación interpuestos, se constriñó al presunto cumplimiento de los presupuestos configurativos por una parte de la usucapión y por otro de la acción de dominio. Por lo que la sala de apelación tenía carta abierta para verificar si en la causa han concurrido o no los elementos de lo demandado y reconvenido.

45. Con respecto a los requisitos de las figuras descritas, la Sala apelación en voto de mayoría, específicamente en el apartado Sexto, señala que no se han configurado los elementos que exigen tanto la prescripción extraordinaria adquisitiva de

[10] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

dominio como los de la reivindicación, señalando en lo principal:

> (…) En el caso de examen los actores del juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio … Conforme el análisis de la prueba aportada ante el Juez de primer nivel se ha logrado acreditar los siguientes hechos. - Se ha probado la existencia de un contrato de cesión de derechos posesorios en favor de los actores, acto a través del cual como bien han señalado los demandados no se transfiere el derecho de dominio, y por otro lado dicho contrato data de hace nueve años atrás, lo que deja en evidencia que no se cumple con el tiempo mínimo de posesión que es de quince años, conforme previsión del artículo 2411 del Código Civil. Por otro lado, es importante destacar que, de acuerdo a las pericias tendientes a inspeccionar ocularmente el predio, no se ha podido establecer fehacientemente su singularización, en los dos informes periciales se hacen constar linderos y dimensiones discordantes, hecho que ha sido reconocido por los mismos demandados quienes afirman que a los peritos Viteri, y Benavides no se les permitió realizar la inspección judicial, y hacen una defensa a ultranza de la sentencia recurrida en que el Juez negó la demanda de prescripción por falta del cumplimiento de las exigencias legales, la del tiempo de posesión de al menos 15 años, y la singularización del inmueble. Para que prospere la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio deben cumplirse con los requisitos antes señalados,… Ante los hechos expuestos el Juez hizo lo correcto al negar la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio,… en cuanto al recurso de apelación que negó la reconvención y las alegaciones efectuadas por los actores de la contrademanda de reivindicación es preciso señalara que ….Para la procedencia de la acción de dominio o reivindicatoria, conforme la disposición legal invocada es indispensable la concurrencia de tres presupuestos fundamentales.- Que el demandante acredite el derecho de dominio sobre el predio a reivindicar; que el demandado se encuentre en posesión del bien; y, que el inmueble esté debidamente singularizado. La acción reivindicatoria de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa. La acción debe dirigirse contra el actual poseedor, y el bien tiene que ser una cosa singular, definida. …. El Juez de origen niega la demanda por considerar que no se ha cumplido con el requisito de singularizar el bien objeto de la acción reivindicatoria… **Insistimos que es fundamental para el éxito de la acción reivindicatoria que el accionante debe tomar en cuenta los tres requisitos enunciados, no solo para redactar la demanda, sino también para producir la prueba, que lleva a la convicción judicial de que la acción es admisible. En esta parte es necesario recalcar que los señores Yenan Reyes Asanza y Esthela Samaniego Vásquez, han hecho una defensa vehemente de la sentencia que negó la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, coincidiendo con el Juez de origen que los demandantes de esta causa no cumplieron con dos de los requisitos insoslayables para que opere la prescripción, como son el tiempo de posesión, de al menos 15 años; y, la singularización del predio. Sin embargo, como sustento de la impugnación de la decisión que negó la reivindicación, dicen que el predio si está debidamente singularizado, es decir, que para la prescripción no hay tal singularización, pero sí para la reivindicación, tesis absolutamente contradictorias, por qué para el uno sí y para el otro no. Si no se ha logrado justificar este presupuesto fundamental el Juez de origen hizo lo correcto al negar la contrademanda reivindicatoria, criterio con el que coincide este Tribunal de apelación con el criterio de mayoría…**[Sic] (El énfasis nos corresponde)

46. En virtud de lo citado, concluye el tribunal que el bien con demanda simultánea de prescripción adquisitiva de dominio y reivindicación no se encontraría debidamente singularizado, enfatizando en que al no estar individualizado para la prescripción de dominio tampoco puede estarlo para la procedencia de la acción de dominio.

47. No obstante, de la misma sentencia objeto de casación, en la parte en que se hace constar los fundamentos de hecho de la demanda y contrademanda, se desprende que los demandados reconvinientes son copropietarios de un inmueble de mayor extensión cuyos linderos y dimensiones se encuentran identificados como un cuerpo cierto de 12 hectáreas, dentro del cual se encuentra la porción de terreno que se ha pretendido prescribir por un lado y por el otro reivindicar. Tal como aparece en el considerando CUARTO del fallo:

> De fojas 27 a 29 de los autos comparecen los ciudadanos Ernesto Velásquez Castillo y Rocío del Carmen Vasco Nacimba, demandando la prescripción extraordinaria adquisitiva

de dominio en contra de los señores Diana Esthela Samaniego Vásquez y Yenan Poe Reyes Asanza, quienes en lo medular refieren que desde el 02 de noviembre de 1998, se encuentran en posesión del inmueble objeto de la demanda, con ánimo de señores y dueños en forma pública, pacífica, notoria, y sin clandestinidad por más de 18 años en forma ininterrumpida del lote de terreno de una superficie de 10051,81 metros cuadrados ubicado en el km. 12 de la vía Santo Domingo - Quevedo, margen izquierdo sector Las Orquídeas, parroquia Luz de América, de la ciudad de Santo Domingo provincia Santo Domingo de los Tsáchilas singularizado dentro de los siguientes linderos y dimensiones: NORTE: Con terreno de posesión del señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, del señor Franco Armijos en 18,23 metros, y del señor César Angamarca en 19,10 metros; SUR: Con terreno de posesión del señor Kléber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: Con la calle pública, en 81,75 metros y con propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: Con terreno de posesión del señor César Angamarca, en 6,92 metros y con calle pública en 100,88 metros… De fojas 300 a 313 los demandados señores Diana Esthela Samaniego Vásquez, Yenan Poe Reyes Asanza, dan contestación a la demanda y reconvienen a los actores con contrademanda de reivindicación, entre otras cosas, sostienen lo siguiente: Que tal como lo reconoce la parte actora somos propietarios del inmueble ubicado en el kilómetro doce de la vía Santo Domingo - Quevedo, de una superficie de doce hectáreas, trece áreas tal como consta de la escritura pública celebrada el día trece de noviembre del 2006, ante el Notario Noveno encargado del cantón Quito Dr. Juan Villacís Medina, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad el día 28 de diciembre del 2006;.. (Sic)

48. Contrastados los enunciados y fundamentos de la sentencia en examen, resulta evidente para este Tribunal de casación, que el voto de mayoría enervado adolece de insuficiente motivación fáctica, conforme se explica en las siguientes líneas.

49. Según la Corte Constitucional del Ecuador, para que la fundamentaron fáctica se considere suficiente, ha de contener una justificación de los hechos dados por probados en el caso, pues la motivación sobre los hechos no puede consistir en la mera descripción de las actividades probatorias de las partes, sino que ha de existir demostración que la prueba ha sido analizada, de manera que se permita conocer las razones que llevaron a la conclusión del fallo, la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo mínimo, solo cuando se trate de cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos no requieren ser probados[11].

50. En los términos que ha sido dictada la sentencia en análisis, esto último no es el caso, pues en todo momento se hace énfasis en que las partes debían cumplir con ciertos requisitos para la procedencia de sus demandas, por lo que era su obligación insoslayable precisar las razones por las que se concluyó que en el caso no habrían concurrido los requisitos para la procedencia de la demanda y a su vez de la reconvención.

51. La sentencia de mayoría del ad quem en su parte considerativa luego de describir cada una de las aseveraciones de la parte actora y demandando como fundamento de sus recursos de apelación e indicar cuáles son los elementos que la ley exige para el éxito de las demandas de prescripción extraordinaria de dominio así como de la reivindicación; se limita a expresar en reiteradas ocasiones, que coindice con el análisis efectuado por el Juez de primera instancia, pero no presta argumento alguno en cuanto a las consideraciones por las cuáles en sintonía con el juez de primera instancia se llega a determinar que en cuanto a la demanda de usucapión no se cumple con los requisitos de al menos 15 años de posesión ni de singularización del predio, requisito que según se indica, tampoco se cumple con respecto a la pretensión de reivindicación.

52. De lo analizado, queda evidenciado que el tribunal de apelación incumple con el criterio rector de la motivación en lo que lo que atañe a una argumentación fáctica suficiente, toda vez que al hacer suyos los argumentos del juez a quo, no efectúa pronunciamiento autónomo sobre los requisitos que se afirma incumplen los demandantes, mucho menos se efectúa análisis que aporte a las razones de la decisión de rechazo de ambas demandadas. Aquello lleva a concluir a este tribunal de casación, que la sentencia efectivamente adolece de deficiencia motivacional en el tipo de apariencia motivacional, por el vicio de incoherencia lógica.

[11] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP. Párrafo 61

53. La Corte Constitucional ha explicado, que una decisión decae en vicio motivacional de incoherencia lógica cuando existe contradicción entre *"los enunciados que las componen –sus premisas y conclusiones"*. En el caso, según el contenido de la sentencia impugnada, trascrito en líneas anteriores, es inmutable que los demandados reconvinientes son copropietarios de un inmueble de mayor extensión cuyos linderos y dimensiones se encuentran identificados como un cuerpo cierto, dentro del cual se encuentra la porción de terreno que se ha pretendido prescribir por la parte actora.

54. En efecto, la cosa que se exige recuperar por medio de la reivindicación, ha de ser singular, pues existen casos como el actual, en que la desposesión no es todo el predio sino de parte de aquel. En estos casos, más que una formalización precisa de la parte del inmueble que sus propietarios exigen recuperar, lo prioritario es que exista plena identidad entre la cosa que reivindica el actor y la que posee el demandado; y, a partir de aquello determinar la procedencia o no de la demanda reivindicatoria.

55. En ese sentido, queda en evidencia que el tribunal de apelación pese a establecer en los antecedentes de la decisión y según las precisiones de las propias partes procesales, que los reconvinientes son propietarios de un bien de mayor extensión y que existe identidad entre lo que exigen los actores y requieren los contrademandantes, exige formalización adicional sobre el requisito de singularización para la prescripción de dominio y la reivindicación, requisito que en cuanto a la acción de dominio exige otro tipo de demostraciones procesales para determinarse cumplido.

56. En suma de lo analizado, habiéndose corroborado que el fallo de mayoría del tribunal de apelación adolece de deficiencia motivacional, este Tribunal encuentra mérito para CASAR la sentencia impugnada y procede a dictar la que corresponde de conformidad con el artículo 273 numeral 3 del COGEP. Sin que sea necesario el análisis de los cargos que restan, por cuanto el hecho de la detección de un yerro rompe el fallo impugnado.

7.2. Motivación y análisis de mérito

57. Los señores Ernesto Velásquez Castillo y Rocio Del Carmen Vasco Nacimba, demandan a los señores Diana Sthela Samaniego Vázquez, Yenan Poe Reyes Asanza y de conformidad con la Décima Disposición General del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; al señor alcalde del Cantón Santo Domingo.

58. Demandan la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un lote de terreno de 10051,81 m2 ubicado en el km. 12 vía Santo Domingo Quevedo, margen izquierdo sector Las Orquídeas, parroquia Luz de América, de la ciudad de Santo Domingo provincia Santo Domingo de los Tsáchilas.

59. Singularizado dentro de los siguientes linderos y dimensiones NORTE: con terreno en posesión del señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, señor Franco Armijos en 18,23 metros y señor Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con terreno en posesión del señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con la calle pública, en 81,75 metros y con propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con terreno en posesión del señor Cesar Angamarca, en 6,92 metros y con calle pública en 100,88 metros. Predio del cual señalan se encuentran en posesión por más de 18 años, sin la interferencia de nadie.

60. Por su parte los demandados Diana Sthela Samaniego Vázquez y Yenan Poe Reyes Asanza al contestar la demanda manifiestan que son propietarios del inmueble ubicado en el kilómetro doce de la vía Santo Domingo Quevedo, de una superficie de doce hectáreas, trece áreas tal como consta de la escritura pública celebrada el día trece de noviembre del 2006 ante el Notario Noveno encargado del cantón Quito Dr. Juan Villacis Medina debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad el día 28 de diciembre del 2006.

61. Que aceptan que el inmueble en la parte que se pretende prescribir se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones NORTE: con el señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, Franco Armijos en 18,23 metros, Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con el señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con calle pública en 81,75 metros y propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con señor Cesar Angamarca en 6,92 metros y calle pública en 100,88 metros y que el inmueble referido está ubicado en el km 12 de la vía Santo Domingo Quevedo y tiene una superficie aproximada de 10051,808 m2.

62. Que no aceptan que la parte actora se encuentre en posesión material del inmueble por el tiempo establecido en el artículo 715 del Código Civil por lo menos durante 15 años ininterrumpidamente, toda vez que el inmueble está en depósito de la ex CONSEP por lo que el inmueble no es susceptible de apropiación y de dominio particular y por lo tanto no puede ser objeto de prescripción.

63. Que el Tribunal Primero de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas ordenó por varias ocasiones la entrega del inmueble a los legítimos propietarios es así que en decreto de fecha 05 de enero del 2015 a las 14h39 en el proceso penal signado con el N° 23241-1998-0059 ordenó: *"…ejecútese la restitución al nuevo propietario siempre y cuando no tenga otra orden de prohibición en su contra. De la documentación que adjunta y que son instrumentos públicos el legítimo propietario dice ser la señora Diana Sthela Samaniego Vásquez…"*.

64. Que al existir orden judicial a través de la autoridad competente de que se entregue el inmueble a los legítimos propietarios y que la posesión sobre el predio depende de la restitución ordenada con antelación por parte del Tribunal de Garantías Penales a la institución competente en este caso INMOBILIAR.

65. Que los accionantes son invasores o traficantes de tierras y que es falso que mantienen posesión tranquila, continua, ininterrumpida, pacífica y publica con ánimo de señores, que su posesión es viciosa al omitir señalar que existe escritura pública de cesión de posesión y venta de mejoras suscrita entre Ana Monserrate Loor Palacios y Ernesto Velásquez celebrada el 30 de mayo del 2016 ante el Notario Quinto del cantón Santo Domingo, y que, de acuerdo a esta cesión de derechos posesorios el señor Ernesto Velásquez Castillo entro en posesión de dos lotes de terreno ubicados en el km. 12 de la vía Santo Domingo-Quevedo, por lo que es falso que los actores se encuentren en posesión del inmueble desde hace 18 años.

66. En ese sentido solicitan que se deseche la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y a la par reconviene a los actores con la reivindicación del predio objeto de la demanda.

67. Precisan que los linderos específicos del inmueble que se pretende reivindicar se encuentra, comprendido dentro de los siguientes linderos: NORTE: con el señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, Franco Armijos en 18,23 metros, Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con el señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con calle pública en 81,75 metros y propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con señor Cesar Angamarca en 6,92 metros y calle pública en 100,88 metros y que el inmueble referido está ubicado en el km 12 de la vía Santo Domingo Quevedo y tiene una superficie aproximada de 10051,808 m2.

68. La parte reconvenida, al momento de contestar la reconvención manifiesta que la demanda es improcedente por haber prescrito y extinguido las acciones y derechos ajenos y que adicionalmente los reconvinientes no estarían legitimados para demandar.

69. Fijada la controversia con la prescripción adquisitiva de dominio del lote de terreno descrito en la demanda y reconvención con la reivindicación del mismo. Una vez practicada la audiencia de juicio, el Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Santo Domingo, resuelve declarar sin lugar tanto la demanda como la reconvención.

70. Ambas pates formulan recurso de apelación, fundamentado los demandantes que la sentencia del juez de primera instancia les causa agravio, toda vez que cumplen con los fundamentos legales de la prescripción adquisitiva; criterios que considera probados con la prueba documental testimonial y pericial practicada.

71. De igual forma los contrademandantes señalan que no es requisito riguroso la individualización, determinación de linderos y superficie del predio a reivindicar.

72. Que en el caso, los actores han aceptado que se encuentran en posesión del bien objeto de la controversia, por lo que no es punto de discusión la individualización del predio objetado.

73. Ahora bien, acorde al artículo 163 del COGEP, deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieren prueba y según el articulo 169 del mismo cuerpo de ley, es obligación de la parte actora presentar prueba de cargo a su petición y de la demandada prueba de descargo; en concordancia el artículo 163 numeral 1 del COGEP, establece que no requieren ser probados los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvención.

74. El caso, de las afirmaciones de la partes procésales; y, de la prueba admitida y practicada, se tiene como hechos ciertos los que siguen:

a) Que los demandados y reconvinientes son propietarios de un predio de 12 hectáreas ubicado en el kilómetro doce de la vía Santo Domingo Quevedo, tal como consta de la escritura pública celebrada el día trece de noviembre del 2006 ante el Notario Noveno encargado del cantón Quito Dr. Juan Villacis Medina debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad el día 28 de diciembre del 2006.

b) Que dicha propiedad de 12 hectáreas, en el año 1996 fue puesta bajo custodia del CONSEP y actualmente INMOBILIAR, conforme se dispuso a partir del operativo policial denominado Júpiter.

c) Que en el año 2015, dentro del proceso penal signado con el N° 23241-1998-0059 se ordenó restituir a sus actuales propietarios dicho bien inmueble.

d) Que dentro del predio de los demandados se encuentran en posesión los actores de un lote de terrero de un área de terreno cuyos linderos y dimensiones señalados en la demanda y aceptados en la contrademanda son: NORTE: con el señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, Franco Armijos en 18,23 metros, Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con el señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con calle publica en 81,75 metros y propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con señor Cesar Angamarca en 6,92 metros y calle pública en 100,88.

e) Que al área total de posesión de los demandantes no es de 10051,81, pues según el informe pericial practicado en juicio por el ingeniero Jaime Revelo y su testimonio en audiencia de juicio, la diferencia de los linderos que constan en la demanda y reconvención con los linderos y dimensiones que constan su informe pericial, es porque hay una significativa diferencia en cada uno de los linderos y dimensiones del inmueble materia de la Litis; y, conforme la pericia realizada el área total es de 8973,83 metros cuadrados.

f) Que en mayo del 2016, los actores entran en posesión del lote de terreno arriba descrito a propósito de la cesión de derechos posesorios efectuada por la señora Ana Loor Palacios.

75. En virtud de los hechos probados y de las demandas planteadas, corresponde a este Tribunal, pronunciarse en primer momento acerca de la solicitud de prescripción extraordinaria de dominio de los señores Ernesto Velásquez Castillo y Rocio Del Carmen Vasco Nacimba, toda vez que al tenor del artículo 603 del Código Civil una de las formas adquirir el dominio es precisamente la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y de ser procedente el derecho de dominio de los demandados, sobre la porción de su propiedad exigida adquirir por prescripción, se extinguiría; resultando en ese escenario inoficiosos el análisis de la acción reivindicatoria.

7.2.1. Análisis de la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

76. Dicho esto, la usucapión como modo de adquirir el dominio, se configura como un título constitutivo de dominio, por cuanto la ley es la que establece las condiciones para adquirir determinados derechos reales y pueda ser declarado judicialmente el derecho de propiedad, y como se constituye entonces en originario de dominio, pues no deriva de un título traslaticio anterior, siendo la prescripción adquisitiva un modo primario del dominio, extinguiendo entonces la titularidad anterior.

77. De manera específica el artículo 2398 del Código Civil, establece salvo las excepciones que establece la Constitución, se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales.

78. Del contenido de la norma arriba señaladas en concordancia con los artículos 715 y 2410 del Código Civil, el dominio de las cosas comerciales por prescripción exige: 1) Que la demanda se dirija contra quien funge como el legítimo propietario del bien; 2) Que la cosa, requerida en prescripción, esté perfectamente singularizada e identificada, sea susceptible de prescripción, encontrándose dentro del comercio humano; 3) La posesión de la cosa tenida y ejercida con los requisitos o condiciones legales y por al menos quince años.

79. Con respecto a los requisitos de este instituto, la Ex Corte Suprema así como la actual Corte Nacional de Justicia, han ratificado que son elementos de procedencia de la demanda, los siguientes:

1er. Requisito: Que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible; pues no todas las cosas son prescriptibles. Así, no pueden ganarse por prescripción: las cosas propias, las cosas indeterminadas, los derechos personales o créditos, los derechos reales expresamente exceptuados, las cosas comunes a todos los hombres, las tierras comunitarias, las cosas que están fuera del comercio. 2do. Requisito: La posesión de la cosa, entendida como la tenencia de un cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).- La posesión es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de Ley, el posesionario adquiera por prescripción el derecho de dominio del bien. La posesión requerida para que proceda legalmente la prescripción adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva. 3er. Requisito: Que la posesión haya durado el tiempo determinado por la Ley. El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de 15 años, sin distinción de muebles e inmuebles, ya se trate

de presentes o ausentes. 4to Requisito.- Que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado.- 5to requisito.- Que la acción se dirija contra el actual titular del derecho de dominio, lo que se acredita con el correspondiente certificado del Registrador de la Propiedad.[12]

80. La ausencia o insuficiente demostración de alguno de los requisitos descritos, determina el rechazo de la demanda.

81. Volviendo al caso que nos ocupa, sin lugar a duda el predio es comerciable y de dominio privado; en lo que atañe al requisito de que la demanda se instaure en contra del legítimos propietarios, este elemento tampoco está en discusión, pues en la misma contestación de la demanda y reconvención de los demandados, así como con el certificado del registro de propiedad se determina que los demandados Diana Sthela Samaniego Vázquez, Yenan Poe Reyes Asanza. son propietarios del predio de 12 hectáreas dentro del cual se encuentra la porción que requieren prescribir los actores.

82. En lo que respecta al requisito de debida singularización del bien, exigido tanto en la prescripción adquisitiva de dominio como en la reivindicación, su análisis se debe efectuar teniendo en cuenta que en la prescripción y en la acción de dominio, este requisito tiene connotaciones y formas de estimación distintas.

83. Esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ha venido desarrollando como criterio en cuanto al cumplimiento del requisito de singularidad que:

> La cosa que se reclama en restitución, no puede ser otra que la realmente poseída por el demandado, valiendo para el propósito la descripción y características de la misma, pues cuando se trata de reivindicar una porción de un inmueble de mayor extensión, no se puede exigir los linderos con absoluta exactitud y precisión, entendiéndose que el demandante busca recuperar la totalidad de lo que ya es de su propiedad. Es decir, mientras lo exigido guarde relación con lo poseído por el demandado y lo que efectivamente le pertenece al actor, no es necesaria una precisa delimitación sino únicamente una identificación referencial, que estará siempre determinada o singularizada por la posesión material del demandado. Cosa distinta sucede con el requerimiento de identidad y singularización de la prescripción adquisitiva de dominio de una porción, en la que no es suficiente la simple caracterización del predio, en vista que si se llegara a determinar su procedencia, de no estar explícitamente indicada su superficie, cabida y ubicación, sería imposible efectuar un posterior deslinde, respecto a un predio de mayor superficie, faltando en ese caso el cumplimiento del requisito de la identidad, esencial para la viabilidad de la usucapión…[Sic][13]

84. Esta disquisición en el examen del cumplimiento del elemento de singularidad y determinación del predio, dependiendo de si se trata de usucapión o de acción de dominio, resulta importante por cuanto en lo que se refiere a la prescripción extraordinaria de dominio, al ser un título originario o primigenio de dominio, no se puede ordenar sin la certeza de sus características, dimensiones y ubicación.

85. Usucapir sin estos elementos podría dar lugar a una serie de consecuencias, tales como: extinguir la propiedad sin certeza de que efectivamente el propietario es dueño de lo que posee el demandado; declarar la propiedad de lo que no está en el comercio humano, suponiendo por ejemplo, que la posesión esté en parte de un bien comerciable y en parte de uno estatal; o peor aún, que la posesión sea menor, como en el caso, a la que verdaderamente ha venido detentando con aniño y señor y dueño el demandante, siendo precisamente el hecho de la posesión determinada, la que configura el futuro derecho a acceder a la propiedad por prescripción.

86. Como vemos la singularización y determinación, exacta y precisa de los linderos y dimensiones del bien raíz, no puede tomarse a la ligera cuando se demanda prescribir un predio, menos cuando el lote de terreno se encuentra en un bien de mayor extensión, en que necesariamente para el perfeccionamiento y disposición del dominio de los prescribientes, se requiere deslindar del predio mayor, la parte del predio prescrita.

87. Precisamente en el caso, este elemento no se cumple, por cuanto los actores tanto en su

[12] Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, Juicio nº 0569-2010 de 6 de Octubre de 2010. Resolución 569-2010-MB.

[13] Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, Juicio Nº 09319-2018-00596 de 24 de marzo de 2022. Resolución 0028-2022-J

demanda como en la pericia que adjuntan como medio de prueba en el caso, precisan que se encuentran en posesión de un área de 10051,81 m2 ubicado en el km. 12 vía Santo Domingo Quevedo, con la linde ración y dimensión que sigue: NORTE: con terreno en posesión del señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, señor Franco Armijos en 18,23 metros y señor Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con terreno en posesión del señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con la calle pública, en 81,75 metros y con propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con terreno en posesión del señor Cesar Angamarca, en 6,92 metros y con calle pública en 100,88 metros.

88. No obstante, en el proceso ha quedado probado que la extensión de lo que poseen los demandantes Ernesto Velásquez Castillo y Rocio Del Carmen Vasco Nacimba, es menor a lo que exigen en su demanda, pues según el informe pericial del ingeniero Jaime Revelo el área total es de 8973,83 m2. Concluyéndose por tanto, con respecto a la prescripción extraordinaria de dominio, que no se ha cumplido con el elemento de singularización y determinación del predio. En lo que atañe a la reivindicación, el análisis de este requisito con sus connotaciones dentro del referido instituto, se efectuará en líneas precedentes.

89. Sin perjuicio de lo indicado, los actores tampoco cumplen con el tiempo de posesión mínima de quince años, pese a que afirman haber estado detentando el predio, se ha probado que su posesión fue a partir de una denominada cesión de derechos posesorios efectuada por la señora Ana Loor Palacios a los actores en el año 2016.

90. La posesión es un hecho y como tal debe ser mantenida en el tiempo de manera personal o por interpuesta persona a nombre de quien se considere poseedor, pues según el artículo 715 del Código Civil, *"posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre"*.

91. De allí que la cesión de la posesión a los actores, no sirve para justificar el tiempo de quince años de posesión del predio que requiere la prescripción adquisitiva, dicha cesión no transfiere ni crea ningún derecho a los actores, como hemos dicho la posesión es un hecho.

92. Con las consideraciones realizadas, este tribunal determina que no se han configurado los elementos que den derecho a los actores a adquirir en bien inmueble por prescripción.

7.2.2. Análisis de la demanda de reivindicación.

93. Al tenor del artículo 595 de Código Civil, el derecho real, es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona; son derechos reales el dominio, la herencia. Los usufructos, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales, tales como la reivindicación.

94. El dominio según el artículo 599 ibídem, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea este individual o social.

95. Para que proceda la acción reivindicatoria, el actor debe probar la titularidad del dominio a su favor y que efectivamente a quien demanda se encuentre en posesión del bien que reclama restituir, lo que deriva en la existencia de identidad entre lo poseído y la cosa exigida; debiendo determinarse fehacientemente la cosa singular a reivindicar.

96. Por lo tanto, el éxito de la demanda de reivindicación depende de la concurrencia de los siguientes elementos, a saber:

> 1) Que se trate de una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular que esté claramente identificada (artículos 933 y 936); 2) que el actor o demandante tenga la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa cuya reivindicación se pretende (artículo 937); 3) que el demandado tenga la actual posesión material de la cosa que se reivindica (artículo 939); y 4) que exista plena identidad entre la cosa que reivindica el actor y la que posee el demandado (artículo 933).[14]

97. En el caso, ha quedado justificada la propiedad de los señores los señores Diana Sthela Samaniego Vazquez, Yenan Poe Reyes Asanza, de un predio de 12 hectáreas de un bien ubicado en la vía Quevedo Santo Domingo y que en aquel se encuentran poseyendo desde el año 2016 los señores Ernesto Velásquez Castillo y Rocio Del Carmen Vasco Nacimba, un predio de 8973,83 m2.

98. En lo respecta a los requisitos de identidad y singularidad del predio, conforme quedó

[14] Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, Juicio 70-2012 de 06 de agosto de 2013.

explicado en líneas anteriores, en la reivindicación lo que interesa es la identificación plena del bien raíz, pero dicha identificaron solo exige indicar la ubicación y caracterización del inmueble a reivindicar.

99. Al tenor de los artículos 933 y 936 del Código Civil, la reivindicación puede versar sobre una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular que esté claramente identificada.

100. Necesariamente la cosa a reivindicar ha de ser singular, pues como hemos dicho, la desposesión puede ser de todo o de parte de una cosa, pero siempre, ha de tratarse de una privación efectiva de la posesión, hecho que en el presente está demostrado.

101. De manera que, ya sea que se trate de un cuerpo cierto o de una parte de un predio de mayor extensión, se ha de tener especial atención, en si el inmueble o porción poseída es la misma que el propietario exige reivindicar, debiendo observarse efectuarse la identificación del predio a partir de lo que efectivamente está en posesión de los requeridos.

102. Y, partir de dicha identificación, la descripción, caracterización y ubicación del predio no requiere exactitud en cuanto a su superficie, la cual puede variar dependiendo de los instrumentos con que se mida o de los accidentes geográficos propios de los inmuebles, precisión que sí se exige en la prescripción de dominio; en la cual se tolera cierto margen de error por las circunstancias descritas, pero en el caso la diferencia de lo que dice estar en posesión supera el rango de lo tolerable.

103. Pero para reivindicar esta diferencia en la cabida de predio se suple en virtud del derecho propietario de los reconvinientes, pues aquellos intentan recuperar la totalidad del dominio de lo que ya es de su propiedad, de manera que se les permita usar y gozar su inmueble.

104. Por ello es que esta Sala enfatiza en que mientras lo exigido guarde relación con lo poseído por el demandado y lo que le pertenece al actor, no es necesaria la exacta delimitación del bien, bastando su identificación referencial, que estará siempre determinada o singularizada por la posesión material del demandado.

105. En el caso, es inmutable que los demandados reconvinientes son copropietarios de un inmueble de mayor extensión cuyos linderos y dimensiones se encuentran identificados como un cuerpo cierto, dentro del cual se encuentra la porción de terreno que se ha pretendido prescribir por un lado y por el otro reivindicar.

106. En ese contexto, el fragmento del inmueble pretendido recuperar por los reconvinientes, se encuentra adecuadamente singularizado para efectos de la demanda de la reivindicación en estimación de la porción del predio que se encuentran ocupando los señores Roció del Carmen Vasco Nacimba y Ernesto Velásquez Castillo.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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****, por unanimidad, resuelve:*

1. *Aceptar parcialmente el recurso de casación planteado los demandados, Yenan Reyes Asanza y Diana Samaniego Vázquez, por el caso dos del artículo 268 del COGEP, contra el voto de mayoría de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, de 30 de noviembre de 2020, las 10h03.*
2. *En tal razón, acogiendo el recurso de apelación de los reconvinientes Diana Samaniego Vásquez y Yenan Reyes Asanza, se revoca la sentencia de primer nivel y se acepta la demanda de reivindicación, disponiendo que los ciudadanos Roció del Carmen Vasco Nacimba y Ernesto Velásquez Castillo restituyan de manera inmediata el predio materia de la controversia a sus propietarios, en la porción de terreno que se encuentran poseyendo indebidamente.*
3. *Se rechaza la demanda de prescripción adquisitiva de dominio de los señores Roció del Carmen Vasco Nacimba y Ernesto Velásquez Castillo.*
4. *Se ordena la cancelación de las inscripciones de las demandas.*
5. ***Notifíquese, devuélvase y cúmplase****.*

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 17230-2020-10852

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Adrián Rojas Calle**

ACCIÓN
DAÑOS Y PERJUICIOS CONTRACTUALES

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

Al detectarse falta de aplicación de los artículos 1561, 1562 y 1572 del Código Civil en la sentencia de segunda instancia, por la terminación unilateral anticipada del contrato en virtud de sus cláusulas. El tribunal de casación, determinó la procedencia de la demanda de daños y perjuicios, ordenando que la demandada indemnice a la actora por la terminación arbitraria del contrato.

Quito, viernes 25 de agosto del 2023, las 12h45

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 1 de junio del año en curso, el infrascrito Tribunal resolvió aceptar el recurso casación interpuesto por el abogado David Crespo Crespo en su calidad de Gerente General de la compañía GLOBALPARTNERS S.A,, dentro del juicio ordinario de resolución de contrato con condena a daños y perjuicios. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. La compañía GLOBALPARTNERS S.A., debidamente representada, comparece demandando en procedimiento ordinario a la compañía Constructora IZYFCO CÍA LTDA., en la persona su Gerente General y representante legal, expresando que celebró contrato con la demandada, de "servicios de asesoría legal y gestión de negocios para la planificación, desarrollo y ejecución de un proyecto inmobiliario de aproximadamente 300 departamentos en el sector San Isidro del Inca". El cual IZYFCO habría incumplido al haber terminado el contrato anticipadamente, en diciembre del 2019. En ese sentido, demanda que en sentencia se declare: 1) La resolución del contrato de asesoría y patrocinio de 10 de septiembre de 2018 suscrito entre las partes; 2) Se condene a la demandada, al pago de los daños y perjuicios por el incumplimiento y resolución del contrato.

2. La compañía demandada Constructora IZYFCO CÍA LTDA contesta la demanda, alegando entre otras cosas que de acuerdo a la cláusula Quinta del contrato de asesoría y patrocinio legal, cualquiera de las partes de manera unilateral podía resolver anticipadamente el contrato, por lo que el 3 de diciembre de 2019, de forma expresa manifestó a la actora mediante comunicación, su voluntad de terminar el contrato, motivando en el hecho de que "el estado del proyecto ya no requería asesoría continua".

3. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Iñaquito, mediante sentencia de 16 de junio de 2021, declara sin lugar la demanda por falta de derecho de la parte actora.

4. La compañía demandante, propone recurso de apelación, ante Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, resuelto el 18 de marzo de 2022, las 15h01, rechazando el recurso y confirmando la sentencia de primera instancia.

5. De la decisión del ad quem, la parte actora Compañía GLOBALPARTNERS S.A. presenta recurso de casación, calificado y admitido a trámite mediante auto interlocutorio de 14 de julio de 2022, por el señor Conjuez Nacional, Carlos Pazos Medina.

6. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante "COGEP", mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Wilman Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.

7. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal N°. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo.

II. COMPETENCIA

8. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

9. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

10. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

11. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Rita Bravo Quijano por licencia del doctor Roberto Guzmán Castañeda, encargada según acta de sorteo de 15 de mayo del año en curso; y, Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el

artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del "COGEP" y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

12. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del "COGEP". En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

13. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

14. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

15. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

16. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades[1].

17. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

18. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho[2]; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a

[1] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9
[2] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102

la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes[3].

19. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable en casación.

b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.

c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

20. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución[4]; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

21. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.

2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.

3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.

4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.

5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)[5].

22. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículo 266 y 267 del "COGEP", determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

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

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.

---

[3] Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

[4] *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o ***judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.***

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. ***Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".*** *(Énfasis añadido).*

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

23. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

24. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

> (…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.
>
> Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.[6]

25. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

26. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del "COGEP", la casacionista GLOBALPARTNERS S.A, a través de su defensa técnica, fundamentó el recurso en torno al caso cinco del artículo 268 del "COGEP", por falta de aplicación de los artículos 1453, 1505, 1561, 1562, 1572 del Código Civil; refiriendo en lo principal que:

26.1. Que sus pretensiones exigidas en la demanda, de manera sucesiva, se reducen a que: 1) Se declare la resolución del contra objeto de la controversia por el incumplimiento de la demandada; y, 2) que se condene a la demandada al pago de daños y perjuicios derivados del incumplimiento y resolución del contrato. Que en ese contexto, es falso lo que el tribunal ad quem afirma en su sentencia, en cuanto a la existencia de pretensiones distintas.

26.2. Que en el caso, lo que se ha producido es una terminación de hecho del contrato por parte de la constructora demandada, pero que dicha terminación unilateral no ha sido conforme a derecho, por lo que en la sentencia recurrida se habrían producido la falta de aplicación del artículo 1453 del Código Civil, pues frente a la existencia de un contrato reconocido por ambas partes con obligaciones bilaterales para las partes, que fuere terminado unilateralmente, lo que correspondía dice, era que se disponga el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del contrato.

26.3. Siendo que según el artículo 1561 del mismo cuerpo de ley, el contrato es ley para los celebrantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento de los contratantes o por causas legales, por lo que ante un contrato

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

válido el tribunal de apelación, debió hacer respetar los términos del contrato, ante la terminación ilícita del contrato.

26.4. Que según las cláusulas contractuales, no existía un plazo definido del contrato, sino que aquel se encontraba ligado al tiempo de ejecución del proyecto inmobiliario, y que para su terminación anticipada de forma unilateral, previo aviso, correspondía pagar a la actora, por los servicios efectivamente prestados, debiendo realizar las partes una liquidación de aquellos, correspondiendo el pago del saldo pendiente.

26.5. Dice la parte recurrente que la demandada no cumplió con su obligación de pagar los valores pendientes en el término pactado en el contrato en caso de terminación unilateral, por lo que la terminación del contrato no se perfeccionó de derecho solo de hecho.

26.6. Que, de acuerdo a los precedentes jurisprudenciales, en casos de terminación unilateral del contrato, hay derecho a la indemnización de dalos y perjuicios, siendo que cuando las obligaciones no se cumplen hay lugar a la acción de daños y perjuicios, toda vez que los contratos deben cumplirse de buena fe y que aun cuando se llegare a considerar que no cabe la resolución del contrato por considerarlo extinguido de pleno derecho, cabe la reparación del daño.

26.7. Que según el artículo 1572 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento, como en el caso, en el que, al no haberse pagado por los servicios efectivamente prestados, se debía condenar al pago de los daños.

26.8. Debiendo aplicarse, según su criterio, también el artículo 1505 del Código Civil, por el cual, en virtud de la condición resolutoria tácita que envuelve a los contratos bilaterales, procede demandar ya la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de daños, por lo que considera, que al haberse demostrado el incumplimiento de la parte demandada y con la terminación de hecho del contrato anticipadamente y de forma dolosa, la demanda era procedente.

26.9. Precisa que GLOBAL PARTNERS, con la celebración del contrato, buscaba un beneficio de más de 250.000 dólares, derivados de la ejecución de las actividades del contrato, cuyo beneficio económico no pudo alcanzar por la decisión arbitraria de la constructora demandada.

27. La contraparte, Constructora IZYFCO CÍA LTDA, por medio de su defensa técnica refutó la impugnación casacional descrita, indicando:

27.1. Que la parte recurrente, al fundamentar su recurso, mutila la sentencia impugnada, toda vez que en la decisión se analizó el contrato objeto de la controversia.

27.2. Que en virtud de dicho contrato, se determinó que su terminación no fue ilegitima, sino que fue notificada la parte actora de conformidad con las estipulaciones contractuales.

27.3. Que durante la vigencia del contrato se cumplieron con las obligaciones adquiridas, por lo que alega que no hay incumplimiento y que no procedería la demanda de daños y perjuicios.

27.4. Que en ese sentido, no cabía la aplicación de las normas enunciadas en el recurso de casación. Afirmando que no se ha individualizado el vicio por el cual se acusa la infracción de la serie de normas aludidas en el recurso planteado.

de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

28. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 *ut supra*, este Tribunal se plantea el siguiente problema jurídico objeto de resolución:

28.1. ¿Existe falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo que regulan la responsabilidad contractual, de los artículos 1453, 1505, 1561, 1562, 1572 del Código Civil?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

29. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

> 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. (Énfasis añadido).

30. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

> (…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática[7].

31. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.° 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

> La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

32. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben "Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1. Resolución de los cargos por el caso cinco del artículo 268 del "COGEP".

33. El caso cinco de casación, regula los vicios in iudicando, producidos por violación directa de normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, denominada también error de subsunción.

34. La naturaleza de esta casual, recae sobre la pura aplicación del derecho, por violación directa, de manera que independientemente del error en la estimación de los hechos, lo que fija el yerro por esta causal, es la aplicación o interpretación de los presupuestos fácticos al hipotético normativo.

35. En esa línea, la ex Corte Suprema de Justicia, precisaba con respecto a la causal primera de casación, actual caso quinto:

> El vicio que la causal primera imputa al fallo es la 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 hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: 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

[7] Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.° 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.° 193, párr. 152.

indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La 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.[8]

36. En fin, esta casual supone que no hay discusión en cuanto a los hechos que se tiene como probados, sino controversia en la aplicación e interpretación de las normas de derecho con respecto a los hechos; lo que se resume en la regulación del ejercicio de subsunción de la situación fáctica al supuesto normativo.

37. Escuchada que ha sido la sustentación del recurso planteado, se tiene que el cargo propuesto a la luz del caso cinco del artículo 268 del "COGEP", se sostiene en la presunta infracción de las normas de derecho sustantivo que regulan la responsabilidad contractual.

38. En ese sentido, revisado en el contenido del fallo endilgado, se tiene que los hechos que constituyen el fundamento de la decisión de segunda instancia, aparecen a partir del considerando "OCTAVO" y se constriñen a lo que sigue:

(…) En primer lugar, cabe señalar que la parte actora en la demanda plantea dos pretensiones distintas, pero no de forma alternativa: la primera, es que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la Compañía demanda y en consecuencia, se declare la resolución del contrato por dicho incumplimiento. En esta pretensión no se demanda indemnización de daños y perjuicios, sino únicamente la resolución del contrato por el incumplimiento de la Compañía demandada; mientras que en la otra pretensión dice: "De considerarse terminado el contrato, se condene a la compañía demandada al pago de daños y perjuicios por falta de pago de algunos servicios por asesoría legal y patrocinio que dice efectivamente ha prestados o realizado en favor de la Compañía demandada Constructora IZYFCO CÍA LTDA, señalando para ese efecto los montos de cada uno de los rubros reclamados, y los intereses de esos montos; así como el pago de los servicios de asesoría legal y patrocinio que expresa no se podrán ejecutar, conforme se ha señalado en la demanda. Sin embargo, como podemos advertir, al fundamentar el recurso de apelación, existe un solo pedido que une las dos pretensiones constantes en la demanda, es decir, que se declare la resolución legal del contrato y el pago de daños y perjuicios correspondientes, compuestos por el daño emergente y el lucro cesante, sin tomar en cuenta que la propia parte actora en su demanda, planeó que, "En caso de que se considere que el contrato se encuentra terminado, solicita como pretensión de forma independiente se condene a la demandada Constructora IZYFCO CÍA LTDA. al pago de daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante), cuando en la primera pretensión, al pedir que se declare la resolución del contrato, no se solicita la indemnización de daños y perjuicios…. Por otro lado, la cláusula Quinta del Contrato de Asesoría y Patrocinio Legal que obra del proceso, establece lo siguiente: *"Cualquiera de la partes podrá dar por terminado el presente contrato de forma unilateral, previo aviso motivado por escrito a su contraparte. En este caso, se procederá conforme lo acordado en el literal c. del numeral 4.1. de la cláusula cuarta"*. En virtud de lo pactado en esta cláusula contractual, la Compañía IZYFCO mediante comunicación de fecha 3 de diciembre de 2019 (fs. 298), le notifica formalmente al Gerente General de GLOBAL PARTNERS SOLUCIONES LEGALES la intención de dejar de contar con los servicios profesionales de la firma de abogados que representa, dejando así sin efecto el contrato suscrito el 10 de septiembre de 2018, en virtud de que el estado del proyecto ya no requiere de asesoría continua. Es más, la propia parte actora reconoce que el mencionado contrato se encuentra terminado,… En tal virtud, con el propio contrato que obra del proceso y lo expresado por la accionante, la parte demandada ha justificado el hecho de que el contrato se ha dado por terminado conforme a la cláusula contractual mencionada, consecuentemente, mal se puede declararse resuelto un contrato que ya no se encontraba vigente a la fecha de presentación de la demanda… En cuando al pago de indemnizaciones de daños y perjuicios (daño emergente y lucre cesante), de forma independiente como plantea la parte actora en la

[8] Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 11. Página 4090. (Quito, 20 de marzo de 2012)

segunda pretensión, el Art. 1505 del Código Civil, determina lo siguiente: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios". De acuerdo con esta norma legal la indemnización de perjuicios procede únicamente se si demanda la resolución o el cumplimiento del contrato, por lo tanto, no cabe de forma independiente demandar únicamente el pago de daño emergente y lucro cesante, pues, así se ha pronunciado en forma reitera la jurisprudencia. Así por ejemplo cuando se manifiesta lo siguiente: *"Se requiere por tanto, para ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios, que previamente la resolución o el cumplimiento del contrato "con indemnización de perjuicios" sea declarada mediante sentencia, por tratarse de la condición resolutoria tácita y, en consecuencia se declare al deudor en mora"*…[Sic]

39. De lo citado, resaltan dos premisas en torno a las pretensiones de la parte actora, la primera en lo que atañe al requerimiento de resolución del contrato, pretensión que según el razonamiento de la sala de apelación, no procede por cuanto el contrato ha terminado unilateralmente previo a la presentación de la actual demanda. Y la segunda, entorno a la reparación por daños y perjuicios, negada por el tribunal, al considerar que no puede demandarse de manera independiente los daños y perjuicios, sin que medie demanda de cumplimiento o resolución del contrato, según lo dispuesto en el artículo 1505 del Código civil.

40. Dichas afirmaciones resultan a toda luz incontrastables con el derecho de libertad contractual que cobija a los contratantes, pues así como se celebra una convención, por voluntad de las partes, aquella puede resolverse por anuencia de los mismos contrayentes de la obligación, siendo que al tenor de los artículos 1561 y 1562 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado vincula legalmente a las partes y aquel no puede invalidarse sino por el consentimiento mutuo o por causas meramente legales, debiendo ejecutarse de buena fe obligando a los suscribientes a las clausulas convenidas y a las obligaciones que se desprenden de la naturaleza del contrato.

41. De allí que, no cabía que la sala de segunda instancia, ante el hecho cierto e irrefutable de la terminación anticipada del contrato por parte de la constructora demandada IZYFCO LTDA, que motivó inclusive la decisión de negar la resolución del contrato, exija el acogimiento de la parte actora a la facultad de ejercer la condición resolutoria tácita del contrato del artículo 1505 del Código Civil, la cual, como ha señalado en casos análogos esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, solo puede ejercerse ante contratos vigentes no extinguidos.

42. Lo anterior estriba en el principio de autonomía de la voluntad contractual, que según la doctrina se traduce en la libertad de los contratantes de determinar el contenido del contrato,[9] por ende son aquellos los que consienten a las obligaciones que cada uno adquiere.

43. Esta sala ha enfatizado en que la facultad resolutoria tácita opera cuando:

> (…) resulta extraño que el Tribunal de apelación exija que la pretensión del accionante se encuadre en la acción resolutoria tácita del contrato conforme al artículo 1505 del Código Civil,… lo cual denota la falta de atención a la estipulación resolutoria expresa, constante en la cláusula Décima Octava letra b del contrato – clausula resolutoria – que en general puede ser y de manera particular (dentro de la especie) se encuentra incorporada al contrato por parte de los celebrantes, que lo han hecho en ejercicio de su libertad contractual, por la cual, están facultados también a establecer el objeto del contrato para determinar las formas en que este pueda ser resuelto. Por ello, es un sin sentido, exigir que el acreedor opte por una de las acciones de la norma en mención (resolución o cumplimento), ya que el contrato ha terminado por el previo acuerdo de voluntades, al pactar los contratantes formas por las que cualquiera de los dos partes o en conjunto, puedan tener la potestad de deslindarse de sus obligaciones, quedándole a la administración de justicia, en vista de la impugnación de incumpliendo del contrato ya concluido, la tarea de determinar si la relación contractual ha fenecido en los términos estipulados dentro del contrato objeto del juicio; o si por el contrario, la terminación unilateral ha

[9] Blasco Gascó, Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. 3ª ed. 1998. Obetnido en : https://latam.tirantonline.com/latam/documentoLatam/show/10094?librodoctrina=148&general=autonom%C3%ADa+de+la+voluntad+contractual+&tolgeo=ESP

sido arbitraria, al margen de lo convenido en el contrato, originando por tanto el derecho a exigir daños y perjuicios…de forma inapropiada, dice la sentencia en alusión que razona teniendo como antecedente el criterio de la ex Corte Suprema de Justicia, referente a lo que dicha Corte ha dicho así: "*…para deducir la acción de daños y perjuicios el demandante debió hacerlo conjuntamente sea con la acción de resolución o con la de cumplimiento del contrato, más en ningún caso de manera independiente, pues estas son las acciones establecidas por la ley contra la parte que no cumple las obligaciones del contrato, esto es lo pactado, y la indemnización de daños y perjuicios deviene de la admisión de cualquiera de ellas...*" (GJS XIII, No. 5, p. 1008)… más el Tribunal de apelaciones, no toma en cuenta que dichos criterios tienen sentido cuando estando vigente el contrato, el acreedor en uso de su facultad resolutoria, activa a la administración de justicia, una vez que ha requerido y constituido en mora al deudor, cosa que no sucede en el presente caso, donde la peculiaridad es que la vida del pacto contractual ha fenecido, evento por el cual si opera la indemnización de daños y perjuicios…[10]

44. Volviendo al caso, al haberse terminado unilateralmente el contrato por parte de la empresa demandada, afincada en la cláusula Quinta del contrato de asesoría y patrocinio legal, según la cual, cualquiera de las partes podía dar por terminado el contrato de forma unilateral, previo aviso motivado.

45. Resulta obvio que ya no estamos frente a un contrato vigente, y, si bien la declaración unilateral de terminación no sujeta en forma dirigida a la otra parte, no es menos cierto que por el acuerdo de voluntades las partes pueden establecer cláusulas de resolución o terminación del contrato y que, en atención a aquellas el contrato pueda terminarse sin que medie decisión judicial.

46. Es así, que el numeral 1 del artículo 1583 del Código Civil, establece como una de las formas de extinción de las obligaciones, la convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo.

47. Es decir, que el contrato como fuente de las obligaciones[11], que los pactantes decidan adquirir, así como nace puede extinguirse por decisión de los celebrantes, por lo que su existencia no puede estar supedita a decisión judicial de resolución cuando el contrato ha terminado anticipadamente.

48. Esto no obsta de que el perjudicado con la terminación del contrato, acuda a la justicia ordinaria a fin de que se determine si la terminación anticipada ha sido la legal, en los términos del contrato, cuyas cláusulas son normas derecho sustantivo y vinculan directamente a los celebrantes de la convención.

49. Pues, de verificarse arbitrariedad en la terminación unilateral del contrato, se configura el incumplimiento del contrato, lo que en los términos del artículo 1572 del Código Civil otorga derecho al contratante cumplido a ser indemnizado por daños y perjuicios, en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, según sea el caso.

50. Resulta irascible entonces, que el tribunal de apelación, después de determinar que el contrato ya no se encuentra vigente, exija que la pretensión del accionante se encuadre en la acción resolutoria tácita del contrato del artículo 1505 del Código Civil, desconociendo la cláusula de terminación del contrato pactada por las partes en el contrato.

51. Bajo lo analizado, este Tribunal, encuentra mérito para casar la sentencia, por el caso quinto del artículo 268 del COGEP por falta de aplicación de los artículos 1561, 1562 y 1572 del Código Civil. Por lo que, en aplicación del artículo 273 del COGEP numeral 3, se pasa a dictar sentencia de fondo, en mérito de los hechos determinados como ciertos en instancia.

7.2. Consideraciones de mérito

52. Tal como ha quedado señalado en líneas anteriores, comparece la compañía GLOBAL-PARTNERS S.A., demandando la resolución del contrato de asesoría y patrocinio legal celebrado con la compañía Constructora IZYFCO CÍA LTDA, el 10 de septiembre de 2018 y que se condene a la demandada, al pago de los daños y perjuicios por el incumplimiento y resolución del contrato.

[10] Resolución Nº. 146-2022-J de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, de 12 de octubre de 2022 , Juicio No. 17230-2018-10199

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

53. En cuanto al pedido de resolución del contrato, esta acción procede cuando concurren los siguientes elementos: 1) la existencia y vigencia de un vínculo contractual; pues, solo cabe resolver un contrato existente y válido, capaz de producir efectos jurídicos para que solo así pueda extinguirse en lo sucesivo; y el contrato no debe haberse consumado, ya que si ambas partes cumplen con sus respectivas obligaciones, no cabe resolverlo; 2) la reciprocidad de las prestaciones; 3) la exigibilidad de las prestaciones, por cuanto la resolución sólo cabe cuando las prestaciones recíprocas de las partes, sean exigibles; 4) el incumplimiento grave por parte del demandado; grave, por cuanto no cualquier incumplimiento faculta para resolver; y, 5) el cumplimiento por parte de quien ejercita la acción; la acción resolutoria corresponde a quien cumplió lo que le incumbía y sufre el incumplimiento de la otra parte.
54. Revisados los requerimientos de la resolución del contrato y siendo que en el caso el contrato ha terminado previamente a la interposición de este proceso, por decisión de la demandada, la pretensión de resolución no prospera.
55. Tanto más si tomamos es cuenta el tipo de obligaciones establecidas en el contrato objeto de la controversia, cuya naturaleza deriva en un contrato de tracto sucesivo o de ejecución diferida.
56. Pues varios de los servicios que la actora pactó prestar en virtud del contrato se originaban a partir del cumplimento o ejecución de servicios o actividades primigenias, de manera que las obligaciones se iban renovando y cumpliendo constantemente, razón por la que inclusive la contratista debía ir satisfaciendo el pago de los servicios mes a mes, en los términos pactados en el contrato por un periodo de al menos 36 meses.
57. En los contratos de tracto sucesivo, no cabe la condición resolutoria tácita del 1505 del Cogido Civil, pues en esta clase de contratos las obligaciones se van cumpliendo en el tiempo lo cual imposibilita que se pueda demandar la resolución contractual cuyo efecto es retrotraer la situación contractual a su estado anterior a la celebración, efecto que en la especie no podría aplicarse en virtud de los servicios que efectivamente ya se prestaron y por los cuales inclusive la demandada pagó en parte.
58. En lo que atañe a la legalidad de la terminación anticipada del contrato por parte de la compañía Constructora IZYFCO CÍA LTDA, este Tribunal considera que decisión de terminación no se efectuó en los términos pactados en la convención.
59. Según la cláusula Quinta del contrato, cualquiera de las partes podía dar por terminado el contrato, informando motivadamente de su decisión a la contraparte, pero en este caso, debida proceder conforme a lo acordado en el literal c) del numeral 4.1 de la cláusula cuarta del contrato.
60. De acuerdo a esta cláusula, para la terminación del contrato se debía realizar una liquidación con la contraparte, sobre los servicios efectivamente prestados y pagar en el término de quince días el saldo pendiente.
61. Dicha liquidación fue efectuada por GLOBAL PARNERS en comunicación de 5 de diciembre de 2019 a IZYFCO, de la cual la demandada lejos de impugnar debidamente dicha liquidación constante en el proceso, se limitó a señalar que en los pagos por los servicios prestados se efectuaban mes a mes, siendo el último pago efectivo en noviembre del 2019, lo que corrobora que inclusive la demandada no pagó del mes de diciembre, pago que según el contrato debía efectuarse cada mes de manera anticipada.
62. Además, la aseveración de la demandada, en torno a que no exista la obligación de más pagos que los mensuales, decae cuando en su propia contestación de la demanda, afirma que el contrato no valora individualmente los servicios a prestarse ni los totaliza, bajo ese hecho, no se puede aducir que con los pagos mensuales efectuados hasta noviembre del 2019, se encontraban pagados los servicios efectivamente prestados, pues pese a que las actividades detalladas en contrato se iban efectuando en el tiempo, con el avance del proyecto inmobiliario, en los términos del contrato, no se detallan qué rubros y actividades debían cumplirse mensualmente.
63. Lo anterior deriva en que GLOBAL PARTNERS, según el contrato podía ejecutar las gestiones legales a las que estaba obligada, antes de los 36 meses pactados, debiendo en ese caso la demandada pagar el valor total pendiente hasta completar los 36 meses; y, ante la terminación anticipada, como sucedió en el caso, la demandada debía cancelar a la actora por los servicios efectivamente prestados en virtud de la liquidación.
64. Dicho esto, se ha configurado incumplimiento por parte de la empresa demandada, quien arbitrariamente dio por terminado el contrato, sin efectuar la respectiva liquidación los servicios prestados por parte de GLOBAL PARTNERS S.A., hasta la fecha de terminación. Siendo este el germen de la responsabilidad civil de la demandada, quien en detrimento de los intereses económicos de la actora, incumplió el contrato,

configurándose el nexo causal que obliga a la demanda a indemnizar a la actora por daños y perjuicios.

65. La indemnización de daños y perjuicios que se pudieren haber generado, por la terminación arbitraria del contrato ya por incumplimiento de la obligación, cumplimento imperfecto o retardo en su incumplimiento, según lo preceptuado en el artículo 1572 del Código Civil, es producto de los términos del propio contrato, de las obligaciones que hayan quedado insolutas.

66. Con estas consideraciones y siendo que la demandada omitió la obligación de pago de la liquidación descrita, causando daño a la parte actora, le corresponde indemnizar a GLOBAL PARTNERS en los términos del artículo 1572 y 1574 del Código Civil por daños y perjuicios, en el concepto de lucro cesante, que se justifica con la liquidación efectuada por la parte actora, cuyo valor de los servicios efectivamente prestados asciende a doce mil doscientos noventa y cinco, con 24 centavos, como monto efectivamente verificable al tiempo de la terminación del contrato, en que se perjudicó al patrimonio de la actora.

67. No corresponde indemnización por lucro cesante, toda vez que en la actuación de la parte demandada, no se puede verificar dolo, al ser prerrogativa de las partes la terminación según el propio contrato, en cualquier momento.

VIII. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ***ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA****, decide por unanimidad:*

1. *Aceptar el recurso de casación interpuesto por el caso quinto del artículo 268 del COGEP y casar la sentencia dictada el 18 de marzo de 2022 por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, dentro de la causa ordinaria seguida por la compañía GLOBAL PARTNERS S.A., en contra de la compañía Constructora IZYFCO CÍA LTDA.*
2. *Se acepta la demanda de daños y perjuicios, ordenándose pagar a la parte demandada por concepto de lucro cesante a favor de la actora, la suma de* ***DOCE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO, CON 24 CENTAVOS ($12,295.24)*** *como condena de daños y perjuicios causados; más los intereses, desde la fecha de la citación con la demanda, a la tasa de interés aplicable establecida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera del Banco Central del Ecuador, como tasa de interés referencial para las operaciones comerciales ordinarias. Se rechaza la demanda de resolución de contrato por improcedente.*
3. *Devolver los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.*
4. ***Notifíquese y cúmplase.***

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 23331-2020-00578

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Adrián Rojas Calle**

ACCIÓN
PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

Frente a la aseveración de que la actora vendría detentando el inmueble como mera tenedora, al reconocer el dominio de los propietarios del bien, con quienes celebró en su momento promesa de compraventa. El tribunal de casación, casa la sentencia impugnada reiterando el criterio jurisprudencial que determina que quien entra a poseer el predio mediante escritura pública de promesa de compraventa, tendrá la posesión con ánimo de señor y dueño del bien; y no como mero tenedor.

Quito, jueves 21 de septiembre del 2023

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 27 de julio del año en curso, el infrascrito Tribunal resolvió aceptar el recurso casación interpuesto por la ciudadana Ligia Wilches Tacuri, dentro del juicio ordinario de prescripción extraordinaria de dominio. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. La señora Ligia Wilches Tacuri, presentan demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio contra los cónyuges Raúl Arcenio Ortega Cabrera y Julia Lucrecia Carrión Sanmartín, refiriendo que desde el 5 de agosto de 1997, mantiene la posesión material, de un cuerpo cierto de terreno de una superficie SETECIENTOS SESENTA METROS CUADRADOS CON CINCUENTA DECÍMETROS, ubicado en la calles Avenida Quito lote 125 entre calle de las Oranzonas y calle Loja del barrio llamado "COOPERATIVA ALIANZA PARA ÈL", ubicado en el sector 1 del sector urbano de la parroquia Santo Domingo provincia Santo Domingo de los Tsáchilas, mismo que se encuentra circunscrito dentro de los siguientes linderos y dimensiones: NORTE: con propiedad del Ing. Antonio Gómez, en 25 metros; SUR: con la avenida Quito, en 26 metros; ESTE: con propiedad de Francisco Vivar en 30 metros; OESTE: con propiedad de Pascual Miraba, en 30 metros. En tal razón, demandan que se declare a su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del referido inmueble.

2. A fojas 605 consta la providencia de 20 de abril de 2021, las 10h13, en la que se declara que la contestación a la demanda presentada por Raúl Arcenio Ortega Cabrera y Julia Lucrecia Carrión Sanmartín, no se considera por haber sido presentada fuera del tiempo que establece el COGEP, para este tipo de trámites

3. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Santo Domingo, mediante sentencia de 3 agosto de 2021, acepta la demanda declarando la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio a favor de la señora Ligia Mercedes Wilches Tacuri, del lote de terreno de una superficie de setecientos sesenta metros cuadrados con cincuenta decímetros cuadrados, ubicado en la calles Avenida Quito lote 125 entre calle de las Oranzonas y calle Loja del barrio llamado "COOPERATIVA ALIANZA PARA EL", ubicado en el sector 1 del sector urbano de la parroquia Santo Domingo provincia Santo Domingo de los Tsáchilas, mismo que se encuentra circunscrito dentro de los siguientes linderos y dimensiones: NORTE: con propiedad del Ing. Antonio Gómez, en 25 metros; SUR: con la avenida Quito, en 26 metros; ESTE: con propiedad de Francisco Vivar en 30 metros; OESTE: con propiedad de Pascual Miraba, en 30 metros.

4. La parte demandada propone recurso de apelación, ante Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, resuelto en voto de mayoría el 12 de abril de 2022, las 10h12; aceptando el recurso de apelación y revocando la sentencia subida en grado, desechándose la demanda por infundada

5. De la sentencia de mayoría, la parte actora formula recurso de casación, admitido a trámite mediante auto interlocutorio de 24 de enero de 2023, por el señor Conjuez Nacional competente, Pablo Loayza Ortega.

6. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante "COGEP", mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Adrián Rojas Calle, en calidad de Juez ponente.

II. COMPETENCIA

7. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

8. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

9. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

10. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda; y, Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del "COGEP" y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

11. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del "COGEP". En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

12. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

13. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

14. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

15. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades[1].

16. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

17. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan

[1] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9

errores de derecho[2]; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes[3].

18. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable en casación.

b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.

c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

19. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución[4]; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

20. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.

2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.

3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.

4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.

5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)[5].

21. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículo 266 y 267 del "COGEP", determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

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

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en

---

[2] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102

[3] Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

[4] *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o ***judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.***

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. ***Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".*** *(Énfasis añadido).*

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

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

22. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

23. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

> (…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.
> Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.[6]

24. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

25. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del "COGEP", la casacionista Ligia Wilches Tacuri, a través de su defensa técnica, fundamentó el recurso en torno a los casos dos y cinco del artículo 268 del "COGEP", desistiendo de la fundamentación del cargo por el caso tres de casación; señalando en lo principal:

25.1. Con fundamento en el caso dos contemplado en el artículo 268 del COGEP, que la sentencia impugnada no cumple con el requisito de motivación, toda vez que no habría dado respuesta a los argumentos relevantes de la demanda.

25.2. Que la fundamentación del fallo de mayoría es aparente y que por tal incurre en vicio de incongruencia frente a las partes y frente al derecho.

25.3. Que desde el año 1997, la actora ha venido manteniendo posesión del bien objeto de la demanda, producto de una promesa de compra venta que celebró con los demandados y que en dicho bien ha efectuado varias mejoras; y, que en el 2015 luego de ser despojada de su posesión, la recuperó por orden judicial.

25.4. Que no obstante, en la sentencia se efectúa un análisis de si obstanta la calidad o no de poseedora únicamente en base de la promesa de compraventa suscrita entre las partes sin tomar en cuenta el resto de alegaciones y argumentos. Añade que la sala omitió abordar el análisis de las normas relativas a la resolución del caso.

25.5. Por el caso cinco de casación, acusa la infracción por indebida aplicación del artículo 599 del COGEP y la falta de aplicación de los

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

artículos 715, 2392, 2398, 2410 y 2411 del Código Civil, los cuales considera eran fundamentales para la decisión de la causa.

25.6. Indica que, en el caso lo que se debía analizar, era la calidad de posesionaria de la actora para la procedencia de la demanda de prescripción adquisitiva, en virtud de la cual se persigue adquirir el dominio de la propiedad.

25.7. Que el hecho de la suscripción de la promesa de compraventa por el bien inmueble, entre las partes procesales, no desmerece la calidad de la posesión; en vista de que el negocio no se concretó.

26. La contraparte, Raúl Ortega Cabrera y Julia Carrión Sanmartín, a través de su abogada defensora, refutaron la impugnación casacional descrita, indicando:

26.1. Que la actora ha reconocido el dominio de sus defendidos, al haber suscrito promesa de compra venta del inmueble.

26.2. Que la posesión se encuentra integrada por el *corpus y el animus*, y que en el caso, la actora no tiene el ánimo de señora y dueña.

26.3. Indica que el voto de mayoría de segunda instancia, analizó la calidad de tenedora de la actora, por lo que no puede configurarse prescripción a su favor.

26.4. Con tales consideraciones, solicita que se rechace el recurso de casación.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

27. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 25 *ut supra*, este Tribunal se plantea los siguientes problemas jurídicos objeto de resolución:

27.1. ¿Existe falta de motivación en el voto de mayoría expedido por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, 12 de abril de 2022, las 10h12?

27.2. ¿Existe en el referido fallo, indebida aplicación del artículo 599 del COGEP y la falta de aplicación de los artículos 715, 2392, 2398, 2410 y 2411 del Código Civil?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

28. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

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. (Énfasis añadido).

29. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

(…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática[7].

30. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.° 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

> La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta

[7] Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.° 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.° 193, párr. 152.

Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

31. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1. Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del "COGEP"

32. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el cargo traído a casación por los recurrentes, se configura cuando *"(…) la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

33. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

34. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles entre sí, en la parte resolutiva del fallo. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la demanda y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten la aplicación de la normas de derecho que corresponden al caso, para arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

35. Por último, es motivo anulación del fallo, por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

36. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

37. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida[8].

38. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "… requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el por qué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal...". [9]

39. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución, ha expresado que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por: (1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia[10].

40. Según han manifestado la casacionista, la sentencia impugnada no se ha pronunciado en

[8] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución del Juicio No. 07333-2018-01632 de 17 de enero de 2022.
[9] Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E
[10] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

su análisis, acerca de todas las cuestiones fácticas materia de la demanda, por lo que considera que la sentencia incurre en falta de motivación, decayendo en incongruencia frente a las partes y frente al derecho.

41. En vista de la denuncia formulada en torno al caso dos del artículo 268 del COGEP, por presunta falta de motivación de la sentencia, sin perjuicio del vicio motivacional citado por la recurrente, este Tribunal enfocado en el análisis de los motivos en que se funda la decisión que dio lugar al rechazo de la demanda, examina el voto de mayoría expedido por la Corte Provincial de Santo Domingo, específicamente el considerando Quinto del fallo, en que textualmente la sala argumenta:

> (…) a fin de resolver el recurso de apelación en el presente caso, el Tribunal sistematiza el problema en la siguiente interrogante: ¿Puede el promitente comprador alegar posesión de un bien raíz al cual accedió por autorización del promitente vendedor? 5.3 El primer requisito, para demandar la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, consiste que se haya dirigido la demanda a quien aparezca como titular del dominio del predio en el Registro de la Propiedad correspondiente; y, que tal bien se halle en el comercio y sea susceptible de apropiación. En la presente causa, la prueba documental practicada en audiencia, como es el certificado de gravámenes se determinó que los legítimos propietarios del inmueble objeto de la demanda son: RAUL ARCENIO ORTEGA CABRERA y JULIA LUCRECIA CARRION SANMARTIN. Del certificado de gravámenes que obra de fojas 402 y confrontado con el contenido de la demanda, se concluye que se demandó a los propietarios del bien inmueble materia de la presente Litis. Además, se colige que el inmueble está dentro del comercio humano y es susceptible de apropiación. Por tanto, cumple con el primer requisito. 5.4 El segundo requisito es la correcta individualización del inmueble a prescribirse. El lote de terreno cuya ubicación, cabida y linderos se detalla en el contenido de la demanda, se pudo constatar de su existencia a través del informe adjunto a la demanda, producto del cual se presentó el informe elaborado, suscrito y sustentado por el ingeniero Jorge Bolívar Jaque Cisneros; se corroboró que se trata del mismo inmueble con las características detalladas en el contenido de la demanda….5.5 El tercer requisito se refiere a la posesión material de la parte actora por 22 años del bien o derecho real que se pretende prescribir, en forma pública, pacífica e ininterrumpida con ánimo de señor y dueño. El artículo 715 del Código Civil respescto ala posesión define: "Es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre"… De la definición contenida en la disposición legal citada se desprenden dos elementos constitutivos de la posesión, que deben concurrir al unísono: el corpus y el animus. El corpus o elemento material.- Consiste en la tenencia, es decir, la relación objetiva o poder de hecho (factus) sobre la cosa, que otorga al detentador la posibilidad física de disponer de ella. Este componente se da sin lugar a dudas mientras el poseedor tiene efectivamente aprehendida la cosa, bajo su poder inmediato y directo... El animus, o elemento intelectual o sicológico. Este tercer elemento está dado por la intención del tenedor de la cosa de actuar respecto de ella como "señor y dueño" (animus sibi habendi), con la voluntad de excluir a los demás del uso y disfrute de la cosa". En este contexto, en este caso, la parte actora afirma que se encuentra en posesión del lote detallado en la demanda, por 22 años, esto es, desde hace más de 15 años que exige el Art. 2411 del Código Civil, se encuentran en posesión, pacifica, tranquila, ininterrumpida, pública, notoria con el ánimo de señor y dueño; sin embargo, del certificado de gravámenes (fs. 402) se observa que consta inscrita en el registro de la propiedad el 8 de marzo de 2000, la promesa de compra venta celebrada el 4 de junio de 1997, ante el Notario doctor Luis Suárez, suscrita entre los señores Raúl Ortega Cabrera y Julia Lucrecia Carrión Sanmartín, en calidad de promitentes vendedores y la señora Ligia Mercedes Wilches Tacuri en calidad de promitente compradora, del lote de terreno objeto de esta demanda, escritura en cuya cláusula quinta se hace constar que: "La promitente compradora entrara en posesión, uso y goce del inmueble prometido en venta en el plazo de sesenta días (dos meses) contados a partir de la presente fecha". Coligiéndose de lo cual que la señora Ligia Mercedes Wilches Tacuri, entro a ocupar el inmueble que hoy demanda la prescripción adquisitiva de dominio en calidad de promitente compradora, y reconociendo como dueños del inmueble que ahora

demanda su prescripción adquisitiva a los señores Raúl Ortega Cabrera y Julia Lucrecia Carrión Sanmartín, que hoy tienen la calidad de demandados. Por otra parte, el Art. 599 del Código Civil, prevé que: el dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. Teniendo de lo anterior, que entre las características de la propiedad no está la posesión, sino el uso, goce y disposición, por ende, el hecho de que los promitentes vendedores autoricen a la promitente compradora parta entren en posesión del bien que se ofreció vender, no produce ningún efecto jurídico debido a que no puede autorizar la posesión que no se tiene, tanto más que la posesión es una característica propia de quienes no tienen título…. En consecuencia, la actora NO cumple con el requisito de la posesión con ánimo de señor y dueño para la procedencia de su pretensión, siendo innecesario analizar la alegación de interrupción de la posesión…[Sic]

42. De lo migrado, se determina que la sentencia adolece efectivamente de deficiencia motivacional, toda vez que entre sus premisas se verifican serias contradicciones, en lo que atañe al análisis del requisito de posesión de la cosa con ánimo de señor y dueño.

43. Según la Corte Constitucional del Ecuador, para que la fundamentación normativa se considere suficiente, ha de contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como explicación de su aplicación a los hechos del caso. La fundamentación jurídica no puede consistir en la mera enumeración o cita de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos, sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso[11].

44. En el caso, tribunal de apelación incumple con el criterio rector de la motivación en lo que lo que atañe a una argumentación normativa suficiente, toda vez que el aporte que efectúa con respecto a las razones que justifican la decisión es manifiestamente contradictorio, lo que lleva a concluir a este tribunal de casación, que la sentencia adolece de deficiencia motivacional por el tipo de apariencia motivacional, en el vicio de incoherencia lógica.

45. Existe aparente motivación en la sentencia, por cuanto a primera vista la sentencia entrega argumentación fáctica y jurídica suficiente, pero en el fondo, las conclusiones a las que arriba, se contraponen con las normas que cita como sustento de la decisión.

46. La Corte Constitucional ha explicado, que una decisión decae en vicio motivacional de incoherencia decisional cuando existe inconsistencia entre: *"la conclusión final de la argumentación y la decisión"*, es decir, *"cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida"*. Por su parte, existe incoherencia lógica en la sentencia, cuando existe contradicción entre *"los enunciados que las componen –sus premisas y conclusiones–"*, cuando *"un enunciado afirma lo que otro niega"*[12].

47. El voto de mayoría enervado en casación, al momento de analizar si la posesión de la demandada cumple con el tiempo de más de quince años, anota en un primer momento el contenido normativo del artículo 715 del Código Civil, el cual específica que la posición es la tenencia con ánimo de señor y dueño, ya sea por el dueño o por el que se da por tal.

48. Indica en sus razonamientos, que la señora Ligia Wilches Tacuri entró en posesión del predio de la demanda, en virtud de una promesa de compraventa celebrada con los demandados en el año 1997 por lo concluye el ad quem, que habría entrado en posesión reconociendo el dominio de los demandados.

49. Acto seguido, añade que de acuerdo al artículo 599 del Código Civil el dominio es el derecho real de una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, y que de acuerdo a dichas características, la posesión no es parte de propiedad; al ser la posesión una característica propia de quienes no tienen título. En ese sentido determina el tribunal de apelación, que el hecho de que los promitentes vendedores hayan autorizado a la promitente compradora entrar en posesión del bien a propósito de la promesa de compra venta no produce ningún efecto jurídico.

50. Dichas conclusiones no guardan relación con el contenido normativo de ninguna de las normas en que el tribunal funda su decisión, según el artículo 599 del código Civil el derecho a la

[11] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP. Párrafo 61

[12] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP. Párrafo 74.

propiedad es precisamente prerrogativa del uso y goce de los bienes, que según el modelo ecuatoriano, puede determinarse conforme al segundo inciso del artículo 599 del Código Civil que determina que *"la propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad"*.

51. De lo cual se colige sin esfuerzo, que el dominio implica el derecho indefinido de usar, controlar y disponer de la cosa, el cual se puede ejercer libremente y parte de dicho uso y goce necesariamente hace parte la posesión.

52. Dicho esto, la conclusión del tribunal en cuanto a que la posesión es una característica propia de quienes no tienen título resulta por demás ilógica, tanto más que según conceptualiza el articulo 715 ibídem, que también sirvió de fundamento normativo del ad quem, la posesión puede ser ejercida por el dueño o por el que se considera tal, de manera que las premisas en que se funda la decisión del tribunal decaen por incoherencia lógica.

53. En tal razón este tribunal encuentra mérito para CASAR el voto de mayoría del tribunal de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, debiendo al tenor del artículo 273 numeral 3 del COGEP. Sin que sea necesario el análisis de los cargos y problemas jurídicos traídos a casación que restan, por cuanto el hecho de la detección de un yerro quebranta el fallo impugnado.

7.2. Motivación y análisis de mérito

54. En virtud de los hechos probados en instancia y que se mantienen como ciertos y, de la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio planteada, corresponde a este Tribunal, en virtud del yerro de legalidad encontrado, hacer las veces del tribunal de segunda instancia y resolver el recurso de apelación planteado por la parte demandada, cuya impugnación se constriñe a que el juez de primer nivel aceptó la demanda sin considerar que en el año 2015 se produjo la interrupción de la posesión, por lo que tuvo que salir del inmueble la señora Ligia Wilches Tacuri, volviendo a la posesión después de 2 años, habiéndose producido, según consideran los demandados, la interrupción natural de conformidad con el Art. 2402.2 del Código Civil.

55. Alegación sobre la cual la parte actora manifiesta que no puede considerarse, debido a que recuperó la posesión y conforme el Art. 746 del Código Civil, el que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio.

56. Que además existe una escritura de promesa de compra venta legalmente suscrita el 4 de junio de 1997, entre las partes procesales, en cuya cláusula quinta se hace constar que la promitente compradora entró en posesión, uso y goce del inmueble prometido en venta en el plazo de sesenta días contados a partir de la fecha de suscripción, promesa que fue inscrita en el registro de la propiedad el 8 de marzo de 2000, constando que el precio del inmueble es de trescientos millones de sucres, pagaderos de contado.

57. En este contexto, conviene recordar que la usucapión como modo de adquirir el dominio, se configura como un título constitutivo de dominio, por cuanto la ley es la que establece las condiciones para adquirir determinados derechos reales y pueda ser declarado judicialmente el derecho de propiedad, y como se constituye entonces en originario de dominio, pues no deriva de un título traslaticio anterior, siendo la prescripción adquisitiva un modo primario del dominio, extinguiendo entonces la titularidad anterior.

58. De manera específica el artículo 2398 del Código Civil, establece salvo las excepciones que establece la Constitución, se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales.

59. Del contenido de la norma arriba señalada en concordancia con los artículos 715 y 2410 del Código Civil, el dominio de las cosas comerciales por prescripción exige: 1) Que la demanda se dirija contra quien funge como el legítimo propietario del bien; 2) Que la cosa, requerida en prescripción, esté perfectamente singularizada e identificada, sea susceptible de prescripción, encontrándose dentro del comercio humano; 3) La posesión de la cosa tenida y ejercida con los requisitos o condiciones legales y por al menos quince años.

60. Con respecto a los requisitos de este instituto, la Ex Corte Suprema, así como la actual Corte Nacional de Justicia, han ratificado que son elementos de procedencia de la demanda, los siguientes:

> 1er. Requisito: Que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible; pues no todas las cosas son prescriptibles. Así, no pueden ganarse por prescripción: las cosas propias, las cosas indeterminadas, los derechos personales o créditos, los derechos reales expresamente exceptuados, las cosas comunes a todos los hombres, las tierras comunitarias, las cosas que están fuera del comercio. 2do. Requisito: La posesión de la

cosa, entendida como la tenencia de un cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).- La posesión es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de Ley, el posesionario adquiera por prescripción el derecho de dominio del bien. La posesión requerida para que proceda legalmente la prescripción adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva. 3er. Requisito: Que la posesión haya durado el tiempo determinado por la Ley. El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de 15 años, sin distinción de muebles e inmuebles, ya se trate de presentes o ausentes. 4to Requisito.- Que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado.- 5to requisito.- Que la acción se dirija contra el actual titular del derecho de dominio, lo que se acredita con el correspondiente certificado del Registrador de la Propiedad.[13]

61. La ausencia o insuficiente demostración de alguno de los requisitos descritos, determina el rechazo de la demanda.

62. Dicho esto, y al ser hechos probados y no controvertidos que los demandados Raúl Ortega y Julia Carrión son los titulares de dominio de la cosa, que el bien objeto de prescripción adquisitiva de dominio se encuentra en el comercio humano y que aquel se encuentra debidamente singularizado.

63. Este Tribunal en lo que atañe al requisito de posesión de la cosa por el tiempo de más de quince años, determina que según han especificado las partes, efectivamente la demandante Ligia Wilches Tacuri entró en posesión del bien en el año 1997 por efecto del contrato de promesa de compraventa celebrado con los demandados.

64. Aparejada a fojas 507-509 del cuaderno de primera instancia, consta la promesa de compraventa celebrada entre las partes procesales sobre el inmueble de la controversia que nos ocupa, la cual en su cláusula quinta determina: *"La promitente compradora entrará en posesión, uso y goce del inmueble prometido en venta en el plazo de sesenta días (dos meses) contados a partir de la presente fecha"*.

65. Dicho hecho se subsume en el criterio jurisprudencial vinculante esgrimido por la Ex Corte Suprema de Justica con respecto a la calidad de la posesión de quien entra a detentar el predio a partir de una promesa de compraventa, que determina:

En la escritura pública de promesa de compraventa se puede entregar al promitente comprador la posesión del bien, y en este caso la tendrá con ánimo de señor y dueño, no como mero tenedor[14].

66. Criterio que ha sido replicado reiteradamente en las Resoluciones: 1) N° 0234-2000 dentro del Juicio N° 0026-1999 (R.O. N° 333 07-12-1999); 2) N° 0098-2001 dentro del Juicio N° 0118-2000 (R.O. N° 308 18-04-2001) y 3) N° 0107-2002 dentro del Juicio N° 0022-2002 (R.O. N° 627 26-07-2002).

67. El cual es aplicable a la presente causa, en que los propios demandados bajo su anuencia entregaron la posesión a la actora en el año 1997, por lo que su calidad a partir de aquel momento fue de poseedora.

68. En cuanto a la presunta interrupción de la posesión en el año 2015, por el lapso de dos años, es preciso señalar que la interrupción de conformidad con el artículo Art. 2402.2 del Código Civil, relativo a la interrupción natural, por haber entrado en posesión otra persona indica:

Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona (…) la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el Título De las acciones posesorias. En tal caso, no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.

69. Y según el Art. 2403 ibídem, hay interrupción civil de la posesión, cuando quien se pretende verdadero dueño de la cosa intenta recurso judicial contra el poseedor, la misma norma determina quiénes pueden alegar este tipo de interrupción y sus excepciones:

(…) Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aún él en los casos siguientes:

1. Si la citación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;

[13] Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, Juicio nº 0569-2010 de 6 de octubre de 2010. Resolución 569-2010-MB.

[14] Obtenido en: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/coleccion%20jurisprudencial/Fallos%20triple.pdf

2. Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o cesó en la persecución por más de tres años; y,
3. Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.

En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda.

70. Según las normas descritas, si la posesión se recupera legamente, la interrupción no opera y el caso la señora Ligia Wilches, luego de haber sido desposeída en el año 2015 por los propietarios del bien, recuperó por orden judicial su posesión, lo que en concordancia con el artículo 746 del Código Civil, al haber recuperado legalmente la posesión perdida, se entiende que aquella ha venido poseyendo desde el año 1997 hasta la actualidad, configurándose por tanto todos los presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio a favor de la actora, permitiéndole adquirir el bien inmueble por prescripción.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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****, por unanimidad, resuelve:*

1. *Aceptar parcialmente el recurso de casación planteado por la actora Ligia Wilches Tacuri, por el caso dos del artículo 268 del COGEP, y en tal razón, CASAR el voto de mayoría de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, de 12 de abril de 2022, las 10h12; por déficit motivacional.*
2. *Rechazar el recurso de apelación de los demandados Raúl Ortega Cabrera y Julia Carrión Sanmartín y en consecuencia confirmar la sentencia de primera instancia que aceptó la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de la señora Ligia Wilches Tacuri.*
3. *Se ordena la cancelación de la inscripción de la demanda.* ***Notifíquese, devuélvase y cúmplase.***

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 17230-2019-12830

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Adrián Rojas Calle**

ACCIÓN
CANCELACIÓN DE HIPOTECA

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

Examinada la sentencia del tribunal de apelación, en sede casacional no se ha encontrado vulneración de las normas que regulan la prescripción de las acciones hipotecarias. La extinción de la hipoteca, al ser una obligación accesoria, está sujeta a la extinción de la obligación principal, por tanto no basta la demostración del tiempo que ha transcurrido desde el otorgamiento de las hipotecas.

Quito, lunes 30 de octubre del 2023, las 11h25

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 13 de julio de 2023, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso casación interpuesto por el Señor Víctor Silva Sáenz, en su calidad de ultimo Gerente General de la Compañía LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICOM S.A., actualmente en liquidación; dentro del juicio ordinario de cancelación de hipoteca por prescripción de obligaciones. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. El señor Víctor Ernesto Silva Sáez, último Gerente de la compañía LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICON S.A., en liquidación, y el Dr. Alejandro Ponce Martínez, procurador judicial de Pablo Roberto Díaz Pabón, Liquidador y actual representante legal de LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICON S.A., concurren a la administración de justicia señalando, que han trascurrido 25 años desde que se constituyeron las hipotecas abiertas sobre los lotes 1, 2, 31 y 32 de la Lotización San Francisco de Jijón, por lo que demandan que en sentencia se declare que todas las obligaciones derivadas de las acciones hipotecarias se extinguieron por prescripción, y en consecuencia, se extinguieron también todas las acciones hipotecarias, por lo que pide la cancelación de las hipotecas abiertas que gravan los lotes de terreno y que se ordene al Registrador de la Propiedad del cantón Rumiñahui, cancele las inscripciones de tales hipotecas en sus registros, y al Notario Décimo Sexto de Quito margine las cancelaciones en las escrituras públicas de constitución de hipotecas.
2. La demandada Raquel Cumanda Viteri Palacios, debidamente citada, no compareció al proceso.
3. El Juez de la Unidad Judicial con sede en la Parroquia Iñaquito, con fecha 4 de marzo de 2021, resuelve rechazar la demanda, por falta de prueba.
4. La compañía demandante, propone recurso de apelación, resuelto por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 18 de marzo de 2022, las 15h01; decidiendo rechazar el recurso y confirmar la decisión de primera instancia.
5. De la decisión del ad quem, la parte actora compañía LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICON S.A., en liquidación; presenta recurso de casación, calificado y admitido a trámite mediante auto interlocutorio de 4 de octubre de 2022, por el Conjuez Nacional, doctor Pablo Loayza Ortega.
6. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante "COGEP", mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores: David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Adrián Rojas Calle en calidad de Juez ponente.

II. COMPETENCIA

7. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.
8. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.
9. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.
10. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda; y, Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del "COGEP" y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

11. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del "COGEP". En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

12. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

13. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

14. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

15. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades[1].

16. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

17. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho[2]; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes[3].

18. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable en casación.

b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.

[1] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9
[2] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102
[3] Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

19. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución[4]; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

20. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.
4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)[5].

21. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículo 266 y 267 del "COGEP", determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

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

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

22. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación,

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

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

23. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

> (…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.
> Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.[6]

24. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

25. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del "COGEP", la casacionista compañía LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICON S.A., en liquidación, a través de su defensa técnica , fundamentó el recurso en torno al caso cuatro del artículo 268 del "COGEP", refiriendo en lo principal que:

25.1. La sentencia impugnada no aplicó el artículo 169 del "COGEP", por lo que considera que en su calidad de parte actora, le correspondía únicamente demostrar lo que afirmativamente propuso en su demanda. Pero que, en contraposición, los jueces de instancia le solicitaron que demuestre lo que negativamente estableció en la demanda, en lo relativo a la inexistencia de obligaciones afianzadas con las hipotecas sobre los lotes de terreno 1, 2, 31 y 32 de la Lotización San Francisco de Jijón.

25.2. En ese sentido, denuncia la vulneración indirecta de los artículos 1583 y 2414 del Código Civil, reguladoras de la extinción de las obligaciones y del tiempo que la ley exige para que prescriban. Finaliza su impugnación, requiriendo que se case el fallo impugnado.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

26. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 25 *ut supra*, este Tribunal se plantea como problema jurídico objeto de resolución:

26.1. ¿Determinar si existe infracción de preceptos de valoración probatoria en la sentencia impugnada y en consecuencia vulneración de las normas de derecho sustantivo que regulan la prescripción extintiva de derechos y acciones?

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

27. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

> 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. (Énfasis añadido).

28. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

> (…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática[7].

29. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.º 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

> La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

30. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1. Resolución de los cargos por el caso cuatro del artículo 268 del "COGEP"

31. En casación, los vicios en la valoración probatoria, son examinados por el caso cuatro del artículo 268 del "COGEP", y pueden consistir en la falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación[8] de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que conduzcan a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho sustantivo.

32. A esta causal se la denomina de infracción indirecta del derecho sustantivo, por cuanto el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (la primera violación) conduce a otra violación, la de las normas de derecho sustantivo (segunda violación).

33. De allí la denominación de violación indirecta, siendo que mediante la casación no se puede soslayar el razonamiento valorativo que sobre los medios de prueba haya alcanzado el juez de instancia, sino únicamente la aplicación e interpretación de las normas de derecho material.

34. La demostración del yerro por esta causal, exige especificar:

> **a)** El o los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico;

[7] Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.º 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.º 193, párr. 152.

[8] **1.- 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.
2.- Falta de aplicación: El juzgador yerra ignorando en el fallo la norma aplicable al caso controvertido. Implica error en cuanto a la existencia de la norma
3.- Errónea interpretación: 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

son preceptos de valoración probatoria, los que le dicen al juzgador el valor específico o determinado que contiene cada medio de prueba, en virtud del cual se decide.

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. Esta segunda infracción, la de las normas de derecho sustantivo, es necesaria, por cuanto una vez efectuada la valoración de los instrumentos probatorios, los juicios de hecho obtenidos por el juez, se deben adecuar los presupuestos jurídicos de las normas que regulan lo demandado, para determinar su procedencia o no.

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. (La sola enunciación de las normas de valoración infringidas y de las derecho material, no basta para el cargo, puesto que en materia civil no existe casación oficiosa (como en penal), de allí que la explicación y demostración del yerro es obligación del casacionista, dicha carga no puede ser suplida por el juez de casación.[9]

35. En esencia, los cargos por esta causal parten de errores de hecho y terminan en errores de derecho[10]. Así, excepcionalmente, ante la verificación patente de infracción, puede ser asumida la valoración por el Tribunal de Casación, solo si el error es protuberante y de tal trascendencia que sin él no se haya podido arribar a la decisión adoptada en la resolución impugnada, de manera que la presunción de legalidad de la sentencia decaiga por su propio peso.

36. Podrá actuar de esta manera el tribunal de casación, cuando se haya formulado cargo por la causal cuarta del 268 del "COGEP" y siempre que medie demostración a partir de la infracción de los preceptos de valoración de prueba.

37. En el recurso planteado en el caso, no se cumple con la especificación del precepto de valoración probatoria infringido, como ha quedado señalado, son preceptos de valoración probatoria, los que regulan la tasación de la prueba, aquellos que informan al juzgador, el alcance y límite que le ha de merecer cada instrumento probatorio.

38. El artículo 169 del "COGEP", no es una norma de valoración de prueba, lejos de precisar el mérito o valor probatorio de algún medio en específico, se encarga de regular la carga e inversión de la prueba:

> Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.
>
> La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.
>
> La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Los medios de prueba anunciados y aquellos que fueron solicitados con auxilio judicial, deberán estar incorporados al proceso antes de la audiencia preliminar o única. Cuando se trate de derechos

[9] "…La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva. Para que prospere la casación por esta causal, el recurso debe cumplir estos requisitos concurrentes: 1.- Identificar en forma precisa el medio de prueba que, a su juicio, ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes, determinados); 2.- Señalar, asimismo con precisión, la norma procesal sobre valoración de la prueba que ha sido violada; 3.- Demostrar con lógica jurídica en que forma ha sido violada la norma sobre valoración del medio de prueba respectivo; y 4.- Identificar la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no ha sido aplicada por vía de consecuencia del yerro en la valoración probatoria....". Este criterio ha sido recogido en los siguientes fallos: Res. No. 193-2003, de 10 de septiembre de 2003; Res. No. 197-2003, de 11 de septiembre de 2003; y, Res. 217-2003, de 20 de octubre de 2003.

[10] Llinas María, El error de hecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, citando a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-119 del 16 de diciembre de 2008, expediente N° 66170 3103 001 2001 00319 01. M. P; acerca de las normas sustanciadas: ***"(…) un precepto es de estirpe sustancial cuando crea, declara, modifica o extingue derechos subjetivos y potestades de las personas"***.

de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio antes de la audiencia única.

En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima.

En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.

También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley.

En los procesos contencioso tributario y contencioso administrativo, cuando el administrado entregue copias simples, como prueba a su favor, la administración cumplirá con remitir las actuaciones en la forma prevista en el Art. 309 de este Código, para que la o el juzgador valore la prueba documental en su conjunto.

39. Sin perjuicio de la deficiente formulación del cargo por el caso cuatro, a propósito de la denuncia planteada por el recurrente, se precisa que procesalmente, por el principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad, la necesidad de aportar la prueba de los hechos recae sobre una de las partes, sea porque los invoca a su favor o porque de ellos se infiere lo que solicita o porque el opuesto goza de presunción o de notoriedad o es una negación indefinida.

40. En definitiva, el principio de la carga de la prueba opera en dos sentidos, contiene una regla de conducta para el órgano jurisdiccional, pues cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe dictar sentencia en contra de esta parte. Por otra parte, implica la autorresponsabilidad de los sujetos procesales por su conducta en el proceso, pues si no aparece en éste la prueba de los hechos que les beneficie, recibirán sentencia desfavorable. Las partes, desde su posición, están en la posibilidad de colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta y riesgo.[11]

41. En ese sentido, al establecerse en el proceso que nos ocupa, que no ha comparecido a juicio la demandada Raquel Viteri, debiendo tenerse su falta de contestación al libelo inicial, de conformidad con el artículo 157 del "COGEP", como la negativa de los fundamentos de la demanda. Y, al haber afirmado la parte actora que no existen obligaciones principales afincadas en las hipotecas materia de la controversia, por lo que aquellas se encontrarían prescritas. La Corte Provincial de Justicia de Pichincha concluyó razonadamente, que la responsabilidad probatoria acerca de la inexistencia de obligaciones principales, le correspondía a la parte actora y que al no haber prueba de dicho particular la demanda es improcedente.

42. Al considerarse la falta de contestación de la demanda como la negativa absoluta de lo demandado, en correlación con en sentido literal del artículo 169 del "COGEP", la demandada no estaba obligada a producir prueba, pero sí la parte actora, quien afirmó que no existen obligaciones principales afianzadas por las hipotecas que pretende extinguir. Aquello no constituye una negativa como alega la parte recurrente, dicha aseveración de inexistencia constituye un hecho, en cuya realidad descansa el fundamento de la demanda que pretende prescribir las obligaciones y derecho de acción de la demandada.

43. En ese sentido y en mérito de que la norma endilgada, como hemos dicho, no constituye precepto de valoración, el recurso se torna improcedente a todas luces por esta causal.

44. Con respecto a denuncia de violación indirecta de los artículos 1583.11 y 2414 del Código Civil, estas normas son relativas, respectivamente, a la extinción de las obligaciones por prescripción; al tiempo y cómputo para exigir la obligación, así:

Art. 1583.- Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

11. Por la prescripción.

Art. 2414.- La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

45. Según aparece en la demanda planteada, la pretensión de la actora radica en que: *"en sentencia se declare que todas las obligaciones derivadas de las cauciones hipotecarias se extinguieron por prescripción y, en consecuencia se extinguieron también todas las acciones*

[11] Víctor De Santo, La Prueba Judicial, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, pp. 19 y 20).

hipotecarias, y, consecuentemente, se ordene la cancelación de las hipotecas abiertas que gravan los lotes de terreno 1,2 31 y 32 de la Lotización San Francisco de Jijón, ubicada en el Cantón Rumiñahui de la Provincia de Pichincha…".

46. Es decir, que la actora busca la extinción de las hipotecas por prescripción y en consecuencia su cancelación; concomitantemente la prescripción o extinción de las acciones hipotecarias.

47. En ese sentido, conviene recordar que la prescripción abarca dos aspectos. Uno a través del cual, se adquiere el dominio de cosas ajenas y otro en cuya virtud se extinguen derechos y acciones ajenas; como consecuencia de este último, cuando el derecho no se ejercita por determinado tiempo, el obligado requerido puede alegar prescripción de la acción. La prescripción de la acción, produce como efecto la inexigibilidad de la obligación civil, su extinción, la que la transforma en obligación natural.

48. Así, la prescripción extintiva se aplica a las acciones y los derechos, no a los títulos valor, ni a las obligaciones que en ellos se contengan, pues ni éstos, ni aquellas prescriben, se extinguen como consecuencia de la prescripción de la acción; por ello que, si bien la ley no ha previsto una prohibición para la presentación de la acción de prescripción del derecho de acción que corresponde al acreedor, ésta, resulta en ciertos casos inoficiosa para el deudor, pues nada puede impedir que quien se considere titular de un derecho lo ejerza, debiendo necesariamente el demandado, oponer la prescripción de la acción como excepción, para ello no requiere la declaratoria judicial previa, basta el transcurso del tiempo.

49. La prescripción del derecho para ejercer la acción hipotecaria, se regula por normas específicas, al ser la hipoteca un derecho real accesorio que depende de un derecho u obligación principal.

50. Según el artículo 1583 del Cogió Civil, de manera general las obligaciones se extinguen, en todo o en parte por la prescripción, para lo cual, según el artículo 2414 ibídem, la extinción de las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido.

51. Sin embargo, la aplicación de dichas normas, en la causa no resulta trascendente para la decisión, toda vez que para la extinción de la hipoteca, al ser un obligación accesoria, está sujeta a la extinción de la obligación principal, cierto es que una de las formas de extinguir las obligaciones de conformidad con el artículo 1583 ibídem, es la prescripción, pero en el caso, no hay certeza de que efectivamente no existan obligaciones o de que aquellas, de cualquier manera se encuentren extinguidas.

52. Para la extinción de la hipoteca, se debe observar entonces, si concurre alguno de los casos determinados en el artículo 2336 del Código Civil, que refiere que la hipoteca se extingue por las siguientes razones:

a) La hipoteca se extingue junto con la obligación principal.

b) Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyó,

c) Por el cumplimiento de la condición resolutoria, según las reglas legales.

d) Por la llegada del día hasta el cual fue constituida; y,

e) Por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva.

53. Norma que opera en concordancia con el artículo 2416 del mismo cuerpo de ley, que precisa *"la acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden"*.

54. Es decir, en el específico, no bastaba la demostración del tiempo que ha transcurrido desde el otorgamiento de las hipotecas, sino la verificación de extinción de las obligaciones principales; y, al no mediar demostración al respecto, la pretensión derivó en improcedente.

55. Por tal, este Tribunal de casación no encuentra yerro por el caso cuatro del artículo 268 del "COGEP", la valoración de la Sala de apelación, se ha efectuado en forma íntegra, respetándose las reglas de la sana crítica y sopesando las pruebas en conjunto.

VIII. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ***ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA****, decide por unanimidad:*

1. *Rechazar el recurso de casación planteado la actora LOTIZADORA Y CONSTRUCTORA LOTICON S.A., en liquidación, en contra de la sentencia de Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 18 de marzo de 2022, las 15h01.*
2. *Toda vez que la pretensión ha sido negada por falta de prueba, se deja a salvo los derechos de la parte actora para el ejercicio de las acciones a las que tuviera derecho.-* ***Notifíquese y devuélvase****.*

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 09335-2017-00019

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Adrián Rojas Calle**

ACCIÓN
NULIDAD DE INSTRUMENTO PÚBLICO

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

Efectuado el examen de los cargos elevados a casación, el tribunal no encontró yerro de legalidad en la sentencia impugnada. Recalcando la sentencia de segunda instancia, el tribunal de casación recogió las causales de nulidad de la escritura pública, precisando que al no estar anexada la escritura pública de donación en el protocolo notarial correspondiente a la fecha criológica de su celebración, el documento público de la litis resulta nulo.

Quito, martes 3 de octubre del 2023, las 11h50

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso casación interpuesto por Job Cabrera Rojas, dentro del juicio ordinario de nulidad de instrumento público. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. El señor Fausto Telmo Cabrera Rojas, propone juicio ordinario en contra del señor Job Cabrera Rojas, demandando la nulidad de la escritura pública de donación irrevocable gratuita de derechos gananciales entre legitimarios efectuada por Enma Violeta Rojas Vásquez a favor de su hijo –demandado– Job Antonio Cabrera Rojas, celebrada el 4 de abril del 2006 e inscrita el 31 de agosto el 2015.
2. Citado con la demanda, comparece el señor Job Antonio Cabrera Rojas, oponiéndose a la demanda, aduciendo prescripción de la acción, falta de litis consorcio necesario y de competencia del juzgador.
3. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Milagro, mediante sentencia de 9 de junio de 2021, las 18h26; declara con lugar la demanda de Nulidad de Escritura Pública de Donación Irrevocable Gratuita de Derechos y Gananciales entre legítimos efectuada por la señora Enma Rojas Vásquez en favor de su hijo Job Cabrera Rojas, el 4 de abril del 2006, declarando nulo el instrumento público mencionado.
4. La parte demandada, propone recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 15 de octubre de 2021, las 16h48, rechazando el recurso de apelación y confirmando la sentencia de primer nivel.
5. De la decisión del ad quem, la parte demandada propone recurso de casación, calificado y admitidos a trámite mediante auto interlocutorio de 7 de marzo de 2022, por el señor Conjuez Nacional, Pablo Loayza Ortega.
6. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante "COGEP", mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Wilman Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.
7. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal N°. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo. Así como la señora Conjueza Nacional, doctora Rita Bravo Quijano, por licencia del doctor Roberto Guzmán Castañeda, encargada según acta de sorteo de 15 de mayo del año en curso.

II. COMPETENCIA

8. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.
9. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.
10. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.
11. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Rita Bravo Quijano y Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del "COGEP" y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

12. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del "COGEP". En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

13. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

14. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

15. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

16. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades[1].

17. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

18. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho[2]; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes[3].

19. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable en casación.

b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.

c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

[1] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9
[2] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102
[3] Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

20. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución[4]; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

21. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.
4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)[5].

22. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículo 266 y 267 del "COGEP", determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

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

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

23. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente

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

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

24. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

> (…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.
> Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.[6]

25. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

26. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del "COGEP", el casacionista, a través de su defensa técnica, fundamentó su recurso con fundamento en los casos uno, dos y cinco del artículo 268 del "COGEP"; refiriendo en lo principal que:

26.1. Con fundamento en el caso uno de casación, contemplado en el artículo 268 del "COGEP", afirma el casacionista, que a fojas 9 del cuaderno de primer nivel consta el auto interlocutorio de 6 de febrero de 2017, en la que se inadmite la demanda por falta de competencia del juzgador en razón del territorio.

26.2. Que dicho auto fue revocado el 13 de febrero de 2017, pese a que de acuerdo al artículo 254 del *"COGEP"*, la revocatoria cabe únicamente de autos de sustanciación mas no de los autos interlocutorios, como lo es el auto que inadmite la demanda y dispone el archivo de la demanda, del cual la única posibilidad de impugnación era la de apelación.

26.3. Que dicha revocatoria, transgrede la solemnidad sustancial del artículo 107.2 del "COGEP", en concordancia con el artículo 153.1 del mismo cuerpo de ley. Situación que considera, genera la nulidad del proceso, la cual no fue declarada por la Corte Provincial.

26.4. Continúa su impugnación, con fundamento en el caso dos de casación denunciando la falta de motivación de la sentencia, señalando que no existe correlación de los hechos probados con la decisión, toda vez que no se ha efectuado un examen lógico de los medios de prueba.

26.5. Agrega que, en el fallo impugnado, no se explica las conclusiones a las que se arribó mediante la enunciación los presupuestos normativos en nexo con los hechos. Por lo que a su criterio las conclusiones de la sentencia no son coherentes con la conclusión final.

26.6. Por último, en lo que atañe al caso cinco de casación, denuncia la errónea interpretación de los artículos 23, 47 y 48 de la Ley Notarial, toda vez que según el artículo 1698 del Código Civil, es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para su validez; y, en cuanto a las causas de nulidad de la escritura pública, estas se encuentran concebidas de manera clara en el artículo 48 de la ley notarial, y que solo

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

en virtud de aquellas procedería la aplicación del artículo 1699 del Código Civil, que prevé la declaratoria de nulidad del acto o contrato, cuando aparezca de manifiesto la ausencia de alguno de los requisitos.

26.7. Considera el recurrente, que de acuerdo al artículo 47 de la ley Notarial, el valor de la escritura no está supeditado al protocolo de acuerdo a la fecha, sino a que aquella no se halle en el protocolo en que cronológicamente le correspondería; debiendo contarse en el caso, entonces, con la prueba que acredite en qué protocolo debía estar la escritura, cosa en que dice en el caso no se ha probado. Por esta misma causal, alega indebida aplicación de los artículos 44 y 20 de la Ley Notarial.

27. La contraparte, Fausto Telmo Cabrera Rojas, por medio de su defensa técnica refutó la impugnación casacional descrita, indicando en lo medular:

27.1. Que sobre el cargo de incompetencia alegado, ya se pronunciaron tanto el juez de primer nivel como en el resolución de apelación.

27.2. Que la sentencia se encuentra debidamente motivada, al determinar las pruebas en que se afianza, las cuales fueron debidamente actuadas.

27.3. Concluye señalando, que en la sentencia se han aplicado las normas pertinentes a la resolución de los hechos.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

28. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 ut supra, este Tribunal se plantea el siguiente problema jurídico objeto de resolución:

28.1. ¿Existe en la sentencia, vicio procesal capaz de procrear la nulidad de la causa?

28.2. ¿La sentencia impugnada se encuentra debidamente motivada?

28.3. ¿Existe falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo que regulan la nulidad de la escritura pública?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

29. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

> 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. (Énfasis añadido).

30. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

> (…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática[7].

31. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.° 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

> La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación

[7] Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.° 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.° 193, párr. 152.

posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

32. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

33. Toda vez que cada uno de los demandados ha planteado recurso de casación y siendo que en su conjunto coinciden en los cargos y fundamentos denunciados, este Tribunal por economía procesal, pasa a pronunciarse sobre el cúmulo de objeciones presentadas por cada causal.

7.1. Resolución de los cargos por el caso uno del artículo 268 del "COGEP"

34. Este caso contempla el error in procedendo, de violación de normas adjetivas que producen el efecto de nulidad procesal insubsanable o provocado indefensión de las partes procesales. Para que este vicio constituya motivo de casación se requiere: 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 dicho vicio hubiera influido en la decisión de la causa (principio de trascendencia); d) Que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

35. Así, la declaratoria de nulidad procede cuando no existe manera de convalidar un vicio que se ha generado en la ejecución de un acto procesal que no ha guardado las formas previstas en la ley; se rige por los principios de especificidad, transcendencia y convalidación.

36. Según el primero, la nulidad procesal tiene lugar únicamente por las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley, "pas de nullité sans texte" (no hay nulidad sin ley específica).

37. Así, son solemnidades del debido proceso, las determinadas en el artículo 107 del "COGEP", que señala a las siguientes:

1. Jurisdicción.
2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila.
3. Legitimidad de personería.
4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente.
5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias.
6. Notificación a las partes con la sentencia.
7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe.

38. La omisión de alguna de estas genera nulidad, que se puede declarar de oficio o a petición de parte, mediante los recursos establecidos en la ley contra la decisión de que se trate o mediante los incidentes u otros mecanismos establecidos en la ley, ante el órgano judicial competente. En caso de decidirse la nulidad esta implica la orden de retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la producción de la infracción determinante de la nulidad.

39. Por tal, el vicio para dar paso a la nulidad, ha de ser de los legalmente especificados, pues no cualquier vicio o formalidad procrea nulidad.

40. En lo que respecta al principio de trascendencia, la solemnidad vulnerada, ha de ser generadora de perjuicio cierto de las partes procesales, de manera que influya en la decisión de la causa, debiendo probarse que el acto que se acusa de nulo ocasionó detrimento cierto e irreparable.

41. Además, el vicio objetado de nulo, debe estar latente, sin haber sido subsanado o convalidado por las actuaciones de las partes procesales. Teniendo en cuenta que el vicio no puede ser alegado por la parte que lo generó o coadyuvó a su origen, pues nadie puede beneficiarse de su propia torpeza.

42. Esgrimidos los principios que rigen la declaratoria de nulidad por el caso uno de casación, en virtud de la impugnación presentada, corresponde verificar si la infracción procesal denunciada, corresponde a alguno de los presupuestos de nulidad determinados en la norma adjetiva aplicable a la presente causa.

43. En el *in examine*, si bien se cumple con denunciar la infracción de una solemnidad sustancial, la de competencia del juzgador que conoce la causa, esto no significa cumplimiento del requisito o principio de taxatividad del vicio, toda vez que dicha causal de nulidad no se vislumbra que concurra en el proceso.

44. Según el artículo 156, la competencia es "*… la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes,*

tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados.”, potestad jurisdiccional entendida como la facultad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

45. En el orden jurídico ecuatoriano, la competencia tiene dos matices, desde la óptica constitucional como una garantía y desde la óptica legal, como una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, por tanto, su omisión o vulneración, acarrea la nulidad del proceso al ser presupuesto indispensable del debido proceso y al tiempo parte de la garantía de defensa.

46. Al tenor del artículo 9 del “COGEP”, de manera general la competencia se fija en razón del territorio y conforme con la especialización respectiva, y de acuerdo al lugar donde tenga su domicilio la persona demandada.

47. En el caso la acusación no refuta directamente la competencia de la causa sino un presunto vicio de procedimiento, por cuanto el juzgador de primer nivel, en auto interlocutorio de 6 de febrero de 2017, inadmitió la demanda, debido a su falta de competencia en razón del territorio. Y, en providencia de 13 de febrero del mismo año, revocó dicho auto de inadmisión de la demanda, pese a que el artículo 254 del “COGEP”, determina que la revocatoria solo procede contra los autos de sustanciación. Yerro procesal que considera grave y por tanto influyente en la decisión de la causa.

48. En ese sentido, revisada la sentencia impugnada en conjunto con las actuaciones procesales de 6 de febrero de 2017 (auto de inadmisión de la demanda) y de 13 de febrero de 2017 (revocatoria del auto de inadmisión). Este Tribunal, coincide con los razonamientos del tribunal ad quem, esgrimidos en el numeral 7.3.4 de la sentencia, en que al calificar la validez del proceso, entre otras cosas concluye que de acuerdo al artículo 110 del “COGEP”, la nulidad puede ser declarada, de oficio o a petición de parte en el momento en se ha producido la omisión de la solemnidad sustancial o en las audiencias respectivas cuando la nulidad haya sido invocada como causa de apelación o casación; y que, no se podrá declarar la nulidad por vicio de procedimiento cuando la omisión haya sido discutida en audiencia preliminar o fase de saneamiento.

49. Conforme se desprende del proceso, la alegación de nulidad fue objeto de pronunciamiento en la audiencia preliminar, etapa del proceso ordinario propicia para sanear el proceso, en la cual se resolvió declarar su validez, por considerar el juzgador de primer nivel, ser competente en razón del territorio.

50. Sobre este tópico en específico, no se planteó recurso de apelación, resolviéndose acertadamente que de acuerdo al inciso final del artículo 110 del “COGEP” no es procedente declarar la nulidad por vicios del procedimiento cuando el vicio haya sido objeto de revisión en etapa previa de saneamiento, en el caso, en la audiencia preliminar.

51. Además, partiendo de la regla general de subsanabilidad, no todo vicio es causal de nulidad, de allí que la constitución determina que no se sacrificará la justicia por meras formalidades, cabiendo nulidad únicamente en ciertos actos radicalmente nulos. Así, denunciada que ha sido la vulneración del numeral 2 del 107 del “COGEP”; no se verifica incompetencia del juez que primer nivel, quien es competente en razón de la diligencia previa que antecede al actual juicio ordinario de nulidad de instrumento público.

52. El órgano jurisdiccional sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso. Según ha quedado analizado, la denuncia de nulidad del caso, no cumple con los principios de taxatividad, trascendencia y no convalidación, que rigen la declaratoria de nulidad, razones que obligan a rechazar el cargo propuesto por el caso uno de casación.

7.2. Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del “COGEP”

53. El caso dos del artículo 268 del “COGEP”, en que descansa el cargo traído a casación por los recurrentes, se configura cuando *“(…) la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.”*

54. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del “COGEP”.

55. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles entre sí, en la parte resolutiva del fallo. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes

del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la demanda y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten la aplicación de la normas de derecho que corresponden al caso, para arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

56. Por último, es motivo anulación del fallo, por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

57. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

58. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida[8].

59. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "… requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal…".[9]

60. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución, ha expresado que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por: (1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia[10].

Según han manifestado la parte recurrente, la sentencia impugnada no correlaciona los hechos probados con la argumentación normativa en que sustenta su decisión, al no haber efectuado un análisis lógico de los medios probatorios.

61. Dicho esto, y en razón de la denuncia de la casacionista, con respecto a que la sentencia recurrida no existe correlación entre los hechos fácticos y los presupuestos normativos que la sustentan. Se hace necesario indicar que, en la sentencia, a partir del numeral 7.7.4, el tribunal de apelación se refiere a los hechos probados en la causa y de manera específica en el apartado 7.7.5, con respecto a la determinación de si la escritura pública de donación irrevocable de 4 de abril del 2006, se encuentra o no en el orden cronológico correspondiente, el ad quem precisa:

> "(…) De acuerdo al orden cronológico de los hechos se aprecia que el 31 de agosto el 2015 que aparece inscrita la donación celebrada el 4 de abril del 2006 y luego de esto, el 1 de noviembre del 2016 se presenta una demanda por parte de Fausto Telmo Cabrera Rojas, expresando que de conformidad con lo prescrito en el artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos solicita se disponga la inspección judicial en la oficina de la Notaría Primera del cantón Milagro, a fin de determinar con precisión y exactitud que la escritura pública de donación irrevocable…. que hace la señora Enma Violeta Rojas Vásquez a favor de su hijo Job Antonio Cabrera Rojas de fecha 4 de abril del 2006, se encuentra insertada en el protocolo del año 2006, tomo 26 que corresponden a las fechas del 27 de septiembre al 4 de octubre del 2006, cuyos folios van del 12.585 al 13-090 entre la escritura de rectificación que hace la Ilustre Municipalidad del cantón de fecha 2 de octubre del 2006, que va de folio 12.755 al 12762 y escritura de compraventa de fecha 2 de octubre del 2006 que va del folio 12-763 al 12744 –A. Agrega que la inspección la solicita con el fin de presentar demanda al tenor del Art. 47 de la Ley Notarial en concordancia con

[8] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución del Juicio No. 07333-2018-01632 de 17 de enero de 2022.
[9] Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E
[10] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

los artículo 9 y 10 del Código Civil… Obra de expediente que Job Antonio Cabrera Rojas compareció dentro de la diligencia preparatoria 09335-2016-00326G. De fojas 158 consta el acta de la diligencia preparatoria por inspección preparatoria No. 09335-2016-00326G realizada el 9 de diciembre del 2016 a las 14h30 en la Notaria Primera del Cantón Milagro, con la presencia del defensor de Job Antonio Cabrera Rojas, dentro de cuya diligencia, se deja constancia: *"El juzgado procede hacer observaciones al protocolo materia de esta diligencia: se trata de un libro empastado de color rojo, con fojas numeradas de la 12585 a la 13090 en su parte posterior de libro obra la siguiente leyenda tomo 26 escritura notarial primera 12585 al 13090-27 de septiembre al 04 de octubre -2006, aperturado el referido protocolo obra del folio 12763 de la escritura de donación irrevocable que hace EMMA VIOLETA ROJAS VÁSQUEZ a favor de su hijo JOB ANTONIO CABRERA ROJAS escritura que va hasta el 12785, escritura que en la línea 10 de la foja 12763 que obra Ecuador del día de hoy martes cuatro de abril del dos mil seis, habiendo el juzgado observado el protocolo solicitado por el señor FAUSTO TELMO CABRERA ROJAS, (…)"* Es decir que, en la diligencia inicialmente se observa el protocolo y luego se procede a la apertura donde se constata que la escritura celebrada el 4 de abril del 2006 consta en la parte que corresponde del 27 de septiembre al 04 de octubre -2006. De esta forma, se deja plena constancia que en la parte superficial se dice que corresponde a escritura de una fecha a otra y en el interior se encuentra la que corresponde al 04 de abril del 2006 con las características anotadas esto es, con documentos que fueron emitidos con posterioridad, en junio del 2006, y sin que obre ninguna especie de protocolización de algún acto posterior…"

62. Según la Corte Constitucional del Ecuador, para que la fundamentación fáctica se considere suficiente, ha de contener una justificación de los hechos dados por probados en el caso, pues la motivación sobre los hechos no puede consistir en la mera descripción de las actividades probatorias de las partes, sino que ha de existir demostración que la prueba ha sido analizada, de manera que se permita conocer las razones que llevaron a la conclusión del fallo, la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo mínimo, solo cuando se trate de cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos no requieren ser probados[11].

63. De lo trascrito, se desprende que el tribunal de apelación cumple con el criterio rector de la motivación en lo que lo que atañe a una argumentación fáctica suficiente, toda vez que el aporte que efectúa con respecto a las razones que justifican la decisión es coherente con las conclusiones a las que arriba.

64. A su vez, cumple con el criterio de argumentación normativa suficiente, al enunciar las normas aplicables a los presupuestos fácticos y analizar su pertinencia en la decisión adoptada, de confirmar la sentencia de primer nivel.

65. Conforme se deprende de lo citado, el tribunal de apelación, con base en la diligencia preparatoria N. 09335-2016-00326G, distingue la nulidad del acto o contrato con la nulidad del instrumento, señalando que lo que se persigue en el caso es la nulidad del instrumento público.

66. En el apartado 7.5.7 del fallo, precisa que la nulidad demandada tiene como fundamento el artículo 47 de la Ley Notarial, norma que contempla como causa de nulidad de la escritura pública, que aquella no se halle en la página del protocolo donde, según el orden cronológico, debe estar.

67. En ese sentido, ad quem, luego de evidenciar el respectivo análisis de la prueba actuada, indica los hechos que se tienen como ciertos, determinando que en el caso nos encontramos ante un acto que la ley ordena su nulidad en concordancia con los artículos 9 y 10 del Código Civil, operando por tanto la nulidad absoluta del documento endilgado, al no constar en el protocolo notarial, en el orden cronológico correspondiente.

68. En estos términos, este tribunal encuentra que el razonamiento esgrimido por el ad quem, desarrolla argumentos suficientes, claros y adecuados con la decisión, al ser el resultado lógico del contraste y valoración razonable de los hechos a partir del acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida. No se vislumbra entonces, vulneración de la garantía de motivación, siendo improcedente la casación por el caso dos.

[11] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP. Párrafo 61

7.3. Resolución de los cargos por el caso cinco del artículo 268 del "COGEP"

69. El caso cinco de casación, regula los vicios in iudicando, producidos por violación directa normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, denominada también error de subsunción.

70. La naturaleza de esta casual, recae sobre la pura aplicación del derecho, por violación directa, de manera que independientemente del error en la estimación de los hechos, lo que fija el yerro por esta causal, es la aplicación o interpretación de los presupuestos fácticos al hipotético normativo.

71. En esa línea, la ex Corte Suprema de Justicia, precisaba con respecto a la causal primera de casación, actual caso quinto:

> El vicio que la causal primera imputa al fallo es la 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 hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: 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; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La 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.[12]

72. En fin, esta casual supone que no hay discusión en cuanto a los hechos que se tiene como probados, sino controversia en la aplicación e interpretación de las normas de derecho con respecto a los hechos; lo que se resume en la regulación del ejercicio de subsunción de la situación fáctica al supuesto normativo.

73. En el *in examine*, la parte casacionista denuncia la indebida aplicación de los artículos 44 y 20 de la Ley Notarial; y, en suma la errónea interpretación las normas que consagran la nulidad de la escritura pública y de los actos y contrato en general, determinadas en el artículos 23, 47 y 48 de la Ley Notarial, así como los artículos 9, 10, 1697, 1698 y 1699 del Código Civil.

74. Aduce el recurrente, que la nulidad solo puede ser declarada cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, cosa que no sucedería en el caso. Además, que de acuerdo al artículo 47 de la Ley Notarial, es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo, que cronológicamente le corresponde; por lo que considera que necesariamente se debía probar en qué página del protocolo debía estar la escritura pública.

75. A propósito de la nulidad objeto de la controversia, conviene precisar que, la escritura pública, es el instrumento que surge de la expresión de voluntad de las partes, y contiene al acto o negocio jurídico que es la causa y voluntad de los pactantes; de allí que a la hora de reclamar la nulidad, es fundamental visualizar si la invalidez o inexistencia, radica en el instrumento o por el contrario en la del acto o contrato.

76. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos, se debe partir del contenido normativo del artículo 1698 del Código Civil, que a su vez, sirve para determinar si se está ante una nulidad absoluta o relativa:

> La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

77. Lo que se discute en el caso, es la nulidad de la escritura pública, entendida legalmente como el documento matriz que contiene los actos y contratos que las personas otorgan ante

[12] Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 11. Página 4090. (Quito, 20 de marzo de 2012)

notario, autorizada e incorporada al protocolo. En efecto, la controversia tiene que ver con los requisitos legales prescritos para su validez, que conforme el artículo 215 del "COGEP", dado su independencia con el acto que reposa en ella, es nula cuando no se han observado las solemnidades prescritas por la ley, las ordenanzas o reglamentos respectivos[13] para su formación.

78. Esta precisa distinción es la que el tribunal de apelación efectúa en el acápite 7.5.6 de su sentencia, al analizar uno de los puntos que fue objeto de controversia, como es el hecho de que ya se habría presentado otra acción sobre los mismos hechos, pero la otra causa versó sobre la nulidad del contrato mientras que la actual sobre la nulidad de la escritura.

79. Para el efecto es que el tribunal ad quem disgrega las causas de nulidad del acto o contrato con las del documento público, citando los requerimientos y exigencias de los artículos 44 y 20 de la Ley Notarial. Pero dichas normas son meramente explicativas en la sentencia, mas no determinantes ni han sido fundamento de la decisión. En tal razón no se encuentra infracción por indebida aplicación de las mismas.

80. Continuando con el examen de los cargos planteados, en efecto, la escritura como documento público otorgado ante notario e incorporado en el protocolo, es aquella autorizada con las solemnidades legales, cuyas esencialidades se describen en el artículo 206 del "COGEP": *"1. Los nombres de los otorgantes, testigos, notario o secretario… 2. La cosa, cantidad o materia de la obligación. 3. Las cláusulas principales para conocer su naturaleza y efectos. 4. El lugar y fecha del otorgamiento. 5. La suscripción de los que intervienen en él"*. A más de, en la norma *ut supra*, el artículo 29 de la Ley Notarial, indica que la escritura pública deberá redactarse en castellano y contener una serie de requisitos.

81. A partir del Título II, Capitulo IV de la Ley Notarial, se establecen los motivos de nulidad de escritura pública, la inobservancia de cualquier otra formalidad no anula las escrituras, sin perjuicio de que el notario pueda ser sancionado por su omisión; así, según el artículo 44 de la referida ley, la infracción de los numerales 3 y 4 del artículo 20 de la norma ibidem, es causal de nulidad y destitución del notario: *"3.-Autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; y 4.-Otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas"*.

82. A su vez, el artículo 45 del mismo cuerpo de ley, señala que carecerán de valor, aquellas escrituras que se hayan autorizado sin determinar la cuantía del acto o contrato, o estipulado la alteración de ellas por cartas o documentos privados, si no se han pagado los impuestos respectivos sobre el verdadero valor del acto o contrato. Es nula además, la escritura que no se encuentre en el protocolo que le corresponde, según el orden cronológico en que debía efectuarse; por ultimo son nulas en la forma, las escrituras que no contengan la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes, o de un testigo por ellas, cuando no saben o no pueden escribir, las procuraciones o documentos habilitantes, la presencia física o telemática de dos testigos cuando intervengan en el acto y la del notario de acuerdo a los artículos 47 y 48 de la Ley Notarial.

83. En ese contexto, son requisitos sustanciales de la escritura pública los descritos a lo largo del Capítulo IV del Título II de la ley Notarial y no como refiere el casacionista, únicamente los determinados en el artículo 48 de dicha ley, en que solo se señalan las causas de nulidad de la escritura pública por defecto en la forma o formalidades, pues según el 1698 del Código Civil son causas de nulidad absoluta del documento, la omisión de requisitos que la ley prescribe para otorgar valor a ciertos actos. Como el requisito de hallarse en la página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha, cuya omisión al tenor del artículo 47 de la Ley Notarial, acarrea la nulidad de la escritura por imperativo legal.

84. Requisito en el cual descansa la demanda de nulidad de la presente causa, el cual al haber sido probado en el proceso, no exigía encontrarse de manifiesto en el acto, conforme el artículo 1699 del Código Civil, aquello debe observarse únicamente cuando la nulidad se declare sin que medie petición de parte. En ese sentido no se encuentra configurada infracción de los artículos 1699 y 1698 del Código Civil.

85. En lo que atañe a la alegación de que para la declaración de nulidad de la escritura pública, debía probarse en qué página del protocolo notarial debía contar, es menester tener en cuenta

[13] Artículo 215 del COGEP.

que de acuerdo al Art. 23 de la Ley Notarial, los protocolos se forman anualmente y se dividen en libros o tomos mensuales o de quinientas fojas cada uno, debiendo observarse como requisitos que las fojas estén numeradas, observando rigurosamente el orden cronológico de modo que una escritura de fecha posterior no preceda a otra de fecha anterior; que a continuación de una escritura siga la que le corresponde de acuerdo con el respectivo orden numérico que debe tener cada escritura.

86. De manera que en el caso, según los hechos probados constantes en la sentencia impugnada y que se tienen como ciertos, conforme se desprende a partir del apartado 7.7.4, estos se reducen a los siguientes:

86.1. Que el 04 de abril del 2006 la señora Enma Violeta Rojas Vásquez, otorga al señor Job Cabrera Rojas, escritura pública de donación.

86.2. Que El 04 de julio del 2006, fallece Enma Violeta Rojas Vásquez.

86.3. Que el 31 de agosto del 2006, los ciudadanos José Fausto Cabrera Rivera, Job Antonio Cabrera Rojas, Fausto Telmo Cabrera Rojas y José Guido Eugenio Cabrera Rojas, efectúan la posesión efectiva de los bienes dejados por la señora Enma Violeta Rojas Vásquez.

86.4. Que, según el certificado del Registro de la Propiedad del cantón El Triunfo, (fs. 74-76) constan inscritos los siguientes actos: Posesión efectiva inscrita el 06 de septiembre del 2006, causante propietario Rojas Vásquez Enma Violeta, cónyuge sobreviviente Cabrera Rivera José Fausto y como herederos Fausto Telmo, Job Antonio y José Guido Cabrera Rojas. El 16 de diciembre del 2008 consta inscrita la compraventa de gananciales, derechos y acciones hereditarios, otorgado por José Fausto Cabrera Rivera, Fausto Telmo Cabrera Rojas, Job Antonio Cabrera Rojas y José Guido Eugenio Cabrera Rojas. El 28 de julio del 2014, consta inscrita la compraventa de derecho ganancial, por parte de José Fausto Cabrera Rojas. Pese a que el documento de donación fue suscrito el 4 de abril del 2006 hasta el 28 de julio del 2014 no consta inscrito.

86.5. Que recién el 31 de agosto del 2015, aparece inscrita la escritura pública de donación otorgada por Enma Violeta Rojas Vásquez, quien incluso había ya fallecido el 04 de julio del 2006.

87. Con este cuadro fáctico, el tribunal de apelación, considerando que la escritura de la controversia se celebró el 4 de abril del 2006 y que en la diligencia preparatoria que sirvió de sustento al presente juicio; se abrió el protocolo tomo 26 del 2006, que va desde la escritura notarial primera de folio 12585 a la 13090 de 27 de septiembre al 4 de octubre del 2006, se encontró la escritura pública objeto de nulidad en el folio 12736 hasta el folio 12785, es decir en el protocolo de fecha posterior al de su fecha de celebración que fue en abril del 2006.

88. Siendo que la Ley Notarial precisa la forma en que se han de formar los protocolos, en orden cronológico, ya sea por tomos o libros mensuales o de quinientas fojas, y por cuanto en el caso la escritura de donación irrevocable de gananciales se encontraba en el protocolo correspondiente a septiembre – octubre del 2006 pese a haber sido celebrada en abril del 2006, resulta lógico concluir como bien lo ha hecho el tribunal de apelación, que la escritura es nula por no encontrarse en la página del protocolo, que según el orden cronológico debía ser hecha, lo cual se deduce al encontrar la escritura matriz en un protocolo que no corresponde al mes en que se efectuó.

89. Por lo tanto, resulta un sin sentido que el demandado pretenda que se pruebe para la declaración de nulidad de la escritura pública de donación, en qué página del protocolo notarial debía constar, desmereciendo el hecho cierto determinado en la inspección previa.

90. Bajo estas precisiones, no se observa la trasgresión por errónea interpretación de las normas denunciadas, por el contrario, la Sala de apelación, atendiendo al requisito de cronología del protocolo notarial, verificó el vicio que inválida la escritura de donación de gananciales, objeto de discusión. Por lo tanto, no existe error de subsunción que sancionar en casación por el caso quinto.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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****, por unanimidad, resuelve:*

1. *Rechazar el recurso de casación planteado el demandado, Job Cabrera Rojas, contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 15 de octubre de 2021, las 16h48.*
2. *Entregar el valor de la caución rendida a la parte actora, por la demora en la ejecución de la sentencia, conforme lo dispuesto en el artículo 275 del COGEP*
3. ***Notifíquese y devuélvase.***

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 17230-2015-04757

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Adrián Rojas Calle**

ACCIÓN
RESCISIÓN DE CONTRATO

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En el juicio de rescisión de contrato por lesión enorme, el tribunal de Casación, luego del análisis de los cargos esbozados, determinó que la sala de apelación aplicó indebidamente el criterio de contrato simulado, el cual no constituye jurisprudencia obligatoria. En ese sentido, reiteró que en los procesos de lesión enorme se ha tener especial atención en la determinación del precio efectivamente pagado y recibido, a fin de verificar el pago del justo precio.

Quito, lunes 2 de octubre del 2023, las 08h49.

VISTOS.- Agotada la tramitación de la causa en casación, el infrascrito Tribunal procede a resolver el recurso casación interpuesto por la parte accionante, Susana Graciela Serrano Enríquez, dentro del presente juicio ordinario de rescisión de contrato por lesión enorme. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, se dicta la correspondiente sentencia motivada:

I. ANTECEDENTES

1. La señora Susana Graciela Serrano Enríquez comparece demandando a Fabián Gonzalo Fernando Espinosa Enríquez y Denise Michelle Klingensmith Ralko, la rescisión del contrato de compraventa –por lesión enorme– otorgado mediante escritura pública ante la Notaria Trigésima Primera del Cantón Quito, doctora Mariela del Pozo Acosta, el 9 de junio de 2011 e inscrita en el Registro de la Propiedad del Distrito Metropolitano de Quito, el 6 de octubre de 2011, y el pago de daños y perjuicios.
2. Los demandados Fabián Gonzalo Fernando Espinosa Enríquez y Denise Michelle Klingensmith Ralko, contestan la demanda fs. 51 del proceso y oponen las siguientes excepciones: (i) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; (ii) Prescripción de la acción rescisoria por lesión enorme; (iii) Improcedencia e ilegitimidad de la pretensión de la actora de demandar la rescisión, por cuanto se ha reservado para sí el derecho real de uso, usufructo y/o habitación de la casa que existía en el inmueble; (iv) Plus petitio; (v) Improcedencia de la acción por contradicción en la pretensión al solicitar la rescisión y la resolución del contrato.
3. La jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, doctora Myriam Viviana Chalán Guamán, emite sentencia el 25 de enero de 2018, las 15h52, declarando sin lugar la demanda, por improcedente, al considerar que la actora y los demandados simularon el contrato de compraventa en un instrumento público, perjudicando a las instituciones beneficiarias de los impuestos, por lo que no es factible declarar la rescisión de contrato por lesión enorme para ninguna de las partes procesales.
4. La accionante vencida, interpone recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, resuelto en voto de mayoría el 2 de septiembre de 2019, las 10h36, rechazando el recurso de apelación y ratificando la sentencia emitida en primer nivel.
5. De la sentencia de apelación, la parte actora, interpone recurso de casación, que ha sido admitido a trámite por el señor Conjuez Nacional, Yuri Stalin Palomeque Luna, el 13 de enero de 2020.
6. Mediante sorteo se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores Jueces Nacionales, doctores María de los Ángeles Montalvo Escobar, Pablo Fernando Valverde Orellana y Carlos Vinicio Pazos Medina, en calidad de Juez ponente, según acta de sorteo de 21 de febrero de 2020.
7. Sin embargo, en virtud del proceso de renovación de la Corte Nacional de Justicia, la causa fue resorteada entre los nuevos integrantes de la Sala, quedando constituido el Tribunal por los señores Jueces Nacionales, doctores Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente, según acta de sorteo de 11 de marzo de 2021.
8. Por ausencia definitiva del doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo, interviene en la presente causa en calidad de ponente, el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal N°. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso.

II. COMPETENCIA

9. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.
10. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.
11. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución número 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.
12. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia,

conformado por los doctores Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza y Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del "COGEP" y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

13. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales de la Ley de Casación, norma aplicable a la época de la tramitación de la causa. En contra de la validez de las actuaciones en sede casacional, las partes no han presentado objeción; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

14. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

15. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

16. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

17. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades[1].

18. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

19. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine

[1] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9

las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho[2]; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes[3].

20. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable en casación.

b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.

c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

21. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución[4]; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

22. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.
4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)[5].

23. 23. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 2, 6 y 7 de la Ley de Casación, determinan los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 2.- PROCEDENCIA.- El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.

Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.

Art. 6.- REQUISITOS FORMALES.- En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;

---

[2] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102

[3] Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

[4] *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o ***judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.***

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. ***Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".*** *(Énfasis añadido).*

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;
3. La determinación de las causales en que se funda; y,
4. Los fundamentos en que se apoya el recurso.
Art. 7.- CALIFICACION.- Interpuesto el recurso, el órgano judicial respectivo, dentro del término de tres días, examinará si concurren las siguientes circunstancias:
1ra.- Si la sentencia o auto objeto del recurso es de aquellos contra los cuales procede de acuerdo con el artículo 2;
2da.- Si se ha interpuesto en tiempo; y,
3ra.- Si el escrito mediante el cual se lo deduce reúne los requisitos señalados en el artículo anterior.
El órgano judicial respectivo, con exposición detallada de los fundamentos o motivos de la decisión, admitirá o denegará el recurso.

24. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

25. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

> (…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.
> Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.[6]

26. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

27. Conforme el auto de admisión y el escrito contentivo del recurso de casación, la recurrente fundamenta su acusación en las causales segunda, primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, bajo los siguientes argumentos:

27.1. Con fundamento en la causal segunda, señala la recurrente que en la sentencia existe falta de aplicación de las normas contenidas en los artículos 280, 392, 393 y 394 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto existe un reconocimiento implícito de su derecho por parte de los demandados, lo que conlleva un allanamiento tácito a las pretensiones de su demanda.

27.2. Señala que, como lo manifiesta el fallo impugnado, los demandados en su contestación a la demanda, reconocieron como ciertos los siguientes hechos: (i) Que acordaron la transferencia de dominio de 1200 metros cuadrados del lote de terreno indicado en la demanda, excluyendo la casa de habitación existente en el inmueble; (ii) Que se convino como justo precio la cantidad de USD $ 204.125,00 dólares; (iii) Que entre las partes acordaron que una vez obtenida la declaración de propiedad horizontal del proyecto, los demandados debían proceder a transferir el dominio a favor de la actora; (iv) Que con posterioridad acordaron

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

aumentar la cantidad de metros a edificar para el proyecto a 1585,46 metros cuadrados fijando como precio la cantidad de USD $ 267.148,90 dólares; y, (v) Que reconocen que han cancelado a favor de la accionante la cantidad de USD $ 135.300, quedando un faltante de USD $ 131.848,90 dólares, a más de la transferencia de dominio a favor de la actora.

27.3. Expresa que, el reconocimiento de tales hechos en la contestación a la demanda - los que también constan reconocidos en el escrito mediante el cual contestan y se adhieren al recurso de apelación -, constituye un allanamiento parcial tácito a la demanda, en sujeción a lo previsto en los artículos 392, 393 y 394 en concordancia con el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, allanamiento eficaz por cumplir las condiciones exigidas en el artículo 393 ibídem, y que, si bien esta clase de allanamiento no consta en el Código de Procedimiento Civil, si consta en el COGEP, por lo que los jueces debían suplir tal omisión de derecho.

27.4. Con respecto a la causal primera, indica la recurrente que el fallo incurre en indebida aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios, infringiendo las disposiciones legales contenidas en los artículos 185 de la Constitución de la República, 182 del Código Orgánico de la Función Judicial y, 19 de la Ley de Casación.

27.5. Aduce que la sentencia de primera instancia rechaza la pretensión de la accionante bajo el argumento de que el contrato cuya rescisión se ha solicitado, es un contrato simulado en el precio y en esa virtud, ha perjudicado a las instituciones que deben recibir impuestos por la compraventa. Argumento respecto del cual se solicitó aclaración que no fue resuelta en forma motivada por la jueza a quo.

27.6. Sostiene que el fallo del ad quem, sin considerar aquello, insiste en que el contrato era simulado, pero no señalaron en qué consistía tal simulación, sino que se limitaron a citar una jurisprudencia respecto de la improcedencia de la rescisión de contrato por lesión enorme cuando el precio es simulado; razonamiento que efectúan sin considerar qué era lo que se había convenido en vender y que la venta no incluía la casa de habitación ni las otras edificaciones, lo cual fue reconocido por los demandados al contestar la demanda.

27.7. Sostiene que, revisados los fallos emitidos por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, no se ha encontrado fallos de triple reiteración sobre lo afirmado *en el voto de mayoría respecto de que "en el caso de compraventa con precio simulado no cabe la acción rescisoria por lesión enorme."* Y, por tanto, la sentencia que menciona el voto de mayoría en su texto, no constituye precedente obligatorio para la aplicación de ley, tanto más que no existe norma en el ordenamiento jurídico que prohíba demandar la rescisión de contrato por lesión enorme cuando se ha simulado el precio.

27.8. En lo atinente a la causal cuarta, arguye la recurrente que la sentencia infringe los artículos 168.6 y 75 de la Constitución de la República, así como los artículos 18, 19, 23 inciso primero y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial y, 273 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto decidió lo que no fue materia del litigio, apartándose del principio dispositivo (extra petita).

27.9. Expresa que la litis se trabó con las pretensiones de la demanda y las excepciones que opusieron los demandados, y que sobre ello era lo que debía resolver la sentencia, excluyendo lógicamente el reconocimiento de los derechos que hicieron los demandados en su contestación.

27.10. Afirma que, en ningún momento la litis se trabó con la existencia de un contrato simulado en el precio, pero que aquello es lo único que resuelven los juzgadores. Señala que nunca se perjudicó al fisco o al municipio como lo afirma la jueza a quo en su sentencia, tanto más que los compradores se hicieron cargo de los impuestos y gastos que generaron la compraventa, excepto la plusvalía que correspondía a la accionante cuyo pago estaba exento por disposición del artículo 559 del COOTAD. En consecuencia, expresa que no existe simulación y que, si existiese, aquella no afecta a ninguna norma legal, puesto que no hay un tercero perjudicado y además, no existe norma legal que señale que por simulación en el precio de un contrato de compraventa, no cabe rescisión por lesión enorme.

28. La contraparte, Fabián Gonzalo Fernando Espinosa Enríquez y Denise Michelle Klingensmith Ralko, contestando el recurso admitido a trámite, a fojas 7-10 del cuaderno de casación, en lo esencial, manifiestan:

28.1. Que es falso que en la sentencia recurrida los jueces hayan infringido los artículos 280,

392, 393 y 394 del Código de Procedimiento Civil, ya que ellos nunca se han allanado a las pretensiones de la accionante, por el contrario, siempre han negado la existencia de la lesión enorme; y que, lo único que han reconocido son los hechos que corresponden a la realidad del negocio jurídico realizado entre las partes, lo que de ninguna manera pueden provocar lesión enorme.

28.2. Que para ratificar la improcedencia de la demanda existe abundante jurisprudencia en la que se determina la imposibilidad de reclamar lesión enorme cuando el vendedor se haya reservado para sí derechos reales como los de uso, usufructo y habitación, tal como ha sucedido en el presente caso, en que la accionante se encuentra en uso de parte del inmueble vendido.

28.3. Expresan que ni en la sentencia de primera instancia ni en la emitida por los jueces de apelación, se ha mencionado que los fallos aplicados sean de triple reiteración y en consecuencia obligatorios; pero que se debe tener en cuenta que todas las sentencias de casación, de conformidad con el artículo 19 de la Ley que regula la materia, constituyen precedente para la aplicación de la ley y en ese sentido han sido acogidas por los jueces de instancia.

28.4. Afirma que no tiene asidero la acusación de extra petita en cuanto los jueces en ambas instancias han resuelto exactamente los puntos materia de litigio, esto es, la lesión enorme reclamada por la actora; y que, el hecho de que el fallo no haya resuelto conforme a los intereses de la actora no significa que se haya resuelto algo diferente a lo reclamado.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

29. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 *ut supra*, este Tribunal plantea los siguientes problemas jurídicos objeto de resolución:

29.1. La sentencia impugnada ¿incurre en falta de aplicación de las normas procesales que regulan el allanamiento provocando nulidad insanable o indefensión?

29.2. ¿El fallo resuelve un asunto ajeno al litigio al declarar sin lugar la acción rescisoria por considerar que no cabe lesión enorme cuando el precio ha sido simulado?

29.3. ¿Existe indebida aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios respecto de la imposibilidad de incoar la acción de rescisión de contrato por lesión enorme cuando el precio pactado ha sido simulado?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

30. En atención a los cargos formulados por la recurrente, corresponde su análisis en atención a la importancia y efectos que tiene cada una de las causales invocadas en la resolución a tomarse; en este sentido, se procederá en primer término al análisis de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por cuanto su aceptación implicaría la declaratoria de nulidad y reenvío del proceso, posteriormente se continuará con el análisis de las causales cuarta y primera *ibídem*.

7.1. CAUSAL SEGUNDA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN.

31. La causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, en que descansa el cargo traído a casación por la recurrente, se configura cuando la sentencia incurre en *"(…) 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;"*

32. Esta causal, vigila la validez del proceso ante la posible vulneración de solemnidades sustanciales y del debido proceso, cuya inobservancia lo invalida e inutiliza la emisión de la sentencia. Para su procedencia, el error procesal debe ser de tal magnitud que influya en la decisión de la causa no habiendo quedado convalidada legalmente.

33. Cuando se acusa la causal segunda, quien recurre debe señalar imperativamente los siguientes presupuestos: a) la norma o normas procesales que se estiman infringidas; b) uno de los tres modos de infracción: c) la forma como el proceso ha sido viciado de nulidad insanable por la infracción acusada; d) el por qué se ha provocado la indefensión si así fuera; e) la forma como la nulidad

insanable o la indefensión ha influido en la decisión de la causa; y, f) la razón por la cual la nulidad (no) ha quedado legalmente convalidada.[7]

34. En cuanto a los vicios de esta causal –indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación– cabe señalar que responden a conceptos propios de infracción disimiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la pertinente; por su parte la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar la controversia; y, por último, la errónea interpretación constituye un yerro de selección, es decir, la norma es adecuada y pertinente al caso en estudio, pero el juzgador se aleja de su espíritu, dándole un sentido y significación que no tiene.

35. Con fundamento en la causal segunda, señala la recurrente que en la sentencia existe falta de aplicación de las normas contenidas en los artículos 280, 392, 393 y 394 del Código de Procedimiento Civil, que versan sobre las omisiones de puntos de derecho, el allanamiento a la demanda, la eficacia del allanamiento y cómo debe ser aprobado. En este sentido, expresa que existe un reconocimiento implícito de su derecho por parte de los demandados, lo que conlleva un allanamiento tácito a las pretensiones de su demanda.

36. De lo relatado en el numeral anterior, se desprende que las normas contenidas en los artículos 280, 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, son normas sustantivas y no procesales cuyo análisis pueda hacerse al amparo de la causal invocada, por lo que, su acusación debe ser rechazada de plano; mientras que, la norma contenida en el artículo 394 ibídem, aunque se trata de una norma de carácter procesal, al establecer cómo debe ser aprobado el allanamiento, su infracción – de ocurrir – no provoca nulidad insanable que haga menester su declaratoria, ni violación de trámite en los términos del artículo 1014 del cuerpo legal en mención; y, por tanto, no se enmarca en los supuestos previstos en la causal para su análisis ni procedencia.

37. Pese a lo expuesto, este Tribunal considera pertinente dejar sentado que, de la revisión de la contestación a la demanda, no se evidencia allanamiento alguno por parte de los demandados, pues el hecho de que reconozcan de buena fe ciertos aspectos de la negociación llevada a cabo con la accionante, no implica en forma alguna allanamiento a sus pretensiones, tanto más que, de conformidad con el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, los demandados pueden allanarse a las pretensiones de la demanda en cualquier estado antes de sentencia, únicamente en forma expresa, lo que excluye la posibilidad de un allanamiento tácito como lo afirma la recurrente. Por tanto, al no evidenciarse ni en la contestación a la demanda, ni en ningún escrito presentado a posterior, el allanamiento por parte de los demandados, no cabía la aplicación de los artículos que regulan aquella, en consecuencia, la alegación de falta de aplicación deviene en improcedente.

7.2. CAUSAL CUARTA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN

38. La causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, se produce por vicios de inconsonancia o incongruencia en la sentencia, ya sea por conceder más de lo pedido (ultra petita), por conceder menos de lo pedido (citra petita) o por conceder algo distinto a lo pedido (extra petita), constituye una vulneración al principio dispositivo consagrado en los artículos 168.6 de la Constitución de la República, 19 del Código Orgánico de la Función Judicial y, 273 del Código de Procedimiento Civil, que ordenan que las juezas y jueces deben resolver de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

39. La doctrina en el derecho comparado ha señalado que la inconsonancia puede revestir tres formas: *"(…) y cualquiera de las tres estructura la causal de casación que se comenta, pues que todas ellas implican la transgresión del susodicho principio de la consonancia o armonía, y son: a) ultra petita, en la cual se incurre cuando la sentencia provee sobre más de los pedido...; b) extra petita, en la cual se incurre cuando la sentencia decide sobre pretensiones no formuladas por el demandante en su demanda, ni en oportunidad posterior; o sobre excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas; y c) mínima petita, también llamada citra petita, en la cual incurre*

[7] Manuel Tama, El recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional, Edilex. Editores- Lima mayo-2011 Pág. 187.

el juez cuando, al dictar sentencia, omite decidir sobre algunas de las peticiones o de las excepciones invocadas;..."

40. En lo atinente a la causal cuarta, arguye la recurrente que la sentencia infringe los artículos 168.6 y 75 de la Constitución de la República, así como los artículos 18, 19, 23 inciso primero y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial y, 273 del Código de Procedimiento Civil, resolviendo lo que no fue materia del litigio, apartándose del principio dispositivo, al resolver sobre la existencia de un contrato simulado en el precio – que aduce no existió en ningún momento -, argumento que nunca fue parte de la traba de la litis.

41. Para verificar la procedencia o no de la causal en mención, es necesario remitirse a la pretensión contenida en la demanda, las oposiciones previstas en la contestación a la demanda y lo decidido en la sentencia.

42. En este sentido, tenemos que la demanda ha señalado en su parte pertinente lo siguiente:

> *Con los fundamentos de hecho y de derecho señalados* *en juicio ordinario demando la rescisión del contrato de compraventa* *del terreno, casa de habitación y más inmuebles que sobre el se afincan, realizado por escritura pública otorgada ante la notaria Trigésimo Primero del Cantón Quito, Dra. Mariela del Pozo Acosta,* *el 9 de junio del 2011 e inscrita en el Registro de la Propiedad del Distrito Metropolitano de Quito el 6 de octubre del 2011 a Fojas 64615 Número 24815 de PO Tomo 142.* *(…)* *la demanda incluye a más de la rescisión del contrato el pago de daños y perjuicios – incluidos daño emergente y lucro cesante – que los estimamos no menores a quinientos mil 00/100 dólares de los Estados Unidos de América.*

43. Por su parte la contestación a la demanda, que obra de fojas 51, contiene las siguientes excepciones: (i) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; (ii) Prescripción de la acción rescisoria; (iii) Improcedencia e ilegitimidad de la pretensión; (iv) Plus petitio; (v) Contradicción de los fundamentos de la demanda por cuanto demanda bajo las normas de la rescisión y resolución simultáneamente. De igual manera señala lo siguiente:

> *De conformidad con lo expresado por la actora en la demanda y reconocido por nosotros en esta contestación a la demanda; el precio fijado por las partes por la compra de 1.585,46 metros cuadrados del inmueble objeto de la demanda, fue de $ 267.148,90; por lo que para que se determine la existencia de lesión enorme, dentro del proceso deberá comprobarse que a septiembre de 2010, el precio de 1.585,46 metros cuadrados del inmueble objeto de la demanda, fue superior a $ 534.297,80, lo que es ciertamente absurdo e imposible. La alegación de lesión enorme por parte de la actora resulta ciertamente temeraria y de mala fe; y al momento de resolver la presente causa, usted señora jueza condenará a la actora al pago de las costas judiciales y al pago de los honorarios de nuestro abogado patrocinador.*

44. Entonces, como se observa de la lectura de la demanda y la contestación a la demanda, la litis ha quedado trabada con la pretensión de lesión enorme en el precio convenido en el contrato de compraventa del inmueble materia de controversia, más la indemnización de daños y perjuicios y, con la improcedencia de tales pretensiones por no existir los presupuestos para tales acciones.

45. Por su parte, de la lectura del voto de mayoría dictado por el Ad quem, se evidencia que aquel analiza y resuelve en su parte pertinente lo siguiente:

> ***Establecido que se trata de un precio simulado el que consta en el contrato de compra venta contenido a su vez en la escritura pública base de la demanda, es pertinente, y siempre en el marco del análisis de la acción y de la obligación de en primer lugar analizar ésta a efectos de determinar su viabilidad, requisito que una vez superado permite el análisis de las excepciones conforme se ha expresado, la jurisprudencia se ha decantado por afirmar y sostener que en el caso de compra venta con precio simulado no cabe la acción rescisoria por lesión enorme****, y a manera de ejemplificación de entre la abundante jurisprudencia existente al respecto, en la Resolución 0052-2014. Juicio N. 0265-2013, nuestra Corte Nacional ha dicho que: "…(..) El precio, es de la esencia del contrato, Art. 1732 del Código Civil, debe consistir en dinero, debe ser real, determinado y fundamentalmente justo. La necesidad de que el precio se exprese en dinero que el comprador se obliga a dar en cambio de la cosa, viene a ser el elemento diferenciador con la permuta. En cuanto a que el precio debe ser real, determina la exigencia que debe fijarse de tal modo que el vendedor tenga derecho a exigirlo y el comprador la obligación de entregarlo; por ello que "... no es precio real el que es simulado, o que tiene por objeto disimular una donación; tampoco es real el precio irrisorio y*

ridículo" (Arturo Alessandri Rodríguez, op. cit., p.144). En la rescisión contractual por lesión enorme, es el perjuicio el fundamento de la demanda; por tanto, en la especie, la actora tuvo la carga procesal de probar que ha sido lesionada económicamente. Si bien se han practicado pericias con el propósito de determinar el justo precio de los derechos y acciones en el bien inmueble anteriormente señalado, al ser simulado el precio, no es posible determinar su verdadera cuantificación y la existencia del consecuente desequilibrio entre las prestaciones llamadas a cumplir vendedor y comprador. Como lógica consecuencia, en la sentencia impugnada no se observa el vicio de falta de aplicación de los Arts. 1828 y 1829 del Código Civil, ni menos del Art. 1576 ibídem por la argumentación jurídica que precede, por lo que no cabe el cargo propuesto…" ***debiéndose concluir efectivamente la improcedencia y admisibilidad de su pretensión, de allí que el Tribunal comparte el criterio del juez a-quo de rechazar la demanda al tratarse de compra venta con precio ficticio o simulado, tornando inoficioso, al no acreditarse la pretensión el análisis de las excepciones deducidas.*** *(Las negrillas nos pertenecen)*

46. De lo expuesto es evidente que la sentencia impugnada, resuelve lo que fue materia de la litis, esto es, la rescisión de contrato por lesión enorme respecto de inmueble materia de controversia, sin que, por el hecho de haberse declarado improcedente la pretensión, por cuanto a criterio de los jueces de instancia el precio pactado en el instrumento público fue simulado, pueda señalarse que se ha resuelto lo que no fue materia de la litis, pues más allá del criterio esgrimido por el *Ad quem* para rechazar la pretensión de la demanda, lo cierto es que se resolvió justamente sobre las pretensiones formuladas por la demandante, la que, al ser negada, volvió inviable e innecesario el análisis de las excepciones opuestas en la contestación a la demanda. Motivo por el cual, la causal invocada deviene en improcedente.

7.3. CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN

47. La causal primera invocada atiende a vicios *in iudicando*, es decir, vulneración de normas sustantivas o precedentes jurisprudenciales obligatorios con prescindencia de los hechos probados. Para la fundamentación de esta causal ha de explicarse razonadamente, cuál es el yerro en el que ha incurrido la norma que se acusa como vulnerada, a saber: aplicación indebida, cuando el juzgador ha seleccionado una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la norma pertinente; falta de aplicación, cuando el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar la controversia; y, errónea interpretación, que se produce cuando el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, pero se aleja de su espíritu dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra prevista en la norma.

48. Con respecto a la causal primera, indica la recurrente que el fallo incurre en indebida aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios, infringiendo las disposiciones legales contenidas en los artículos 185 de la Constitución de la República, 182 del Código Orgánico de la Función Judicial y, 19 de la Ley de Casación, sostiene que, revisados los fallos emitidos por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, no se ha encontrado fallos de triple reiteración sobre lo afirmado en el voto de mayoría respecto de que *"en el caso de compraventa con precio simulado no cabe la acción rescisoria por lesión enorme."* Y, por tanto, expresa que, la sentencia que menciona el voto de mayoría en su texto, no constituye precedente obligatorio para la aplicación de ley, tanto más que no existe norma en el ordenamiento jurídico que prohíba demandar la rescisión de contrato por lesión enorme cuando se ha simulado el precio. Al respecto, este Tribunal precisa indicar lo siguiente:

49. Para comprender el contenido y alcance de la causal en mención, es necesario precisar que esta Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ha señalado que las normas de derecho sustantivo o material, son aquellas que declaran, crean, modifican o extinguen derechos; mientras que, constituyen jurisprudencia obligatoria, aquellos fallos de triple reiteración pronunciados con anterioridad al 20 de octubre de 2008, fecha de vigencia de la Constitución de la República que nos rige y, con posterioridad a ello, aquellos declarados como precedentes jurisprudenciales obligatorios por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con los supuestos previstos en el artículo 185 de la norma constitucional.[8]

[8] Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia dictada dentro del proceso 17711-2016-0192, de fecha 20 de junio de 2017.

50. De la lectura de la sentencia impugnada, se evidencia que aquella, al analizar la acción propuesta, ha señalado lo siguiente:

> *(…) **la jurisprudencia se ha decantado por afirmar y sostener que en el caso de compra venta con precio simulado no cabe la acción rescisoria por lesión enorme, y a manera de ejemplificación de entre la abundante jurisprudencia existente al respecto, en la Resolución 0052-2014. Juicio N. 0265-2013, nuestra Corte Nacional ha dicho que:** "…(..) El precio, es de la esencia del contrato, Art. 1732 del Código Civil, debe consistir en dinero, debe ser real, determinado y fundamentalmente justo. La necesidad de que el precio se exprese en dinero que el comprador se obliga a dar en cambio de la cosa, viene a ser el elemento diferenciador con la permuta. En cuanto a que el precio debe ser real, determina la exigencia que debe fijarse de tal modo que el vendedor tenga derecho a exigirlo y el comprador la obligación de entregarlo; por ello que "... no es precio real el que es simulado, o que tiene por objeto disimular una donación; tampoco es real el precio irrisorio y ridículo" (Arturo Alessandri Rodríguez, op. cit., p.144). En la rescisión contractual por lesión enorme, es el perjuicio el fundamento de la demanda; por tanto, en la especie, la actora tuvo la carga procesal de probar que ha sido lesionada económicamente. Si bien se han practicado pericias con el propósito de determinar el justo precio de los derechos y acciones en el bien inmueble anteriormente señalado, al ser simulado el precio, no es posible determinar su verdadera cuantificación y la existencia del consecuente desequilibrio entre las prestaciones llamadas a cumplir vendedor y comprador. Como lógica consecuencia, en la sentencia impugnada no se observa el vicio de falta de aplicación de los Arts. 1828 y 1829 del Código Civil, ni menos del Art. 1576 ibídem por la argumentación jurídica que precede, por lo que no cabe el cargo propuesto…" debiéndose concluir efectivamente la improcedencia y admisibilidad de su pretensión, de allí que el Tribunal comparte el criterio del juez a-quo de rechazar la demanda al tratarse de compra venta con precio ficticio o simulado, tornando inoficioso, al no acreditarse la pretensión el análisis de las excepciones deducidas. (Las negrillas nos pertenecen)*

51. Resulta evidente que la sentencia impugnada, para sustentar su decisión, se ha fundamentado en un solo fallo emitido por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, contenido en la Resolución 0052-2014, afirmando que ***"la jurisprudencia se ha decantado por afirmar y sostener que en el caso de compra venta con precio simulado no cabe la acción rescisoria por lesión enorme"***; sin embargo, no menciona cuáles son los tres fallos emitidos con anterioridad al año 2008 (fecha de la Constitución que nos rige actualmente) o, cuál es la Resolución emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que ha promovido y ratificado tal criterio para que la aplicación de aquel sea de carácter obligatorio, pues caso contrario, el fallo aplicado por el *Ad quem*, solo constituiría un criterio para la aplicación de la ley, al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Casación, siendo por tanto, facultativa su aplicación, siempre que, los supuestos del caso sean similares al contenido en aquella sentencia.

52. En este sentido, revisada la parte pertinente del fallo citado como fundamento para negar la acción, se evidencia que en aquel se habla de la imposibilidad de ordenar la rescisión de un contrato simulado, por cuanto *"Si bien se han practicado pericias con el propósito de determinar el justo precio de los derechos y acciones en el bien inmueble anteriormente señalado, **al ser simulado el precio, no es posible determinar su verdadera cuantificación y la existencia del consecuente desequilibrio entre las prestaciones llamadas a cumplir vendedor y comprador."*** Sin embargo, en la presente causa, aquel criterio no es aplicable, en cuanto como hecho probado en la propia sentencia, se tiene que la cuantificación del bien inmueble acordada por las partes ha sido de $ 267.148,90 dólares americanos, monto que si bien no consta en el instrumento público, ha sido reconocido por ambas partes contratantes dentro de la presente causa, tal como se lee de la demanda y de la contestación, por tanto no existe dificultad para determinar la verdadera cuantificación del bien a fin de poder determinar el desequilibrio entre las prestaciones de las partes. Esta Sala de lo Civil y Mercantil, en casos similares, ha señalado que:

[9] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia dictada dentro del proceso 13335-2016-00442 (Sánchez vs Chila), de 23 de septiembre de 2022, las 11h56.

El contrato es fuente de obligaciones, de aquel se derivan deberes recíprocos entre los contratantes, a los que se denomina con propiedad obligaciones, en la compra venta –repetimos– la obligación del vendedor, es entregar la cosa sobre la que trata el negocio y la primordial obligación del comprador es la entrega del precio pactado, que al tenor del artículo 1812 del Código Civil puede pagarlo en el lugar y tiempo estipulados, o, en su defecto, en el lugar y tiempo de la entrega, dada la libertad negocial de que gozan los contratantes en el marco del artículo 1747 ibídem, se los faculta para determinar el precio de la venta por cualquier medio o indicación que fijen. ***De allí, la importancia de demostrar en el juicio de lesión enorme el precio efectivamente pagado y recibido para corroborar la concurrencia del justo precio, que no siempre es el que hacen constar en la escritura pública, en el que a motivo tributario se considera el valor catastral y no el comercial.*** *Esta determinación del precio real pactado y entregado, impide repetición de la obligación que bien puede estar extinguida por el pago efectivo del justo precio, ha de recordarse que para la procedencia de la rescisión, la lesión debe ser de tal magnitud que verifique desproporción "ultra dimidium" de más de la mitad del justo precio. Es relevante entonces, que el pago se haya efectuado realmente al vendedor sin que sea trascendente quien lo haya hecho, en caso de no hacerlo de forma directa el comprador.*[9] *(Las negrillas nos corresponden)*

53. En consecuencia, no cabía la aplicación del criterio emitido por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la Resolución 0052-2014, en tanto aquel no constituye precedente jurisprudencial obligatorio, y además, sus supuestos no se adecuan a los previstos para el caso en estudio; criterio que, al ser el único fundamento del Ad quem para desechar la acción incoada, ha sido determinante de la parte dispositiva de la sentencia, lo que amerita CASAR el fallo impugnado y, en su lugar, dictar sentencia de mérito en atención a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación, al tenor de los siguientes razonamientos:

a) La demandante pretende la rescisión de contrato por lesión enorme y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por cuanto, a su decir, los demandados le cancelaron menos de la mitad del justo precio por la venta del bien inmueble transferido mediante escritura pública de 09 de junio de 2011, e inscrito el 6 de octubre de 2011.

b) Los demandados se han opuesto a tales pretensiones, excepcionándose con lo siguiente: (i) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; (ii) Prescripción de la acción rescisoria; (iii) Improcedencia e ilegitimidad de la pretensión; (iv) Plus petitio; (v) Contradicción de los fundamentos de la demanda por cuanto demanda bajo las normas de la rescisión y resolución simultáneamente. Todas ellas excepciones de fondo que deben analizarse al resolverse la procedencia o no de la acción, excepto la relativa a la "prescripción", pues aquella por su carácter perentorio, debe resolverse en forma previa. En este sentido, para proceder a su análisis, tenemos que el artículo 1836 del Código Civil, determina que la rescisión por lesión enorme prescribe en cuatro años contados desde la fecha del contrato; corresponde entonces, remitirnos a las constancias procesales, de las cuales se evidencia que el contrato fue firmado el 09 de junio de 2011 y, la citación a los demandados se ha efectuado por boletas dejadas en sus domicilios los días 19, 21 y 22 de mayo de 2015 (fs. 47-49); es decir, dentro de los cuatro años previstos en la norma para el ejercicio de la acción, por tanto la excepción deviene en improcedente.

c) Ahora bien, previo a analizar la prueba aportada por las partes procesales, es necesario señalar que en la causa existen hechos reconocidos tanto por la actora como por los demandados y, por tanto, aquellos hechos, por no ser controvertidos, no requieren prueba, así lo ha señalado la doctrina al determinar que:

La doctrina llama admisión a la circunstancia de no impugnar las proposiciones del adversario. Los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba. Es inútil, decía el precepto justinianeo, probar los hechos no relevantes: "frustra probatur quod probatum non relevat" Es necesario

[10] Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque Depalma Editor, Tercera Edición, Buenos Aires, 1958, p.224.

ver en esta fórmula una aplicación del principio de economía procesal, que induce a realizar los fines del juicio con el mínimo de actos. Al concluir que los hechos no impugnados se tienen por admitidos, se llega no sólo a la solución aconsejada por la lógica de las cosas, sino a la que aconseja un bien entendido principio de ahorro de esfuerzos innecesarios. Imponer la prueba de todos los hechos, aun de los aceptados tácitamente por el adversario, representaría exigir un inútil dispendio de energías contrario a los fines del proceso. (…) Puede afirmarse, entonces, que esta expresión que establece que la prueba debe recaer solamente sobre los hechos controvertidos, representa una limitación, especie de encuadramiento objetivo, de las proposiciones de hecho que han de ser objeto de prueba. La determinación de los hechos controvertidos y no controvertidos es una función de depuración previa, para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo.[10]

d) Tenemos entonces como hechos aceptados por las partes y, en consecuencia, no controvertidos, los siguientes: (i) Que en septiembre de 2010 las partes comenzaron las negociaciones, a fin de que los demandados adquieran 1200 metros comprendidos dentro de un lote de mayor extensión para llevar a cabo un proyecto inmobiliario, lote dentro del cual existía una casa de habitación y áreas verdes en las que vivía la vendedora, la cual quedaba reservada para su uso y habitación; (ii) Que mediante escritura de 9 de junio de 2011, la parte accionante, en calidad de vendedora, dio en venta y perpetua enajenación a favor de los hoy demandados, el lote de terreno signado con el número UNO, situado en la parroquia Cumbayá, del cantón Quito, comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones: NORTE: Calle "A" en una longitud de 30 metros; SUR: Con terreno de la hacienda de propiedad del señor José Pallares Páez, en una longitud de 30 metros; ESTE: Con el lote número dos en una longitud de sesenta y ocho metros; y, OESTE: Con terreno de hacienda de propiedad de José Pallares en una longitud de 70 metros; con una superficie total de 2274,84 metros, sin reservarse la vendedora en aquella escritura, en forma expresa, el uso y habitación de la casa que existía en dicho inmueble, ni ningún otro derecho real; (iii) Que las partes con posterioridad acordaron aumentar la cantidad de metros cuadrados para la edificación del proyecto inmobiliario, fijando aquellos en 1585,46 metros cuadrados, y determinando el precio final el $ 267,148.90; y, (iv) Que según lo ha reconocido la accionante en su demanda, los demandados han cancelado a su favor la cantidad de $ 133.800[11] dólares americanos, quedando pendiente el pago del saldo del precio total acordado ($ 267,148.90), a más de la transferencia de dominio de la casa de habitación que se encuentra en el inmueble vendido – en el cual reside la accionante -, en tanto, como parte de la negociación, se estableció que una vez obtenida la declaratoria de propiedad horizontal del proyecto inmobiliario, se le iba a transferir el dominio de aquella parte nuevamente.

e) Entonces, por cuanto no se encuentra como un hecho controvertido el monto acordado por las partes para el negocio jurídico, que ambos reconocen fue de $ 267,148.90 dólares americanos, la única prueba relevante para el análisis del caso es aquella que permite determinar el valor comercial del inmueble al momento en que se suscribió el contrato de compraventa mediante el cual se transfirió el dominio a favor de los hoy demandados, esto es, al 9 de junio de 2011. Cabe señalar que, aun cuando la negociación –informalmente– se hizo sobre ciertos metros y no sobre la totalidad del inmueble, lo cierto es que la escritura pública transfirió la totalidad del bien a los demandados, sin reserva de ningún derecho real a favor de la parte vendedora – hoy accionante – como erróneamente lo sostienen los demandados, quienes incluso lo hipotecaron para poder llevar a cabo su proyecto inmobiliario; y que, según se desprende de la revisión del proceso, no se ha "devuelto" la parte en que consta situada la casa de habitación en la que vive la accionante.

f) Así las cosas, de la revisión del informe pericial elaborado por el Ing. Clemente Chamorro Armas y que obra de fojas 105 a 121 del

[11] Hay que considerar que los demandados en su contestación han afirmado que han cancelado a la actora $ 135.300 dólares, no obstante, y pese a tal afirmación, no han presentado prueba para acreditar el pago de ese monto, por lo que se considera como un hecho probado lo reconocido por la accionante en su demanda, esto es, que los demandados le han cancelado la cantidad de $ 133.800.

cuaderno de primera instancia, se evidencia que ha determinado el costo del inmueble a la fecha de suscripción de las escrituras de compraventa, 9 de junio de 2011, en un millón cincuenta y cuatro mil ciento ochenta y un dólares americanos (1'054.181,00); peritaje que no ha sido objetado por ninguna de las partes procesales dentro del término concedido para el efecto por lo que constituye prueba útil, pertinente y conducente para determinar el precio comercial del inmueble al momento de la firma del contrato.

g) Este Tribunal considera que, para que una venta sea rescindible por lesión enorme debe reunir los siguientes requisitos: 1) Que el vendedor o comprador sufra lesión enorme (no cualquier lesión) en los términos del artículo 1829 del Código Civil; esto es, que el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y, el comprador sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. Aclara esta disposición que el justo precio se refiere al tiempo del contrato; y, según comenta Arturo Alessandri Rodríguez *"se entiende por justo precio, para los efectos de determinar la lesión enorme, el que, al tiempo de la venta, tenga la cosa en sí misma y que resulta del valor que le asigna la opinión común y general de las personas, pero de ningún modo es tal el que le atribuyen las afecciones individuales"*[12] 2) Que la venta sea de aquellas respecto de la cual la ley concede la acción de rescisión por lesión enorme. 3) Que la cosa vendida no haya sido enajenada por el comprador (Art. 1833 del Código Civil); 4) Que la cosa vendida no haya perecido en poder del comprador (Art. 1833 del Código Civil); y, 5) Que la acción se entable dentro del plazo legal (Art. 1836 del Código Civil).[13]

h) En virtud de lo expuesto y analizado en este fallo, en concordancia con el peritaje practicado y no objetado, este Tribunal considera que la vendedora, hoy accionante, ha sufrido lesión enorme en la compraventa efectuada el 9 de junio de 2011 a favor de los hoy demandados y compradores, por cuanto el valor acordado para la venta del referido inmueble fue por $ 267,148.90 dólares, aun cuando el justo precio en ese año era de 1'054.181,00 dólares, cancelándose como es evidente, menos de la mitad del justo precio en detrimento de sus intereses, más aún, cuando solo se le ha pagado en forma efectiva la cantidad de $ 133.800 dólares, por lo que cabe la rescisión del contrato en mención, al tenor del artículo 1829 del Código Civil.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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****, por unanimidad, resuelve:*

1. *Aceptar el recurso de casación planteado la accionante Susana Graciela Serrano Enríquez;*
2. *Declarar con lugar la demanda y, en consecuencia, rescindido el contrato de compraventa suscrito por la señora Susana Graciela Serrano Enríquez a favor de los cónyuges Fabián Gonzalo Fernando Espinosa Enríquez y Denise Michelle Klingensmith Ralko, el 9 de junio de 2011, en la Notaria Trigésimo Primera del cantón Quito, inscrita en el Registro de la Propiedad el 6 de octubre de 2011, quedando a facultad de los compradores optar por cualquiera de las opciones previstas en el artículo 1830 del Código Civil, al momento de la ejecución de esta sentencia, dentro del cual deberá descontarse además cualquier valor adicional que se haya cancelado a la accionante y vendedora por este motivo.*
3. *No procede el pago de daños y perjuicios por no haberse justificado aquellos en legal y debida forma.*
4. *Notifíquese y devuélvase para la ejecución de la sentencia.*

[12] Alessandri, Arturo. *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, Tomo II, V.2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 754.
[13] Expediente de Casación 389 Registro Oficial Edición Especial 170 de 19-jul.-2011

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 09332-2015-02020

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Adrián Rojas Calle**

ACCIÓN
DAÑOS Y PERJUICIOS EXTRACONTRACTUALES

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

Luego del análisis de legalidad de la sentencia impugnada, el tribunal de casación aceptó el recurso planteado por infracción de las normas sustantivas relativas a la responsabilidad civil contractual y a la acción subrogatoria. En tal razón, rechazó la demanda y la reconvención, con énfasis en la ausencia de hecho ilícito que responsabilice civilmente a la parte demandada.

Quito, lunes 8 de enero del 2024, las 12h48.

VISTOS.- Agotada la tramitación de la causa en casación, el infrascrito Tribunal procede a resolver el recurso casación interpuesto por la parte accionante, Miguel Ángel Alvear Cardenas, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la empresa CARTORAMA C.A., dentro del presente juicio ordinario de daños y perjuicios. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, se dicta la correspondiente sentencia motivada:

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.-

2. El abogado Hugo Cisneros Navarro, comparece en calidad de Apoderado de las compañías: Allianz Global Corporate & Specialty AG, AXA Versicherung - Aktiengesellschaft, Basler Securitas Versicherung - Aktiengesellschaft, Gothaer Allgemeine Versicherung AG Hamburg, Condor Allgemeine Versicherungs AG, Kravag Logistic Versicherung - AG, Schwarzmeer und Ostsee Versicherungs - Aktiengesellschaft SOVAG, ERGO Versicherung AG, AIG EUROPE Ltd., las cuales concurren como subrogantes de los derechos y acciones de la compañía RASTODER D.O.O; señalando que la compañía AIG EUROPE Ltd. es el resultado de la fusión entre las empresas Chartis Europe Ltd. y Chartis Europe S.A.

3. Manifiesta que bajo la modalidad FOB, la compañía RASTODER, adquirió las siguientes mercancías: a) A la Compañía Servicios Técnicos Bananeros Sertecban S.A., un total de 254.249 cajas de banano bajo las marcas Derby, Slobana y Favola, a un precio total de USD $2'315.178.51 (Dos Millones Trescientos Quince Mil Ciento Setenta y Ocho Dólares de los Estados Unidos de América con 51/100), que incluía el costo de las cajas de cartón y pallets. b) A la compañía OBSA ORO BANANA S.A., un total de 20.601 cajas de banano de marca DERBY, a un total de USD $134.474.55 (Ciento Treinta y Cuatro Mil Cuatrocientos Setenta y Cuatro Dólares de los Estados Unidos de América con 55/100). Que Sertecban S.A. y Obsa Oro Banana S.A., acordaron vender a RASTODER, las indicadas cajas con banano tipo cavendish, con las respectivas marcas ya sea DERBY, SLOBANA o FAVOLA.

4. Que para el transporte internacional de la indicada mercadería la compañía RASTODER con fecha 6 de mayo del 2011, charteó los servicios de la nave MV ALMEDA STAR, con el objetivo de que transporte dicha mercadería desde Puerto Bolívar, Ecuador, hasta el Puerto de Bar en Montenegro (Europa), siguiendo a Odessa, y con la posibilidad de modificar la ruta, como fue acordado con los armadores de dicha nave la empresa Star Reefers Pool Inc.

5. Que la intención de RASTODER era poder comercializar el banano a terceros en Europa y que sea entregado en el puerto que los compradores soliciten y para este se había pactado expresamente en el acuerdo de chárter de la nave, la posibilidad de cambiar la ruta.

6. Indica, que la agencia del Campo Shipping emitió los conocimientos de embarque o "Bill Of Lading", correspondiente al primer tramo, certificando que la nave indicada, había recibido por parte de los respectivos cargadores mencionados, en cada uno de los conocimientos de embarque, las cajas que contenían banano fresco y verde tipo Cavendish, comenzándose el embarque el 11 de mayo del 2011. Contando RASTODER con la suficiente anticipación para poder ofrecer la fruta en el mercado internacional y que aquella llegue en excelente condiciones a los compradores.

7. Que sin embargo, una serie de medidas arbitrarias, inspiradas y motivadas por la compañía CARTORAMA C.A., impidieron que la nave pueda zarpar en el tiempo programado.

8. Específicamente el Juicio ejecutivo CARTORAMA vs. SERTECBAN, interpuesto el 11 de Mayo del 2011, por la empresa CARTORAMA C.A., reclamando el pago de facturas, en contra de la compañía SERTECBAN S.A. Sorteada al Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil con el número 09302-2011-0403. Demanda en que se solicitaba como medida cautelar, *el secuestro de los bienes de propiedad de la compañía demandada (refiriéndose a Sertecban) los que enviaba al exterior, a la Compañía Rastoder, con destino a la ciudad de Lubiana, República de Slovenia; desde el puerto de Puerto Bolívar, Provincia del Oro; y, que consisten en cajas de banano, que durante la presente semana las están embarcando en los Buques BARENTS BAY, ALAMEDA STAR, acoderado en dicho puerto, secuestro que solicito hasta por la cantidad de Un Millón de Dólares, que aseguren el pago de lo adeudado..."*

9. Que en su petición Cartorama C.A, afirmó que dichos bienes cuyo secuestro pretendía, eran de propiedad de la demandada Sertecban .

10. Que el 12 de mayo del 2011, comparece Walter Adriano Freire Chávez, solicitando al Notario de Guayaquil Oswaldo Florencia que se recepten las declaraciones de los señores JUAN CALIXTO RUIZ CANBA y NANCY GRACIELA LARGO ACUÑA, para que declaren en lo principal: 1) *"si es verdad que conoce que la compañía SERVICIOS TECNICOS BANANEROS SERTECBAN S.A. realiza atreves del Puerto Bolívar la Exportación de Banano en caja a la ciudad de Lubiana-Eslovenia, todas las semanas." 2) "como es verdad que conoce que esas exportaciones de banano en caja que realiza la Compañía SERVICIOS TECNICOS BANANEROS (SERTECBAN S.A.) a la compañía Rastorder, en la ciudad Lubiana-Eslovenia es de su exclusiva propiedad".-*

11. El indicado notario en la misma fecha, 12 de mayo, pero a las 11h05 dispone que los testigos mencionados rindan la declaración, pero los testigos aparecen declarando en marzo; fecha anterior de la orden del notario. Que en efecto, para aportar a las cosas extrañas, el Notario Oswaldo Bolívar Florencia Peña, con fecha 31 de marzo del 2011, en base a una petición presentada el 11 de mayo del 2011 al estilo "volver al futuro"- recibe las declaraciones de los testigos. Ambos responden lo mismo, en resumen: 1) que conocen al peticionario "en relaciones comerciales desde hace mucho tiempo".- 2) "que la compañía SERVICIOS TECNICOS BANANEROS SERTECBAN realiza a través de Puerto Bolívar la Exportación de banano en caja a la ciudad de Lubiana Eslovenia, todas las semanas".- 3) que "es verdad que conoce que esas exportaciones de banano en caja que realiza la Compañía SERVICIOS TECNICOS BANANEROS SERTECBAN S.A. a la compañía RASTORDERM en la ciudad de Lubiana-Eslovenia es de su exclusiva propiedad'. Que lo dicho lo saben "por haber mantenido relaciones comerciales con el interesado".

12. Que con dicha declaración sumaria de testigos incongruente en las fechas, incongruente en las declaraciones, Cartorama C.A. solicita que se secuestren las cajas de banano supuestamente de propiedad de la demandada Sertecban. Sin embargo es muy claro darse cuenta que los indicados "testigos" en ningún momento afirman que las cajas de banano se encuentran a bordo de las naves, ni siendo embarcadas a las naves. Los testigos sólo se refieren a exportaciones "todas las semanas". Que tal afirmación respecto a que el banano está embarcándose y embarcado lo hizo Cartorama C.A.: *"...que consisten en cajas de banano, que durante la presente semana las están embarcando en los Buques BARENTS BAY, ALAMEDA STAR"*.

13. Que el 13 de mayo del 2011, el Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil, temporal, admite a trámite la demanda señalando: *"...En mérito de la prueba testimonial actuada y acompañada, a petición del accionarte y de conformidad con lo que dispone el Artículo 422 del Código de Procedimiento Civil, se ordena el secuestro de los bienes de propiedad de la compañía demandada antes nombrada, los mismos que consisten en cajas de banano, las mismas que actualmente están embarcadas en los buques BARENTS BAY y ALAMEDA STAR, los mismos que se encuentran en Puerto Bolívar, Provincia de El Oro, secuestro que será hasta por la suma de US$ 588,000.00. Para la práctica de dicha diligencia, se Depreca la misma al señor Juez de lo Civil del Cantón Machala, enviándole el correspondiente Despacho en forma, ofreciéndole reciprocidad en casos análogos. Se faculta a dicho Juez Deprecado para que designe al Depositario Judicial que deba intervenir en esa diligencia, así como oficiar al Comandante de la Policía Nacional acantonada en ese lugar para que designe a uno de sus miembros para que colabore en el secuestro ordenado. Los funcionarios que se designen e intervengan en el secuestro deberán cerciorarse bajo su responsabilidad de que los bienes a secuestrarse, sean de propiedad de la demandada"*.

14. Que el Juez hace alusión a la nave ALAMEDA STAR, pero el 14 de Mayo del 2011 el señor Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil, aclaró el auto inicial en el sentido de que el buque donde se encuentra la mercadería cuyo secuestro se había ordenado se llama ALMEDA STAR y dispuso se notifique de tal particular al Juez deprecado y que además se oficie al Capitán del Puerto de Puerto Bolívar para que "impida el zarpe del buque ALMEDA STAR" hasta que se cumpla y se retire completamente todas las cajas de banano.

15. Indica que Cartorama C.A. conocía bien de las transacciones comerciales que tenían Sertecban y Rastoder. Y que la forma de comercialización de banano entre Rastoder y Sertecban era bajo la modalidad FOB, modalidad que implica que el comprador asume la propiedad y el riesgo de la carga una vez que ya se han embarcado las mercancías; que de conformidad con el artículo 700 numeral cuatro del Código Civil, cuando una parte se encarga de poner la cosa a disposición de otra, en el lugar convenido, opera la tradición de las cosas corporales muebles y en consecuencia se transfiere el dominio de las cosas corporales muebles, de conformidad con el artículo 686 ibídem.

16. Que Cartorama C.A conocía muy bien que una vez que SERTECBAN entregó la mercadería a la nave MV ALMEDA STAR, e inclusive antes, una vez que el banano se le puso las marcas de propiedad de Rastoder, esta mercadería ya no era propiedad de dicha SERTECBAN sino de RASTODER. Que pese aquello, la demandada a través de su representante legal, solicitó, gestionó, apuró e insistió tercamente y con malicia en el ilegal secuestro de las mercancías que se encontraban dentro del MV ALMEDA STAR y que eran de propiedad de RASTODER. Sabiendo Cartorama C.A, que en del mundo de los negocios del banano, el hecho de retener una nave cargada de banano en

un puerto significaba una medida negligente que ocasionaría que dicha fruta se dañe, al podrirse, como en efecto ocurrió.

17. Que el 16 de mayo del 2011, el Capitán del buque MV ALMEDA STAR dirigiéndose al juez del juicio ejecutivo, señaló: "...en las bodegas del "ALMEDA STAR" que se encuentra acoderado en uno de los muelles de la Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, no existe ningún tipo de mercadería de propiedad de la Compañía SERTERBAN S.A.; por cuanto el banano que se encuentra en las bodegas del buque es de nuestro cliente y propietario de las cajas de banano de la marca "DERBY" la empresa "RASTODER D. O. O. ", de la República de Eslovenia, tal como consta de la declaración Aduanera Única A cuya copia legalizada estoy adjuntando". "La Legislación Ecuatoriana es muy clara y expresa con lo relacionado a las naves en el Código de Comercio y el Código de Policía Marítima a tal punto que los artículos 734 y 735, del antes referido Código de Comercio, indica expresamente cuales son las causales por las que las embarcaciones se les prohíba el zarpe por embargo, peor puede ordenarse secuestro de bienes o mercancías de bienes que son de terceras personas; sin considerarse que se está violentando el Derecho Internacional de su parte. "...por cuando la embarcación a mi mando no puede estar retenida ilegalmente con productos que son de terceras personas a más de ser perecibles, y que al abrirse las bodegas que están por debajo de los 40 centígrados, se dañaría la fruta (banano), por lo que solicito a Usted de la forma más comedida, se digne ordenar al señor Capitán del Puerto de Puerto Bolívar confiera el zarpe del buque MV ALMEDA STAR..."

18. Que el mismo día 16 de mayo del 2011, el señor Jorge Valverde Huiracocha, por los derechos de SERTECBAN, compareció indicando: "usted ha dispuesto... el secuestro de "cajas de banano" embarcadas en los buques que se mencionan en la providencia como si tales cajas (que no se sabe cuántas ni cuales son) fuesen de propiedad de Sertecban S.A. Siendo las 16h10 horas el Alguacil y el Depositario efectuaron y secuestraron «virtualmente" la mercadería, pues no pudieron hacer la aprehensión material debido a que el producto se encontraba ya embarcado en el buque "Alameda Star". Como resulta que el buque no se llamaba "Alameda Star" sino Almeda Star, al días siguiente, sábado 14 de mayo de 2011, a las 09h18 Usted corrige la providencia. "Por otra parte, señor Juez, desde el momento en que las cajas de banano se embarcaron en el "Almeda Star" y se emitió el respectivo conocimiento de embarque, dejaron de pertenecer a SERTECBAN, pasando la propiedad al importador extranjero comprador de la fruta. La mercadería, por consiguiente, no es de propiedad de Sertecban." "La entrega de la mercadería en el contrato de compraventa mercantil es solamente el cumplimiento de una obligación derivada el contrato.... El artículo 189 del Código de Comercio, que trata sobre la compraventa mercantil, establece que "Perfeccionado el contrato, el vendedor debe entregar las cosas vendidas en el plazo y lugar convenidos". De su lado, el art 194 del Código Comercio establece que la cosa vendida puede ser entregada en distintas modalidades: "1. Por el envío que de ella haga el vendedor al comprador, a su domicilio o a otro lugar convenido en el contrato... 3. Por el hecho de poner su marca el comprador, con el consentimiento del vendedor, a las cosas compradas.... ". "Por otra parte, esta compraventa se celebró bajo la modalidad F. O. B. Es decir que el lugar de la entrega convenido fue en el puerto, lo que en efecto se cumplió. De manera, señor Juez, que el contrato de compraventa entre Sertecban y el importador extranjero ya se había perfeccionado y se ejecutó en el momento en que la mercadería fue entregada en el puerto y cargada en el buque. SERTECBAN, por tanto, no es la propietaria de las cajas de banano cuyo secuestro ha sido ordenado por Usted."

19. Añade la demandante, que la negligencia y la malicia de Cartorama C.A se evidencia nuevamente en insistir en el secuestro de mercancía ajena e impedir el zarpe de la nave, pues el 16 de Mayo del 2011, el Juez Provisional Segundo de lo Civil de Guayaquil Pablo Pazmiño, corrió traslado a la parte actora (CARTORAMA) con lo expresado por el demandado, por el término de 48 horas.

20. Que el mismo 16 de Mayo del 2011 Armando Elizalde Ycaza, Director Regional de Espacios Acuáticos de El Oro y Capitán de Puerto de Puerto Bolívar se dirige al Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil (fojas 97 del juicio Cartorama vs Sertecban) y le solicita que se señale un tiempo prudencial para que el depositario judicial proceda al retiro de las cajas de banano del buque ALMEDA STAR… y sobre cuyo zarpe existen varias peticiones efectuadas en esa Capitanía como son la del señor Capitán del Buque, de los señores representantes de la Agencia Naviera y de quien dice ser propietario de la fruta RASTODER D.O.O., adjuntando copias, y advirtiendo: "considerando que al permanecer en puerto habría afectaciones

económicas a terceros que nada tiene que ver con esta situación en particular".-

21. Que el día 18 de mayo del 2011 el señor Jorge Valverde Huiracocha en escrito dirigido al Juez Segundo de lo Civil, expresa: "El secuestro, señor Juez, nunca se llevó a cabo. Fue un secuestro fallido, virtual, imposible de ejecutar porque las cajas de banano ya no eran de Sertecban sino del importador que había dispuesto se guarden en las bodegas del buque selladas y refrigeradas". "El acta de secuestro es una acta falsa. Los testigos que sirvieron de base para la información sumaria son testigos falsos... Revoque Usted, señor Juez, este secuestro imposible de practicar que lo han hecho ordenar induciendo a engaño a la justicia."

22. Que a pesar de todas estas advertencias, el entonces Gerente General de Cartorama C.A compareció el 18 de mayo 2011, ante el Juez, rechazando los escritos presentados, en el caso del capitán de la nave ALMEDA STAR, arguyendo que no es parte procesal, y respecto al representante de SERTECBAN arguyendo e insistiendo que la mercancía es de propiedad de la demandada SERTECBAN, a pesar de que claramente reconocía que la mercancía estaba ya embarcada en la nave ALMEDA STAR.

23. La empresa RASTODER se encontraba en consecuencia como víctima de una situación ajena a su control debido a la negligencia y malicia de los representantes de Cartorama C.A.

24. Que Cartorama C.A ejecutó un "secuestro virtual", un "secuestro en papeles", sin verificación, sin cuantificación de cajas de banano, sin la traba real del bien, respecto a cajas de banano que habían sido vendidas y entregadas a RASTODER tanto por la demandada Sertecban como por Obsa Oro Banana S.A.

25. Que el viernes 20 de mayo del 2011, el Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil rechazó la revocatoria de la orden de secuestro. A esta fecha, ya eran 7 días que Cartorama C.A había obtenido medidas cautelares respecto de mercancía de propiedad de RASTODER.

26. Que con fecha martes 24 de mayo del 2011, SERTECBAN realizó la consignación de USD$587,116.86 con el objeto de obtener la liberación de la mercancía ilegalmente secuestrada de propiedad de RASTODER. Disponiendo el 25 de mayo del 2011, el Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil, el levantamiento de la medida cautelar. Estando durante 13 días retenida la fruta de propiedad de RASTODER en Puerto Bolívar, por acciones directas de Cartorama C.A, por el artificio de una información sumaria de testigos, por un pedido de secuestro de bienes que sabía que no eran de propiedad del demandado SERTECBAN, que sabía que eran de RASTODER, por un secuestro en papeles que no llegó a consumarse, obteniendo órdenes para impedir el zarpe de la nave MV ALMEDA STAR, y a pesar de las advertencias y evidencias, mantener maliciosamente la posición de que continúen las medidas cautelares y la prohibición de zarpe del barco.

27. Que Cartorama C.A reconoció el "secuestro de papel", pues en alegato presentado el 14 de diciembre del 2011, reveló *"...La medida cautelar solicitada y ordenada por Ud. Señor Juez, se practicó a medias..." Fojas 407. "... he dicho a medias Señor Juez, porque efectivamente, el Depositario Judicial designado, hizo el secuestro, pero solamente en papel, ya que físicamente nunca las cajas de banano fueron sacadas del mencionado Buque y trasladadas a alguna Bodega que dicho funcionario debía tener para estos casos." "Mediante providencia del 14 de Mayo del 2.011, a las 9h18, a petición del accionante, se aclaró el auto inicial, en el sentido de que el Buque donde se encontraban las cajas de banano a secuestrarse, de propiedad de la demandada, se llama ALMEDA STAR y no como se había hecho constar..." "así, señor Juez, con innumerables escritos presentados por personas que no son incluso parte procesales, SE IMPIDIÓ QUE SE CUMPLA CON LA ORDEN DE SECUESTRO POR UD. ORDENADA, y de una manera ilegal, el Buque Almeda Star, zarpó de Puerto Bolívar, llevándose las cajas de banano de propiedad de la demandada, BURLANDOSE SEÑOR JUEZ DE SU ORDEN JUDICIAL Y DE TODAS LAS LEYES ECUATORIANAS, es decir se me ha perjudicado con argucias y leguleyadas."*.

28. En alegato de Sertecban, de 16 de diciembre del 2011, expresó categóricamente que *"el Alguacil llevo a cabo un secuestro virtual"*, con lo cual se confirma lo expresado por la misma parte actora en este juicio. Sin embargo, la nave fue igualmente impedida en forma ilegal de zarpar por orden del Juez temporal de acuerdo a los pedidos maliciosos de Cartorama C.A.

29. Que finalmente, con fecha 16 de marzo del 2012, el Juez Segundo de lo Civil Ab. Carlos Alvarado, dicta sentencia en el juicio ejecutivo aceptando la excepción de inexistencia del título ejecutivo presentada por la parte demandada y declara sin lugar la demanda. Se revoca definitivamente la medida cautelar de secuestro dictada en este proceso.

30. Que en el considerando SÉPTIMO de la sentencia, incluye lo siguiente: "Análisis aparte merece la diligencia cautelar de secuestro ordenada por el Juez Segundo de lo civil, pues llama la atención que el señor Juez Segundo de lo Civil haya dictado una medida cautelar en base a una información sumaria en la cual no coinciden las fechas en que declaran los testigos con las fechas en las cuales el Notario da fe de que se presentaron ante él."

31. Que en virtud de la apelación de Cartorama C.A, el proceso pasó a la Primera Sala de lo Civil, y sus jueces actuantes el 4 diciembre 2013, resolvieron rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia subida en grado. La sentencia anterior pasó por autoridad de cosa juzgada. Sin embargo a la parte actora se le concedió recurso de hecho una vez que le fuera negada la casación.

32. Que en definitiva, las resoluciones judiciales antedichas confirman que Cartorama C.A carecía de derecho para demandar en la vía ejecutiva a su supuesto deudor y además por consecuencia confirman que no tenía derecho a solicitar la medida de secuestro.

33. Que en cuanto a la mercancía de RASTODER, una vez que la nave fue permitida a zarpar (después de haber estado cargada con fruta por algo más de 13 días) se dirigió inmediatamente a su ruta prevista a fin de entregar la fruta: en primer lugar cruzó el Atlántico para llegar hasta el Puerto de Bar en Montenegro, logrando entregar fruta parcialmente.

34. Debido a las noticias negativas de la retención de la nave en Ecuador fue muy difícil encontrar compradores para la fruta por lo que de allí la nave a pedido de RASTODER se dirigió al Puerto de Tartous en Syria arribando el 23 de junio del 2011. Las novedades fueron las siguientes: Puerto de Bar en Montenegro: Inmediatamente de su llegada a Montenegro, 39.417 cajas con banano fueron descargadas. La descarga se realizó los días 15 y 16 de junio del 2011, los inspectores de la carga pudieron en este proceso de descarga y tránsito verificar la situación de la carga. En resumen se verificó que la fruta se encontraba todavía en buen estado, en general el banano aún no estaba maduro, pero si estaba sensitivo. Sin embargo también se encontraron algunos racimos con podredumbre en la corona, algunas cajas con frutas maduras, evidencias de moho y putrefacción. Era evidente ya habían pasado algunos días y la fruta había pasado el normal proceso biológico que lleva finalmente a la maduración y putrefacción. En todo caso no hubo más novedades por la carga descargada en Montenegro.

35. Que al puerto de Tartous-Syria, la nave arribó a este Puerto el 23 de junio del 2011 e inmediatamente comenzó a descargar las cajas de banano. En esta descarga se pudo verificar que: 137.552 cajas con banano se encontraban con avanzada condición interna de maduración, con lo cual se verifica que su vida útil estaba de su comerciabilidad óptima. 85.500 cajas con banano estaban maduras, suaves, verdes. 12.381 cajas con banano podrido era imposible comercializarlas. En virtud de lo anterior, el banano amarillo y suave había perdido su valor de mercado, con una alta depreciación debido a la finalización de su vida útil. Esto ocasionó severas demoras a la nave, primero debido a que fue necesario discutir ampliamente sobre el precio a establecerse a la carga, que finalmente quedó en un precio abierto, además debido a que, por regulaciones de Siria no se pudo desechar la carga dañada en ese País. Debido a esto la Nave tuvo que dejar el Puerto de Tartous el 3 de julio del 2011.

36. Debido a que aún la nave tenía que disponer de 12.382 cajas de banano podrido o casi podrido que había sido rechazado y ya no tenía ningún valor en el mercado, se resolvió que la carga sea descargada en el puerto de Algeciras en España. Al efecto, el buque llegó el 11 de julio del 2011 a dicho puerto y la descarga comenzó al día siguiente. Al 13 de julio del 2011 el proceso de descarga de la carga dañada ya se habla completado. Para el proceso de descarga se tuvo que contratar camiones.

37. Que en consecuencia, las 235.433 cajas de banano entregadas en Tartous tenían un SMV (valor de mercado en estado sano) de USD 3.743.384,70 (tres millones setecientos cuarenta y tres mil trescientos ochenta y cuatro dólares, con setenta centavos), y este era el valor asegurado conforme consta en el reporte adendum de DPS. Las indicadas cajas, en estado no óptimo, fueron vendidas a precio abierto en Tartous, generando un ingreso después de gastos de USD 216.860.00 dólares, con lo cual la pérdida (perjuicio) y el reclamo de seguro fue por un total de US$3'526.524.70 (tres millones quinientos veintiséis mil quinientos veinticuatro dólares 70/100).

38. Que las compañías indicadas al inicio de esta demanda, eran las compañías aseguradoras de la carga que en su conjunto (cada una participando con un porcentaje específico) mantenían con RASTODER un contrato de seguros a fin de asegurar la carga contra siniestros como el ocurrido

en este caso. El porcentaje de participación de cada una en este contrato de seguros era el siguiente: Allianz Global Corporate & Specialty AG 33% AXA Versicherung Aktiengesellschaft. 30% Basler Securitas Versicherungs Aktiengesellschaft 5% Gothaer Aligemeine Versicherung AG Hamburg .5% Condor Aligemeine Versicherungs AG 4% Kravag Logistic Versicherung AG 7% Schwarzmeer und Ostsee Versicherungs Aktiengesellschaft SOVAG. 2% ERGO Versicherung AG 9% MG EUROPE Ltd (antes Chartis Europe S.A.) 5%.- Total..., 100%.

39. Que una vez ocurrido y reportado el siniestro, las compañías de seguros indicadas analizaron el incidente, así como los informes de inspección realizado por los ajustadores DPS DP Survey Group N.V. En virtud de esto, se aceptó el reclamo y se acordó con RASTODER que el valor a indemnizar era de USD 3.000.000 (tres millones de dólares). Constando que las ahora demandantes, cumplieron con el pago de tres millones de dólares a RASTODER, acordándose además que RASTODER cedía los derechos de este reclamo a favor de las aseguradoras, esto es, subrogándose, conforme su participación ya indicada.

40. Acordándose también, que las actoras ejerzan acción subrogatoria contra Cartorama C.A, que según la legislación sobre el Contrato de Seguros, contenida en el Decreto Supremo 1147, de 29 de noviembre de 1963, expresa en su artículo 38 que *"el asegurador que haya pagado una indemnización de seguro se subroga, por Ministerio de la Ley, hasta el monto de la indemnización, en los derechos del asegurado. A petición del asegurador, el asegurado debe hacer todo lo que esté a su alcance para garantizarse la viabilidad de la acción subrogatoria"*.

41. En razón de lo anterior, precisan las demandantes que la causa próxima de los daños son las acciones y omisiones de CARTORAMA C.A., que se traducen en: 1) la acción ilegal e ilegítima de secuestro preventivo solicitada, gestionada y obtenida por CARTORAMA C.A; 2) la solicitud ilegal e ilegítima gestionada y obtenida por CARTORAMA C.A. de que se impida el zarpe a la nave MV ALMEDA STAR; 3) la insistencia de CARTORAMA, de que se mantenga el secuestro y el impedimento de zarpe, cuando el Juez de la causa le corrió traslado, de los escritos que advertían que la carga era de propiedad de terceros; y, por 4) Haber obtenido el secuestro e impedimento de zarpe bajo el hecho claro que CARTORAMA conocía que RASTODER era la propietaria de la carga una vez que estaba embarcada y por el hecho de llevar las marcas de propiedad de RASTODER y las marca autorizada de RASTODER. Lo que ocasionó que la nave y el cargamento de fruta estén retenidos por un lapso de 13 días en Puerto Bolívar, Ecuador, ocasionando que la fruta avance en su proceso de maduración, perdiendo tiempo valioso para que la fruta llegue en excelentes condiciones al mercado internacional, perdiendo su valor de mercado y en consecuencia generando pérdidas cuantiosas a RASTODER.

42. Con fundamento en los artículos 2229, 2214, 2217 del Código Civil, demandan a la Compañía CARTORAMA C.A., en vía ordinaria; a fin de que se le condene: i.- El pago a de un total de USD $3´000.000.00 (Tres Millones de Dólares de los Estados Unidos de América con 00/100), dividido entre las demandantes, debidamente representadas, conforme su participación ya mencionada en la acción subrogatoria; ii.- El pago de los intereses - la más alta tasa legal - desde la fecha que sus representadas hicieron el pago del seguro y se subrogaron en los derechos mencionados. Los intereses deben ser calculados hasta la fecha del pago total del principal demandado; iii.- Las costas procesales y los honorarios profesionales.

1.2. La Contestación.-

43. A foja 710 comparece Cartorama S.A., manifestando, que la vía por la que debía demandarse los presuntos daños y perjuicios, es la Verbal Sumaria, y no la Ordinaria como se ha planteado y aceptado por la Unidad Judicial Civil, solicitando en ese sentido la nulidad del proceso.

44. Que en el juicio Ejecutivo No. 09332 /2011/0403 entre Cartorama C.A. y Sertecban referido por el accionante en este expediente, no ha causado estado, estando –en aquel momento– pendiente de resolver un recurso de hecho planteado ante la Corte Nacional de Justicia del Ecuador y de ser adverso el mismo a sus intereses, estaría aún pendiente de formularse acción extraordinaria de protección para que sus derechos sean reconocidos, pues los documentos aparejados al mismo si reúnen requisitos de títulos ejecutivos y dentro de esa vía es posible la aplicación de medidas cautelares, razón por lo que mal puede afirmarse daños y perjuicios a las demandantes.

45. Que resulta demasiado coincidente, que el juicio ejecutivo, en su tramitación ante la Corte Provincial del Guayas, se haya visto afectada por la intervención de un juzgador que integra precisamente el mismo bufete jurídico de la parte accionante en esta causa, lo que dio lugar inclusive a una queja y a una acción de recusación, que

no fue posible contra el funcionario del Consejo de la Judicatura del Guayas, hermano también del Juez comentado e integrante igualmente del bufete, lo que ha hecho que no exista la imparcialidad absoluta en el desarrollo del juicio ejecutivo en mención.

46. Que el ejercicio de la acción ejecutiva, por los valores adeudados por SERTECBAN a través del Juicio Ejecutivo y solicitar medidas cautelares que el procedimiento prevé, no implica causarle daños y perjuicios a la empresa Sertecban, ni Rastroder, como se pretende.

47. Pudiendo pedirse dentro del proceso, al amparo legal, lo que consideren ajustado al derecho y es responsabilidad de los jueces, operadores de justicia, funcionarios, como alguaciles, policías, depositarios, considerarlos o no. Por lo que no se trata de causas daños y perjuicios sino del ejercicio del derecho a la defensa.

48. Deduce como excepciones.-1. Insuficiencia del Poder Especial y Procurador Judicial o documentación de Apoderado, con el que el accionante comparece a deducir la acción comentada; 2. Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador en razón de la materia, puesto que la vía a seguirse es La verbal sumaria y no ordinaria; 3. Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador para conocer de la acción planteada en contra de mí representada, razón del territorio; 4. Improcedencia en derecho de la acción propuesta en contra de representada; 5. Falta de causa legal para demandar; 6. Falta de derecho del actor para demandar; 7. Falta de legítimo contradictor pasivo; 8. Ilegitimidad de personería; y, 9. Falta de derecho de las Compañías que han concedido Poder al actor, para demandar.

49. Señala que por cuanto se le ha obligado a comparecer a juicios, debiendo contratar abogados, a defenderse por las afirmaciones de negligente, malicia , medidas arbitrarias; causándoles daño, al ser una empresa seria en sus obligaciones, reconviene al abogado Hugo Cisneros Navarro, por los derechos y en la calidad en que comparece como Apoderado de Las Compañías ALLIANZ GLOBAL CORPORATE & SPECIALTY AG.AXA VERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT, BASLER SECURITAS VERSICHERUNGS-AKTIENGESELLSCHANT, GOTHAER ALLGEMEINE VERSICHERUNG AG HAMBURG, CONDOR ALLGEMEINE VERSICHERUNGS AG KRAVAG LOGISTIC VERSICHERUNG-AG, SCHAWARZMEER UND OSTSEE VERSICHERUNGS- AKTIENGESELLSCHAF SOVAG, ERGO VERSICHERUNG AG AIG EUROPE LTD.

50. Refiere que en la demanda se ha proferido una serie de calificativos y aseveraciones como las de negligente, de acosarle permanentemente, de inducir al juez que conoce el Juicio Ejecutivo No. 09332-2011-0403 a cometer una serie de irregularidades, de haber fraguado el secuestro de banano de exportación, de haber retenido el zarpe de un barco transportaba ese banano, de pedir medidas arbitrarias, de inspirar, motivar y actuar con malicia, etc, aseveraciones que conlleva un daño a la demandada.

51. En ese sentido, exige que se pague a favor de CARTORAMA C.A la cantidad de US$ 6.500.000 dólares de los Estados Unidos, más el pago de las costas procesales, con inclusión de los honorarios de mis defensores y los intereses de ley.

52. Hugo Cisneros Navarro, por los derechos que representa de la parte actora expresa: *"En relación a la reconvención planteada por la parte demandada CARTORAMA C.A., me permito responderla en los términos siguientes: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la reconvención planteada por CARTORAMA C.A. 2.- Las evidencias que revelan la conducta de la parte demandada en relación a los hechos manifestados en la demanda planteada constan ya en el expediente. Por ejemplo: para obtener el secuestro de bienes Cartorama utilizó una información sumaria de testigos que no concuerda en las fechas. A pesar de las advertencias de Sertecban, del Capitán de la Nave Almeda Star y del Director Regional de los Espacios Acuáticos de El Oro y Capitán de Puerto de Puerto Bolívar, en el sentido de que dicha mercancía no era de propiedad de Sertecban y que se estaría afectando a terceros, sabiendo que era un "secuestro a medias" , un secuestro "en papel" Cartorama insistió en el secuestro y en la retención de la nave. Estos son solo algunos ejemplos. 3.- La reconvención planteada por Cartorama C.A. resulta tan ininteligible y genérica que no es posible poder entender que es lo que están reclamando y cuál es el fundamento jurídico por el cual reclaman. Por lo anterior, la reconvención planteada por Cartorama C.A. en contra de mis representadas debe ser rechazada en sentencia y a la vez obligada a pagar las costas y los honorarios de la defensa de mis representadas".-*

1.3. Actos de sustanciación y decisión de instancia.–

53. El Juez de la Unidad Judicial de lo Civil con sede en el cantón Guayas, con sede en el cantón Guayaquil, Abogado Víctor Hugo Medina Zamora, de fecha 28 de febrero de 2018, las 11h23, de-

cide aceptar la demanda, ordenando que la parte demandada pague a la actora la cantidad de tres millones de dólares.

54. El ingeniero Germán Gonzalez Londoño, en su calidad de Representante legal de la Compañía CARTORAMA C.A., interpone recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, resuelto el 26 de agosto de 2019, las 11h28, negando el recurso de apelación de la parte demandada, confirmando el fallo de primer nivel.

55. De la sentencia de apelaciónla parte demandada, MIGUEL ANGEL ALVEAR CÁRDENAS, en calidad de Gerente General y Representante Legal de la Empresa CARTORAMA C.A., interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de fecha de fecha 26 de agosto de 2019, las 11h28, confirmatoria del fallo de primera instancia que acepta la pretensión del actor, declara con lugar la demanda presentada en contra de su representada; por el Abogado Hugo Cisneros Navarro, en calidad de apoderado de ALIANZ GLOBAL AG. AXA VERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT, BASLER SECURITAS VERSICHERUNG-AKIENGESELLSCHAFT, GOTHAER ALLGEMEINE VERSICHERUNG AG HAMBURG, CONDOR ALLGEMEINE VERSICHERUNGS AG KRAVAG LOGISTIC VERSICHERUNG AG, SCHWARZMEER UND OSTSEE VERSICHERUNG, AKTIENGESELLSCHAFT SOVAG ERGO VERSICHERUNG AG, AIG EUROPE LTD, empresas que afirman, comparecen en condición de subrogantes de los derechos y acciones de la compañía RASTODER D.O.O, bajo el señalamiento de que AIG EUROPE LTD, es el resultado de la fusión entre las empresas Chartis Europe Ltd. y Chartis Europe S.A. CORPORATE & SPECIALTY.

56. Recurso de casación admitido a trámite por la señora Conjueza Nacional, Rita Bravo Quijano, el 14 de junio de 2021, las 13h13.

57. Mediante sorteo de fecha 8 de septiembre de 2021, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores Jueces Nacionales, doctores Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.

58. Por ausencia definitiva del doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo, interviene en la presente causa en calidad de ponente, el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal N°. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso.

II. COMPETENCIA

59. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

60. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

61. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución número 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

62. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza y Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del "COGEP" y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

63. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales de la Ley de Casación, norma aplicable a la época de la tramitación de la causa. En contra de la validez de las actuaciones en sede casacional, las partes no han presentado objeción; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

64. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N.° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República, establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

65. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

66. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

67. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que, mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades[1].

68. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

69. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho[2]; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes[3].

70. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable en casación.

[1] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9
[2] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102
[3] Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.

c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

71. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución[4]; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

72. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.

2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.

3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.

4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.

5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)[5].

73. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 2, 6 y 7 de la Ley de Casación, determinan los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Artículo 2.- PROCEDENCIA.- El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.

Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.

Artículo 6.- REQUISITOS FORMALES.- En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;

3. La determinación de las causales en que se funda; y,

4. Los fundamentos en que se apoya el recurso.

Artículo 7.- CALIFICACION.- Interpuesto el recurso, el órgano judicial respectivo, dentro del término de tres días, examinará si concurren las siguientes circunstancias:

1ra.- Si la sentencia o auto objeto del recurso es de aquellos contra los cuales procede de acuerdo con el artículo 2;

---

[4] *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o ***judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.***

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. ***Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento"****.* (Énfasis añadido).

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

2da.- Si se ha interpuesto en tiempo; y,
3ra.- Si el escrito mediante el cual se lo deduce reúne los requisitos señalados en el artículo anterior.
El órgano judicial respectivo, con exposición detallada de los fundamentos o motivos de la decisión, admitirá o denegará el recurso.

74. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

75. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, recordando que, por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila. La Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

(…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.
Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.[6]

76. Por lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

77. Conforme el auto de admisión y el escrito contentivo del recurso de casación, la parte recurrente fundamenta su acusación en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, bajo los siguientes argumentos:

77.1. Con fundamento en la causal primera, denuncia la falta de aplicación del artículo 1627 del Código Civil, señalando que la cesión de derechos, jamás se realizó en la carta de pago, tal como ordena dicha disposición legal.
77.2. Así mismo, denuncia la falta de aplicación del artículo 167 numerales 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil, aduciendo que los poderes y acuerdos entre las compañías aseguradoras demandantes y la empresa afectada, contienen vicios que los tornan diminutos y falsos.
77.3. Que en instancia si se habría tomado en cuenta la alegación de la demandada de insuficiencia de poder e ilegitimidad de personería respecto de los documentos denominados "POWER OF ATTORNEY" y "AGREEMENT", correspondientes a la compañía Allianz Global Corporate & Specialty AG, cuando al otorgamiento del Poder, y a la suscripción del Acuerdo de Subrogación, los señores Dr. Kai Holger Drews y Volker Dierks comparecen en su "capacidad como representantes legales, y con suficiente facultad de éste acto de la compañía domiciliada en Munich - Alemania". Sin embargo, acuden ante un Notario en la ciudad alemana de Hamburgo, para presentar un documento elaborado y suscrito en idioma INGLÉS, más no en el idioma oficial de la Bundes Republik Deutschland (República Federal de Alemania) que es el alemán.
77.4. Únicamente obra en idioma alemán, la Apostilla de foja 3, traducida al idioma español en foja 8, sin el poder ni el acuerdo en Alemán, lo cual evidencia la transgresión de normas expresas que adecuan el presente juicio a lo ordenado por el artículo 346 numeral

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

3. del Código de Procedimiento Civil, por no estar demostrada conforme a derecho la Representación Legal de una persona jurídica ni la delegación de las facultades inherentes a tal representación, que acarrean también la nulidad del Acuerdo celebrado entre RASTODER D.O.O. y Allianz Global Corporate & Specialty Ag., aplicando nuestra legislación.

77.5. Que el denominado "AGREEMENT" consta a fojas 387, 388 y 389, elaborado en idioma inglés, suscrito en Hamburgo Alemania por 2 ciudadanos alemanes y por un ciudadano Esloveno, con una Apostilla y otro documento en idioma desconocido, que podría ser Esloveno, de fojas 390 y 391, continuando con una Apostilla en idioma alemán de fojas 393, y nuevamente con documentos elaborados en idioma desconocido a fojas 394, 395, 396, llegando a una traducción desde el idioma inglés al idioma español, pese a ser un documento que debería constar en el presente juicio en idioma alemán y traducido en legal y debida forma a nuestro idioma, de forma directa.

77.6. No existe norma legal que procesalmente de validez a traducciones en 3 idiomas, cuando perfectamente se puede y se debe traducir los poderes y acuerdos directamente del alemán al español. Asimismo, documentos en idioma extraño al español los vuelven ininteligibles al juzgador y a las partes. Pero el Juez de primera instancia y la Sala de la Corte Provincial no dieron razón alguna por la que los documentos que obran a fojas 394, 395, 396 no tienen traducción al español pero se los considera por el Juzgador como instrumentos válidos para el presente juicio.

Denuncia que ha dado validez a un documento cuya traducción no es fidedigna, como consta a fojas 399, donde el Acuerdo ya traducido al idioma español no es fidedigno con el Agreement que consta de fojas 387; digo que no es fidedigno, porque la traductora yerra al señalar que "represented by its general managers" significa en español "representado por su gerente general". Le está dando al señor Volker Dierks la exclusiva calidad de "gerente general", y deja al Dr. Kai Holger Drews como otro "representante" o persona autorizada sin determinación alguna de funciones. Todo lo contrario a lo señalado por el Notario en la traducción de foja 405, donde señala a los señores Dierks y Drews como "signatarios conjuntamente autorizados de la sociedad anónima"; el Notario jamás indica que uno ú otro sea el "gerente general" de la empresa aseguradora, como ha traducido la intérprete Escalante Auza Inés. Así mismo, en la foja 394 se evidencia que dicho documento en idioma desconocido posee una leyenda "ob uri 08:58". Luego a fojas 397 consta: "at 09:01", para luego determinar por parte de la intérprete "a las 09:01" en la foja 406. Son 3 documentos distintos, con horas distintas, con traducciones distintas.

77.7. Añade que se no ha especificado motivadamente porqué el Poder y el Acuerdo son otorgados por ciudadanos alemanes, en Alemania, pero los documentos originales en idioma alemán no constan del proceso, como tampoco sus traducciones al idioma inglés, no obstante que los mismos debieron ser traducidos directamente del alemán al español.

77.8. Respecto de los documentos denominados "POWER OF ATTORNEY" Y "AGREEMENT", correspondientes a la compañía Basler Securitas Versicherungs-Aktiengesellchaft, señala que al igual que en el caso de las compañías anteriores, se le ha otorgado validez pese a ser incompletos e ilegítimos. Que llama la atención que las representaciones legales de las compañías demandantes se ejerzan por delegados, gerentes, procuradores, directores, etc. pero en éste caso, el poder lo otorgan un "Jefe del Departamento de Reclamos Marítimos" y el "Jefe del Departamento de Reclamaciones de Responsabilidad", cargos que a toda luz evidencian falta de capacidad para representar a una aseguradora, salvo que al juzgador se le presente la prueba fidedigna traducida del idioma alemán directamente al idioma español. Hago hincapié en lo aquí señalado, porque de fojas 306 consta un documento en idioma inglés (nunca en alemán) traducido luego al idioma español en fojas 318 y siguientes, del cual claramente consta que la compañía es representada en el Acuerdo celebrado con "RASTODER D.O.O." por personas distintas a los jefes de reclamaciones que otorgan el "POWER OF ATTORNEY", a saber: comparecen por Basler Securitas Versicherungs- Aktiengesellchaft sus directores administrativos Dr. Frank Grund y Clemenz Fuchs. Las ilegalidades continúan, y hasta levantan sospechas de fraude en los documentos, cuando el poder se firma por los jefes de reclamaciones en una dirección que se alcanza a leer Basler 4, con número 61352, pero el acuerdo se firma

por los directores administrativos en Basler 4, con número 61345.
77.9. Y es que resulta inaceptable señores Jueces, que consten traducidos los documentos desde el idioma inglés al español, pero en ciertos pasajes de la pésima traducción consten palabras todavía en alemán.
77.10. Enfatiza en que las autoridades del Reino Unido han apostillado los documentos, haciendo énfasis en algo fundamental para los documentos otorgados en países extranjeros: "EL FUNCIONARIO CONDUCE LA CERTIFICACIÓN SOLAMENTE, Y NO AUTENTICA CADA FIRMA EN EL DOCUMENTO ORIGINAL O LOS CONTENIDOS DE LOS DOCUMENTOS ORIGINALES DE NINGUNA MANERA".
77.11. Añade que en la sentencia impugnada, no se han señalado las razones por las que se obliga a la demandada a indemnizar a las aseguradoras, por negligencia a malicia.
77.12. Que el juicio Ejecutivo No. 09111-2012-0395, como todo proceso judicial, inició por demanda y le siguió la calificación de la misma, junto con mandamiento de pago y la medida cautelar.
77.13. Que el demandado (SERTECBAN) propuso las excepciones de las que se creyó asistido y días después realizó la consignación respectiva para hacer cesar las medidas cautelares dictadas oportunamente, en legal y debida forma (secuestro de bienes).
77.14. Que a decir de RASTODER D.O.O., las escrituras públicas que se acompañaron a los Pagarés como habilitantes para la petición del secuestro de bienes, son nulas e ineficaces; empero, SERTECBAN S.A. NO lo propuso como excepción dentro del juicio ejecutivo, ni tampoco ha realizado acción legal alguna para que otro juez civil las declare inválidas o falsas.
77.15. Que dentro del juicio ejecutivo y también dentro del presente proceso no existe prueba alguna solicitada, ordenada, practicada e incorporada al proceso que abone para determinar validez de las escrituras públicas objetadas por SERTECBAN S.A., y por tanto NO existe declaración de los Jueces respecto a la mala fe procesal, malicia, temeridad, etc. Es decir, que NO encontraron ni declararon infracción alguna de CARTORAMA C.A., lo cual evidencia además que NO existe ningún delito ó cuasidelito que genere obligación alguna, en los términos del Artículo 1453 del Código Civil.
77.16. Si al amparo de lo ordenado por el Artículo 283 del Código de Procedimiento Civil, la Justicia en sentencia ejecutoriada NO condenó en Costas a CARTORAMA C.A., ni el Juzgador de primera instancia ni tampoco la Sala Especializada Civil de la Corte Provincial podían declarar que se configuró un Delito o Cuasidelito por la forma en que litigó en el juicio ejecutivo No. 09111-2012-0395.
77.17. Considera que aceptar que existe el supuesto delito ó cuasidelito alegado por SERTECBAN S.A. y RASTODER D.O.O., expresamente reformaría y daría otro sentido distinto a lo ya resuelto, configurando una violación a la seguridad jurídica y al debido proceso de mi representada, la cual no fue declarada litigante maliciosa, temeraria o de mala fe.
77.18. Que en su oportunidad, procesalmente SERTECBAN S.A. nada hizo para que la justicia expresamente declare la existencia de deslealtad procesal, malicia o mala fe por parte de CARTORAMA C.A. Por tanto ahora, deviene en improcedente que otro Juez o Tribunal, en otro enjuiciamiento, declare que la parte actora del juicio ejecutivo No. 09111-2012-0395 haya realizado dentro de dicho proceso judicial: 1) Una "acción ilegal e ilegítima de secuestro preventivo"; 2) Una "acción ilegal e ilegítima" para que se impida el zarpe de la nave ALMEDA STAR; 3) La "insistencia" ilegítima de Cartorama para que se mantenga el secuestro de bienes y el impedimento de zarpe; y, 4) El "haber obtenido" el secuestro e impedimento de zarpe bajo el hecho de conocer CARTORAMA C.A. que la tal compañía extranjera RASTODER era supuestamente la "propietaria de la carga".
77.19. Que la declaración que se persigue de un delito o cuasidelito, pretende una indemnización que no se ha justificado en derecho, cuando dicha declaración procedía en la sentencia del juicio ejecutivo.
77.20. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales y los principios que ordenan aplicación y respeto a la seguridad jurídica, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, que han sido desconocidos por la Sala Civil y Mercantil de la Corte PROVINCIAL del Guayas en detrimento de CARTORAMA C.A.
77.21. Considera, que el argumento de que la obligación nace de la negligencia del CARTORAMA C.A. en el juicio ejecutivo primigenio, y que es producto de un cuasidelito, se contradice claramente con la sentencia que se amparar única y exclusivamente en el artículo

1453 del Código Civil para condenar al pago de una obligación;
77.22. Añade, que la acción intentada es la SUBROGACIÓN de los supuestos derechos que le asisten a RASTODER D.O.O. en contra de CARTORAMA C.A., pero su acción no se funda en el artículo 1624 del Código Civil.
77.23. En el caso hipotético de que lo hubiesen señalado, las aseguradoras no han cumplido con el requisito indispensable para que en el Ecuador se declare válida la subrogación, cual es el constante en el artículo 1627 del Código Civil que obliga a que "La subrogación, en este caso, está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago."
77.24. Indica que los documentos de pago no contienen los requisitos mínimos indispensables para que opere la supuesta subrogación, pues en los documentos de fojas 1018, 1026 y 1052, consta una supuesta "confirmación de pago", dirigida "A quien interese", en la cual para nada consta alguna convención, acuerdo voluntario o disposición de RASTODER D.O.O. con alguna aseguradora para que pueda operar la figura legal de subrogación, de acuerdo a la ley Ecuatoriana.
77.25. Esto sin perjuicio, dice, de la impugnación que oportunamente realizó CARTORAMA C.A. contra los poderes y acuerdos acompañados a la demanda por la parte actora.
77.26. Continuando con la impugnación, por la causal tercera del artículo 3 de la ley de Casación, denuncia la errónea interpretación de los preceptos de valoración probatoria.
77.27. Indicando con respecto al informe de la compañía DPS International Loss Adjusters & Surveyors, traducida al español, aquella determina hechos y fechas que contradicen los fundamentos de la demanda "
77.28. Señala que es artículo 2217 del Código Civil, no sirve como fundamento de la decisión, puesto que no se ha delimitado claramente si se demanda por consecuencia de un delito o por un cuasidelito.
77.29. Que en los documentos constantes a fojas 462 a 468, aparecen los instrumentos otorgados por autoridades públicas ecuatorianas: Certificados Fitosanitarios De Exportación que se dirigen a las Organizaciones de Protección Fitosanitaria de MONTENEGRO y de SYRIA en donde constan certificados los nombres de las personas naturales y jurídicas que exportaron el banano desde el Ecuador a través del MV ALMEDA STAR, así como el "Nombre y dirección declarados del destinatario".
77.30. Que en el certificado fitosanitario emitido obligatoriamente por la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro-AGROCALIDAD No. 0916494 (que obra a fojas 462) señala claramente que el exportador es SERTECBAN S.A., que el destinatario es RASTODER D.O.O. Slovenia, que el punto de entrada declarado es BAR-MONTENEGRO, que el número y descripción de los bultos es 38.493, que el tratamiento de Desinfestación y/o Desinfección se realizó el 16 de mayo del 2011 mediante inmersión en Thiabendazole.
77.31. El certificado Fitosanitario emitido obligatoriamente por la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro-AGROCALIDAD NO. 0916495 (que obra a fojas 463) señala claramente que el exportador es OBSA ORO BANANA S.A., que el destinatario es RASTODER D.O.O. Slovenia, que el punto de entrada declarado es BAR-MONTENEGRO, que el número y descripción de los bultos es 924, que el tratamiento de Desinfestación y/o Desinfección se realizó el 16 de mayo del 2011 mediante inmersión en Thiabendazole.
77.32. El certificado Fitosanitario emitido obligatoriamente por la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro-AGROCALIDAD No. 0916578 (que obra a fojas 466) señala claramente que el exportador es SERTECBAN S.A., que el destinatario es UNITED FRUITS COMPANY LIMITED, que el punto de entrada declarado es TARTOUS PORT-SYRIA, que el número y descripción de los bultos es 200.337, que el tratamiento de Desinfestación y/o Desinfección se realizó el 16 de mayo del 2011 mediante inmersión en Thiabendazole.
77.33. El certificado Fitosanitario emitido obligatoriamente por la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro-AGROCALIDAD No. 0916579 (que obra a fojas 467) señala claramente que el exportador es OSCAR EFRAIN RIPALDA VIDAL, que el destinatario es UNITED FRUITS COMPANY LIMITED, que el punto de entrada declarado es TARTOUS PORT- SYRIA, que el número y descripción de los bultos es 15.419, que el tratamiento de desinfestación y/o desinfección se realizó el 16 de mayo del 2011 mediante inmersión en Thiabendazole.
77.34. El certificado Fitosanitario emitido obligatoriamente por la Agencia Ecuatoriana de

Aseguramiento de la Calidad del Agro-AGROCALIDAD No. 0916580 (que obra a fojas 468) señala claramente que el exportador es OBSA ORO BANANA S.A., que el destinatario es UNITED FRUITS COMPANY LIMITED, que el punto de entrada declarado es TARTOUS PORT-SYRIA, que el número y descripción de los bultos es 19.677, que el tratamiento de Desinfestación y/o Desinfección se realizó el 16 de mayo del 2011 mediante inmersión en Thiabendazole.

77.35. En ese sentido fundamenta su recurso la parte recurrente, solicitando que revoquen la sentencia de instancia.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

78. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 78 ut supra, este Tribunal plantea los siguientes problemas jurídicos objeto de resolución:

78.1. ¿Infringe la sentencia impugnada los preceptos de valoración probatoria?

78.2. ¿Existe infracción del artículo 1627 que regula la subrogación por convención con el acreedor?

78.3. ¿Existe en la sentencia recurrida, vulneración del artículo 1572 que regula la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, retardo o cumplimento imperfecto de la obligación?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

79. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

> 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. (Énfasis añadido).

80. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

> (…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática[7].

81. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.° 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

> La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

[7] Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.° 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.° 193, párr. 152.

82. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*; correspondiendo entonces, emitir la sentencia debidamente motivada.

83. Previo al análisis de los cargos formulados, se aclara que según la doctrina y las resoluciones de este alto órgano de justicia, la forma de resolver los cargos, cuando se acusa al fallo por varias causales, ha de efectuarse según el orden lógico jurídico de los vicios que pudieren afectar la sentencia[8]. Iniciando por las causales contentivas de vicios in procedendo para finalizar con las relativas a infracciones in iudicando.

84. En atención a los cargos formulados por la parte recurrente, corresponde su análisis en atención a la importancia y efectos que tiene cada una de las causales invocadas en la resolución a tomarse; en este sentido, se procederá en primer término al análisis de la causal tercera de la Ley de Casación; y, a continuación con el análisis de la causal primera ibídem.

7.1. Resolución de los cargos por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

85. En casación, los vicios en la valoración probatoria, de conformidad con la ley de casación, se examinan entorno a la causal tercera, pudiendo concurrir ya por falta de aplicación, ya por indebida aplicación o errónea interpretación[9] de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba siempre que conduzcan a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho sustantivo.

86. A esta causal se la denomina de infracción indirecta del derecho sustantivo. Por cuanto el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (la primera violación) conduce a otra violación, la de las normas de derecho sustantivo (segunda violación).

87. De allí la denominación de violación indirecta, siendo que mediante la casación no se puede soslayar la convicción que sobre los medios de prueba haya alcanzado el juez de instancia, sino únicamente la aplicación e interpretación de las normas de derecho material.

88. La demostración del yerro por esta causal, exige especificar:

a) El o los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico. Son preceptos de valoración probatoria, los que le dicen al juzgador el valor específico o determinado que contiene cada medio de prueba, en virtud del cual se ha de formar su convicción.

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. Esta segunda infracción, la de las normas de derecho sustantivo, es necesaria, por cuanto una vez efectuada la valoración de los instrumentos probatorios, los juicios de hecho obtenidos por el juez, se deben adecuar los presupuestos jurídicos de las normas que regulan lo demandado, para determinar su procedencia o no.

d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación

[8] "[…] Estudiar el orden lógico implica que la Corte analiza los cargos, no en el orden de presentación como aparezcan en la demanda, sino que, por lógica, empieza por los cargos formulados por vicios in procedendo, y dentro de estos, por las causales constitutivas de la denuncia de nulidades procesales, la quinta en materia civil […] Si se proponen varias causales, el examen debe realizarse primero a las causales constitutivas de vicios in procedendo, partiendo de las causales consagratorias de nulidades procesales, y luego de hace a las causales in iudicando […]".Luis Tolosa Villabona, *Teoría y técnica de la casación*, 2ª. ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2008, pág. 312.

[9] **1.- 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

2.- Falta de aplicación: El juzgador yerra ignorando en el fallo la norma aplicable al caso controvertido. Implica error en cuanto a la existencia de la norma

3.- Errónea interpretación: 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

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.

89. En esencia, los cargos por esta causal parten de errores de hecho y terminan en errores de derecho[10]. De allí que en virtud de su verificación, excepcionalmente puede ser asumida la valoración por el Tribunal de Casación, solo si el error es protuberante y de tal trascendencia que sin él no se haya podido arribar a la decisión adoptada en la resolución impugnada, de manera que la presunción de legalidad de la sentencia decaiga por su propio peso.

90. En el caso, la parte casacionista ha consignado como infringidas de manera general, los artículos 43, 67 numeral 2; 68 numerales 1,3,5. Arts. 167, 168 y 169; 178, 179, 180, 182, 184, 282, 283 y 286, 295, 297, 346 numeral 3; 492 y 498. 502 503 y 504 del Código de Procedimiento Civil.

91. Refiriendo en la fundamentación del cargo, errónea interpretación, sin establecer si es de las normas descritas citadas o de cuáles, mucho menos se explica el nexo entre el medio de prueba descrito y algún precepto de valoración en específico.

92. Es decir, que no se ha estructurado en forma correcta, el vicio por la causal tercera; tanto más que no ninguna de las normas procesales que se enuncia como motivo de infracción se enlazan con alguna norma de derecho sustantivo, de manera que se demuestre la violación indirecta del derecho material, a causa violación previa procesal.

93. En consecuencia, al no evidenciarse violación de precepto de valoración probatoria alguno, no cabe análisis respecto a si la valoración del informe de la Compañía DPS International Loss Adjusters & Surveyors, resulta arbitraria o no. Cuyo pronunciamiento al respecto derivaría en valoración de los hechos, actividad reservada únicamente para los juzgadores de instancia.

7.2. Resolución de los cargos por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

94. La causal primera invocada atiende a vicios *in iudicando*, es decir, vulneración de normas sustantivas o precedentes jurisprudenciales obligatorios con prescindencia de los hechos probados. Para la fundamentación de esta causal ha de explicarse razonadamente, cuál es el yerro en el que ha incurrido la norma que se acusa como vulnerada, a saber: aplicación indebida, cuando el juzgador ha seleccionado una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la norma pertinente; falta de aplicación, cuando el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar la controversia; y, errónea interpretación, que se produce cuando el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, pero se aleja de su espíritu dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra prevista en la norma.

95. Su naturaleza recae sobre la pura aplicación del derecho, por violación directa, de manera que independientemente del error en la estimación de los hechos, lo que fija el yerro por esta causal, es la aplicación o interpretación de los presupuestos fácticos al hipotético normativo.

96. En fin, esta causal supone que no hay disputa en cuanto a los hechos que se tiene como probados, sino controversia en la aplicación e interpretación de las normas de derecho con respecto a los hechos; lo que se resume en la regulación del ejercicio de subsunción de la situación fáctica al supuesto normativo.

97. Entorno a esta casual, alude la parte casacionista, la falta de aplicación del artículo 1627 del Código Civil relativo a los requisitos de validez de la subrogación.

98. En esa línea, señala la demandada casacionista que la demanda se basa en el cumplimento de una obligación, con fundamento en el artículo 1453 del Código Civil, sin embargo en la sentencia impugnada se habría tomado como fundamento de la decisión el artículo 1572 ibídem, que hace referencia a los daños y perjuicios en lo que atañe al cumplimento del contrato, es decir, obligaciones con concurso real de voluntades.

99. Afirma la parte recurrente, que lo que se persigue en el caso es la declaración de haberse cometido un delito o cuasidelito, declaración que considera procedía en el juicio ejecutivo, bajo declaración de temeridad, malicia o mala fe de dicha acción.

100. No obstante de lo anterior, añade que según consta el escrito de completación de la demanda, de fojas 700 del cuaderno de primera instancia, la parte demandante aclara que la razón de la

[10] Llinas María, El error de hecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, citando a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-119 del 16 de diciembre de 2008, expediente N° 66170 3103 001 2001 00319 01. M. P; acerca de las normas sustanciadas: *"(…) un precepto es de estirpe sustancial cuando crea, declara, modifica o extingue derechos subjetivos y potestades de las personas"*.

demanda, es el ejercicio de la acción subrogatoria por el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la compañía CARTORAMA S.A. a la empresa RASTODER D.O.O. Por lo que necesariamente debía demostrarse el cumplimiento del requisito del artículo 1627 del Código Civil, para la validez de la subrogación:

> Se efectúa la subrogación en virtud de convención con el acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor. La subrogación, en este caso, está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago.

101. Bajo las anteriores alegaciones, denuncia la falta de aplicación del artículo 1627 del Código Civil y la infracción de los artículos 1572, 1624 1627, 2184, 2214 y 2229 todas del Código Civil.

102. En esa línea, corresponde revisar los hechos que motivan la decisión de la sentencia emitida por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que aparecen esgrimidos a lo largo del considerando "SEXTO" de la resolución:

> (…) El artículo 2184 del Código Civil establece en su parte pertinente: "Art. 2184.- Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido con intención de dañar, constituye un cuasidelito". 6) La Doctrina ha establecido que para el acto ilícito sea fuente de obligaciones y dé lugar a la indemnización, es preciso los siguientes requisitos: i) Que cause daño; ii) Que sea imputable; iii) Que sea culpable o doloso; iv) Que entre el hecho u omisión dolosa o culpable y el daño existe relación de causalidad. 7) El artículo 1572 del Código Civil establece: "Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.". 8) El daño emergente es el daño que emerge producto del no cumplimiento de una obligación o de haberse cometido ésta (obligación), el lucro cesante, es lo que la persona que sufre el daño, ha dejado de percibir producto del daño causado. 9) El tratadista René Abeliuk Manasevich, en su obra "Las Obligaciones", Editorial Temis S.A., Editorial Jurídica de Chile, en su página 200, en la parte pertinente señala: "248. Requisito del daño para ser indemnizable. Enunciación. Para que el daño dé lugar a reparación, debe reunir las siguientes características, que examinaremos en los número s que continúan a éste: 1° Ser cierto; 2° No haber sido ya indemnizado, y 3° Lesionar un derecho o interés legítimos.". .. En nuestra legislación la condena a la indemnización de todo perjuicio debe hacerse conforme lo define el Art. 1572 de la actual codificación del Código Civil que dice: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (...)". 11) EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE ACCIONADA: 11.1.- La parte accionada presentó las siguientes excepciones: i.- Insuficiencia del Poder Especial y Procurador Judicial o documentación de Apoderado, con el que el accionante comparece a deducir la acción comentada; ii.- Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador en razón de la materia, puesto que la vía a seguirse es la verbal sumaria y no ordinaria; iii.- Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador para conocer de la acción planteada en contra de su representada, en razón del territorio; iv.- Improcedencia en derecho de la acción propuesta en contra de su representada; v.- Falta de causa legal para demandar; vi.- Falta de derecho del actor para demandar;
> vii.- Falta de legítimo contradictor pasivo; viii.- Ilegitimidad de personería; y, ix.- Falta de derecho de las Compañías que han concedido Poder al actor, para demandar. 11.2.- a) El presente Tribunal procede a valorar las excepciones deducidas por la parte accionada: La excepción de insuficiencia del poder especial y procurador judicial, con el que la parte accionante comparece al proceso, al respecto este Tribunal observa que la parte accionante adjunto a su demanda ha adjuntado poderes otorgados por sus mandantes, apostillados y traducidos, que se encuentran: Allianz Global Corporate Specialty AG, fojas 1-10; AXA Versicherung AG, fojas 11-19; Basler Securitas Versicherungs-Aktiengesellschaft, fojas 20-28; Gothart Allgemeine Versicherung AG, fojas 29-38; Condor Allgemeine Versicherungs AG, fojas 39-58; KRAVAG-LOGISTIC Versicherungs AG, fojas 59-78; Schwarzmeer und Ostee Versicherung AG (SOVAG), fojas 79-88; ERGO Versicherung AG, fojas 89-97;

AIG Europe Limited, fojas 98-106, con las cuales la parte accionante prueba el poder especial para comparecer al proceso, por lo que ha quedado probada su comparecencia al proceso. b) En cuanto a la excepción de incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador en razón de la materia, puesto que la vía a seguirse es la verbal sumaria y no ordinaria, la misma queda desvirtuada, en virtud que la pretensión de la parte accionante es que se fije o cuantifique los daños y perjuicios, misma que es procedente en vía ordinaria, más no la liquidación de daños y perjuicios, que es de conformidad con el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil, que es procedente en vía verbal sumaria, por lo que la excepción propuesta por la parte accionada queda descartada. c) En relación a la excepción de incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador para conocer de la acción planteada en contra de su representada, en razón del territorio, la misma queda desvirtuada en virtud de lo dispuesto en los artículos "…Art. 24.- Toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante su juez competente determinado por la ley…", y, "Art. 29.- Además del juez del domicilio, son también competentes:… 5. El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos…", siendo la ciudad de Guayaquil el domicilio de la compañía accionada, la parte accionante ha demandado correctamente, en esta ciudad, por lo que queda desvirtuada dicha excepción. d) La excepción de falta de derecho del actor para demandar, ha quedado desvirtuada en virtud de los documentos adjuntos al proceso donde constan los acuerdos de transferencia de derechos y subrogación por parte de la Compañía Rastoder a cada una de las mandantes del actor, a prorrata de su participación, mismos que se encuentran apostillados y traducidos, los cuales obran en la siguiente forma: Schwarzmeer und Ostee Versicherung AG (SOVAG), fojas 174-199; AIG Europe Limited, fojas 200-226; ERGO Versicherung AG, fojas 227-253; KRAVAGLOGISTIC Versicherungs AG, fojas 254-279; Gothart Allgemeine Versicherung AG, fojas 280-305; Basler Securitas Versicherungs-Aktiengesellschaft, fojas 306-332; Condor Allgemeine Versicherungs AG, fojas 333-359; AXA Versicherung AG, fojas 360-386; Allianz Global Corporate Specialty AG, fojas 387-413. Por lo que dentro de autos se ha probado la subrogación de las compañías accionantes, por lo que dicha excepción queda desvirtuada. e) En cuanto a la excepción de falta de legítimo contradictor, la misma queda desvirtuada, puesto que de la presente la parte accionante tiene como pretensión la acción de daños y perjuicios, por cuanto CARTORAMA S.A., impidió que la nave (barco) salga de Puerto Bolívar, lo que le ha ocasionado que la mercadería (cajas de banano), han llegado algunas descompuesta, dentro de autos se ha aportado dentro de autos a fojas 598 a 654, copias certificadas del proceso ejecutivo 403-D-2011, entre las partes CARTORAMA S.A. contra la Compañía SERTECBAN, ante el Juzgado Segundo de lo Civil de Guayaquil, en el que obra fallo de Segunda Instancia, pronunciado por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, donde la parte accionante (CARTORAMA S.A.), dentro del proceso ejecutivo, obtuvo que se prohibiera que zarpe el buque Almeda, juicio que al final del mismo se desechó la demanda propuesta, resolución que fue confirmada por la segunda instancia, así como, de fojas 1210 a 1213 de los autos consta que el recurso de casación interpuesto fue negado y por tanto la sentencia pronunciada en segunda instancia fue definitiva. Por lo que de las pruebas aportadas se puede determinar un nexo causal entre la prohibición de zarpe y el daño ocasionado por parte de la parte accionada de este proceso (CARTORAMA S.A.). f) En cuanto a las excepciones de llegitimidad de personería, y, falta de derecho de las Compañías que han concedido Poder al actor, para demandar, las mismas ya han quedado analizadas, al momento de haber sido estudiada la excepción de insuficiencia de poder y procuración judicial, por lo que las mismas quedan desvirtuadas. g) Las excepciones de improcedencia en derecho de la acción propuesta en contra de su representada; y, falta de causa legal para demandar, van hacer tratadas al momento de analizar las pruebas que permitan probar el daño y perjuicio. 12) PRUEBAS APORTADAS PARA PROBAR EL DAÑO Y PERJUICIO: 12.1.- Dentro de autos obra de fojas 144 a173, documentos en los que la Compañía RASTODER D.O.D, acredita haber realizado el pago del banano materia del transporte, incluyendo facturas y conocimientos de embarque, todo lo cual se encuentra apostillado y traducido al español. 12.2.- De fojas 123 a 143 obra de autos que la Compañía RASTODER D.O.D, manifiesta haber recibido la cantidad de USD $3´000.000.00 (Tres Millones de Dólares de los Estados Unidos de América con 00/100), por

parte de las compañías aseguradoras (accionantes de la presente causa), como compensación por los daños ocasionados, todo lo cual se encuentra apostillado y traducido al español dentro de autos. 12.3.- La parte accionante dentro del término de prueba aportó de fojas 414 a 524 (apostillados y traducidos al español de fojas 525 a 586), Reporte de Inspección y Reporte de Adenda emitido por la Empresa DPS DO SURVEY GROUP N.V., en el que se indica lo referente al retraso de la llegada del envío de bananos frescos verdes Cavendish, en el que se determinan los valores que ascienden los daños y causas del mismo, en el que se indica como conclusión que el valor del mercado para los bananos ecuatorianos se mantuvo estable entre 14.5 y 16 USD por cartón entre las semanas 18 a 22/2011, en que debió llegar el banano, pero que debido a la demora estaba madura a su llegada a Tartous, por lo que la venta de 235.433 cajas que debieron producir ingresos netos de $3,743,384.70, apenas produjeron $216,860.00, que por las circunstancias son considerados justos y razonables. Así, se estableció que el valor de reclamo ascendía a $3'526.524,70. El reporte de Inspección, indica que: ""el retraso... (…) causado debido a un arresto de la nave por los señores CARTORAMA", mismo que fue de 11 días en Puerto Bolívar, debido al arresto, a lo que se sumaron 3 días antes de entrar en Tartous, debido a problemas de congestión y políticos en el país y que las operaciones de descarga en Tartous tomaron un total de 8 días, una vez más debido a la situación política local; es decir, un total de 22 días de retraso. El reporte Adenda, se indica que las partes (asegurador y asegurado) acordaron en fijar en $3'000.000,00 el valor de la reclamación por los daños. 12.4.- Dentro de autos obra informe solicitado por la parte accionante, mismo que obra de fojas 1222 a 1248 el informe técnico pericial practicado por el Ing. Naval Oscar Noé, quien indica en su peritaje que se basa a lo indicado por la Empresa DPS DO SURVEY GROUP N.V., e indica de la misma como: "… (…) una organización internacional de expertos que participan en la reclamaciones y servicios de riesgos"; y respecto de la Compañía South Pacific Surveys como: "… (…) una compañía independiente de inspección especializada en creas agrícolas, marinas, industriales y de siniestros... (…) constituida por un equipo de inspectores y asesores altamente capacitados y con muchos años de experiencia". Adicional indica: "… (…) en el mundo del transporte marítimo es una costumbre internacional contar con terceras personas denominadas inspectores para efectos de verificar y certificar el estado de las embarcaciones como también de la carga", y que: "… (…) cuando se presentan situaciones que puedan generar reclamo por daños, o cuando de hecho estos daños se presentan y se configura un siniestro, los inspectores verifica en existencia y legitimidad de los reclamos, la magnitud y causa del daño... (…) Los informes de estos surveyors son presentados como evidencia en las Cortes... (…) en virtud de que los inspectores o empresas de inspecciones son empresas independientes, y sus informes deben tener siempre la calidad de independientes". El informe pericial indica que: "… (…) la Compañía RASTODER por el retraso en el transporte perdió la oportunidad de vender el banano restante al precio actual de mercado en la época... (…)", indicando que el daño emergente ascendió a US$1'880.848,03, y el lucro cesante a US$1'551.503,47, lo que da un total de $3'432.351,50 por el daño total. 13) De la revisión de cada una de las pruebas, se ha aportado prueba suficiente, para probar la subrogación por parte de las Compañías aseguradoras, así como, el apoderado ha probado su capacidad para comparecer al proceso, de las pruebas antes detalladas, se evidencia que ha existido un daño, merma y menoscabo por parte de la actuación de la Compañía CARTORAMA S.A., en contra de la parte accionante, por cuanto, mediante acciones judiciales, impidió él envió de las cajas de banano a su lugar de destino. 14) Cumpliéndose y habiéndose probado los requisitos del daño y perjuicios, esto es, que el mismo sea cierto, que el mismo no haya sido indemnizado por quien ocasionó el daño y que lesione un derecho o un interés legítimo…" [Sic]

103. De lo anterior, se obtiene que el análisis jurídico del tribunal ad quem, se constriñe a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, estimando que de las pruebas aportadas a la causa, determinan nexo causal entre la prohibición de zarpe y el daño ocasionado por parte de la accionada de este proceso CARTORAMA C.A.

104. No obstante, al analizar la excepción de falta de derecho del actor para demandar, el tribunal ad quem la desecha, indicando que los documentos adjuntos al proceso, constan los acuerdos de transferencia de derechos y subrogación por parte de RASTODER a cada una de las mandantes del actor, apostillados y traducidos. Obviando la

necesidad de determinar la legalidad de la subrogación, por la que concurren a demandar las compañías actoras, bajo el principio normativo del artículo 1627 del Código Civil, que exige efectuar la subrogación en virtud de la convención con el acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponde como tal al acreedor, debiendo hacerse en la carta de pago. Análisis al respecto que no aparece en el fallo impugnado, evidenciándose la falta de aplicación de la norma in comento.

105. Además, en el caso se cita el contenido del artículo 1572 del Código Civil, norma que resulta impertinente al análisis de la controversia, pues aquella exige la existencia de una convención o contrato previo entre el deudor y el acreedor, por lo que no puede prescindirse de la evidencia de un contrato que ligue a las partes, puesto que la proposición jurídica completa que encierra el precepto condiciona el pago de una indemnización a las contingencias que se habrían producido, respecto de aquel (contrato). Los conceptos de daño emergente y lucro cesante cobran vigencia, únicamente después de haberse verificado las falencias contractuales.

106. Mientras que el interés que se tutela en el caso, es de carácter extracontractual patrimonial por daños y perjuicios materiales, por la presunta actuación ilícita de la parte demandada, causada por una acción judicial precedente.

107. Ocurre que, en realidad, lo que motiva la pretensión de daños y perjuicios no contempla discusión jurídica que verse sobre un pacto susceptible de disputa bilateral. El único convenio visible en el caso es entre RASTODER y las empresas de ALIANZ GLOBAL AG. AXA VERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT, BASLER SECURITAS VERSICHERUNG-AKIENGESELLSCHAFT, GOTHAER ALLGEMEINE VERSICHERUNG AG HAMBURG, CONDOR ALLGEMEINE VERSICHERUNGS AG KRAVAG LOGISTIC VERSICHERUNG AG, SCHWARZMEER UND OSTSEE VERSICHERUNG, AKTIENGESELLSCHAFT SOVAG ERGO VERSICHERUNG AG, AIG EUROPE LTD, en condición de subrogantes de los derechos y acciones de la compañía RASTODER D.O.O, representadas en este juicio por el Abogado Hugo Cisneros Navarro, en calidad de apoderado.

108. El vínculo jurídico, del que se aspira una indemnización, es justamente el motivo de este procedimiento, en que el trabajo de la Sala Ad quem, fue precisamente establecerlo. Por tanto partir de un principio legal que supone un vínculo u obligación preestablecido, deviene en un error de sustancia del tribunal de apelación, toda vez que el tipo de obligación que se exige en el caso, ha de ser constituida o determinada en el curso procesal, en concordancia con los supuestos de la demanda, dado que no existe un vínculo legal anterior que vincule y que por tanto obligue a las partes de esta contienda.

109. De lo referido, se concluye que en la sentencia impugnada se infringe de manera evidente, protuberante y directa el artículo 1572 del Código Civil, norma que resulta inaplicable a la controversia que nos ocupa, su contenido normativo no concuerda con los hechos juzgados, a pesar de lo cual la decisión obra bajo su influjo, propiciando el agravio al considerar la existencia de una obligación que no ha sido previamente constituida; y de la que se pudiere inferir la presencia de delito, cuasidelito, incumplimiento o cumplimiento imperfecto.

110. Por estas consideraciones, este Tribunal de Casación de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, califica la violación directa de los artículos 1627 y 1572 del Código Civil; y CASA la sentencia impugnada, dictada el 26 de agosto de 2019, las 11h28 por la Sala de lo Civil Especializada de lo Civil de la Corte Provincial del Guayas. Conforme lo dispuesto en el artículo 16 de la ley de casación, se emite decisión de mérito, en función de los hechos determinados como ciertos en instancia, que se tienen como ciertos e irrefutables.

VIII. PRONUNCIAMIENTO QUE CORRESPONDE

111. Conforme los fundamentos de la demanda, su contestación y reconvención, esgrimidos en los antecedentes de esta resolución, la acción y contrademanda versan sobre el derecho a recibir indemnización de daños y perjuicios de las partes.

112. En el caso de la parte actora, representada por el abogado Hugo Cisneros Navarro, comparece en calidad de Apoderado de las compañía: Allianz Global Corporate & Specialty AG, AXA Versicherung - Aktiengesellschaft, Basler Securitas Versicherung - Aktiengesellschaft, Gothaer Allgemeine Versicherung AG Hamburg, Condor Allgemeine Versicherungs AG, Kravag Logistic Versicherung - AG, Schwarzmeer und

Ostsee Versicherungs - Aktiengesellschaft SOVAG, ERGO Versicherung AG, AIG EUROPE Ltd., como subrogantes de los derechos y acciones de la compañía RASTODER D.O.O; alegando que son acciones y omisiones ilícitas de CARTORAMA C.A., las que siguen: 1) la acción ilegal e ilegítima de secuestro preventivo solicitada, gestionada y obtenida por CARTORAMA C.A; 2) la solicitud ilegal e ilegítima gestionada y obtenida por CARTORAMA C.A. de que se impida el zarpe a la nave MV ALMEDA STAR; 3) la insistencia de CARTORAMA, de que se mantenga el secuestro y el impedimento de zarpe, cuando el Juez de la causa le corrió traslado, de los escritos que advertían que la carga era de propiedad de terceros; y, por 4) Haber obtenido el secuestro e impedimento de zarpe bajo el hecho claro que CARTORAMA conocía que Rastoder era la propietaria de la carga una vez que estaba embarcada y por el hecho de llevar las marcas de propiedad de Rastoder y las marca autorizada de Rastoder. Ocasionando que la nave y el cargamento de fruta estén retenidos por un lapso de 13 días en Puerto Bolívar, Ecuador, propiciando que la fruta avance en su proceso de maduración, perdiendo tiempo para que la fruta llegue en excelentes condiciones al mercado internacional, perdiendo su valor de mercado y en consecuencia generando pérdidas cuantiosas a RASTODER.

113. Por lo que fundamentándose en los artículos 2229, 2214, 2217 del Código Civil, demanda a la Compañía CARTORAMA C.A., responsable por los daños ocasionados a RASTODER, y habiéndose sus representadas subrogado en los correspondientes derechos de reclamo, en consecuencia de ello, a nombre y en representación de las compañías indicadas, demanda en vía ordinaria a CARTORAMA S.A: i.- El pago a su representadas de un total de USD $3'000.000.00 (Tres Millones de Dólares de los Estados Unidos de América con 00/100), total que se dividirá entre su representadas conforme su participación ya mencionada en la acción subrogatoria; ii.- El pago de los intereses a la más alta tasa legal, desde la fecha que sus representadas hicieron el pago del seguro y se subrogaron en los derechos mencionados. Los intereses deben ser calculados hasta la fecha del pago total del principal demandado; iii.- Las costas procesales y los honorarios profesionales.

114. Por su parte, la demandada comparece a juicio por medio del señor Germán González Londoño, por los derechos que representa en calidad de Gerente General y su Presidente Sr. Pedro Esteban Díaz Heredia de la Compañía CARTORAMA S.A., quienes al contestar la demanda oponen como excepciones las siguientes: i.- Insuficiencia del Poder Especial y Procurador Judicial o documentación de Apoderado, con el que el accionante comparece a deducir la acción comentada; ii.- Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador en razón de la materia, puesto que la vía a seguirse es la verbal sumaria y no ordinaria; iii.- Incompetencia de la Unidad Judicial Civil y del Juzgador para conocer de la acción planteada en contra de su representada, en razón del territorio; iv.- Improcedencia en derecho de la acción propuesta en contra de su representada; v.- Falta de causa legal para demandar; vi.- Falta de derecho del actor para demandar.-

115. Adicionalmente, reconvienen a la parte actora por concepto de daños y perjuicios por seis millones de dólares; a ella se opone el actor con las siguientes excepciones: 1) falta de legitimación en la causa y falta de derecho del actor; 2) error en la forma de proponer la demanda e improcedencia; 3) inexistencia del contrato; y, 4) fuerza mayor.

116. En la junta de conciliación, las partes en lo principal se afirman y ratifican en sus respectivos fundamentos de hecho y de derecho, con lo que queda trabada la litis

117. Ahora bien, previo al juzgamiento de la controversia de indemnización de daños y perjuicios motivo de la demanda, es necesario señalar que la parte actora comparece como subrogante de los derechos y acciones de RASTODER D.O.O; y, si bien su condición de subrogante, no es el tema sustancial de la controversia, el derecho por el que se demanda deviene directamente de dicha subrogación por lo que se hace necesario precisar que de conformidad con el Art. 1 de la Constitución de la República, el Ecuador es un Estado Soberano, independiente y unitario, cuya autoridad se ejerce a través de sus órganos de poder. Bajo este principio, no se necesita mayor esfuerzo para saber que las acciones que se ventilan en el Ecuador, solo pueden ser tramitadas bajo el influjo de sus leyes, reglamentos y tratados internacionales suscritos por el País.

118. Y tomando en cuenta que, la subrogación por convención con el acreedor, en nuestra legislación, se encuentra regulada por el artículo 1627 del Código Civil, la subrogación dada por RASTODER D.O.O a las ahora compañías actoras, debía efectuarse en la carta de pago de la obligación. La sola existencia de acuerdos de transferencia de derechos a las demandantes a prorrata de su participación, no suple la carta pago.

119. En definitiva, según la norma ibídem, la subrogación en virtud de convención con el acreedor, se produce cuando el acreedor recibe de un tercero el pago de una deuda y le subroga voluntariamente en los derechos y acciones que le corresponderían al acreedor. Entonces, para que obre el derecho de subrogación se necesita a más de la convención subrogatoria, "una deuda", clara, determinada y establecida en un título de crédito, en contra del "deudor", porque tercero implica la concurrencia de tres, voluntades. Precisiones fundamentales que en el caso no existen.

120. En suma, la empresa RASTODER, que afirma es de nacionalidad eslovena, no es parte del juicio ejecutivo N° 09302-2011-0403, sustanciado ante el Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil, que por cobro de facturas seguido por CARTORAMA C.A., en contra de SETERCBAN; su intervención no ha sido admitida en ese juicio, ni dentro de la medida cautelar de secuestro preventivo; ni en la resolución final del mismo, ha sido sujeto de reconocimiento de derecho alguno, a ser ejercicio en acción posterior, contra CARTORAMA C.A. No siendo así, RASTODER, ha subrogado un evento incierto, más aún si, (como afirman los demandantes), lo que se ha practicado en ese juicio ejecutivo, es un secuestro de papel, que, como instituto procesal, no existe.

121. No obstante, de las deficiencias en la subrogación voluntaria efectuada, corresponde el análisis de la responsabilidad civil demandada, que al ser de carácter extracontractual, es en esencia subjetiva, es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración.

122. Así, la configuración de la responsabilidad civil extracontractual, exige tres presupuestos o elementos: 1. Un daño o perjuicio, material o moral. 2. La culpa, demostrada o preexistente. 3. Un vínculo de causalidad entre el no y el otro.

123. Con respecto a la concurrencia de un daño o perjuicio cierto, este se entiende doctrinariamente como la lesión a un interés jurídicamente tutelado, ya sea que se encuentre reconocido o no de manera expresa por el derecho, siempre que ese interés no se encuentre reprobado por la ley, de allí que, en la responsabilidad civil por daño, la lesión puede derivar de un derecho patrimonial o extrapatrimonial.

124. En suma, el daño es susceptible de reparación ante un comportamiento positivo o acción que irrogue daño (dolo), u omisión, determinada por comportamiento negativo, un no hacer, (culpa); que se puedan catalogar como ilícitos, partiendo de que no todo daño es producto de acción u omisión ilícita.

125. En fin, el daño para ser resarcible ha de ser cierto, existente y consecuencia de la lesión del bien en protección. Y, por tanto, producto de una acción u omisión ilícita.

126. Por su parte, la culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto, dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles y, es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias.

127. A partir de los elementos de daño cierto y la culpa demostrada en el cometimiento de la acción u omisión ilícita, se corrobora el nexo causal, que no es otra cosa que la relación existen entre estos los dos tópicos –daño y la culpa del hecho ilícito– la que permite atribuir responsabilidad civil y por tanto obligar a reparar al afectado.

128. La doctrina explica que *"el sentido común se niega a admitir la existencia de un daño que deba ser soportado por quien no ha contribuido a su realización: debe darse, necesariamente, cierta relación entre el daño causado y la conducta del que está llamado a responder por el mismo"*[11].

129. En ese contexto el artículo 2214 del Código Civil, precisa que, el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito; y, por regla general del artículo 2229 ibídem, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

130. Volviendo al caso, para juzgar sobre la procedencia o improcedencia de esta demanda, es fundamental entonces, en primer lugar, buscar y establecer la existencia del hecho dañoso, bajo los principios sustantivos de los artículos 2214 y 2229 del Código Civil, presentados como fundamentos de derecho.

[11] PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Editorial Temis. Bogotá, 2004. p. 405

131. Según la hipótesis normativa de las normas descritas, el análisis pasa por la necesidad de definir, si la medida cautelar de secuestro preventivo ordenada por el Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil, dentro del juicio ejecutivo, N° 09302-2011-0403, que por cobro de facturas, ha seguido CARTORAMA C.A., en contra de la compañía SERTECBAN, constituye un hecho, que comporte delito o cuasidelito. Sustanciado en el Juzgado Segundo de lo Civil de Guayaquil, la resolución niega la demanda, bajo el criterio que no existen títulos ejecutivos, mismo que se confirma en segunda instancia. El argumento de fondo, es que se ha ordenado el secuestro preventivo de cajas de banano, que según los accionantes de este juicio, ya no pertenecían a SERTECBAN, sino a RASTODER; argumento en el que radica la petición de pago de daños y perjuicios.

132. Cierto que en el proceso ejecutivo, con fecha 11 de mayo de 2011, se ordena el secuestro preventivo, con el siguiente texto: *"En mérito de la prueba testimonial actuada y acompañada, a petición del accionarte y de conformidad con lo que dispone el Art. 422 del Código de Procedimiento Civil, se ordena el secuestro de los bienes de propiedad de la compañía demandada antes nombrada, los mismos que consisten en cajas de banano, las mismas que actualmente están embarcadas en los buques BARENTS BAY y ALAMEDA STAR, los mismos que se encuentran en Puerto Bolívar, Provincia de El Oro, secuestro que será hasta por la suma de US$ 588,000.00. Para la práctica de dicha diligencia, se Depreca la misma al señor Juez de lo Civil del Cantón Machala, enviándole el correspondiente Despacho en forma, ofreciéndole reciprocidad en casos análogos. Se faculta a dicho Juez Deprecado para que designe al Depositario Judicial que deba intervenir en esa diligencia, así como oficiar al Comandante de la Policía Nacional acantonada en ese lugar para que designe a uno de sus miembros para que colabore en el secuestro ordenado…".*

133. Pero no lo es menos que dicha orden contiene precisiones que son de capital importancia para llegar a una conclusión acertada. Es que el Juez de la causa ejecutiva en forma expresa, ordena también: *"…. Los funcionarios que se designen e intervengan en el secuestro deberán cerciorarse bajo su responsabilidad de que los bienes a secuestrarse, sean de propiedad de la demandada".*

134. Es decir, no se mandó a secuestrar otros bienes, que no fueran del demandado Sertecban S.A, propiedad cuya verificación quedó bajo exclusiva responsabilidad de los funcionarios encargados de practicar la diligencia. Por tanto, no se infiere que dicha orden judicial, perfectamente ubicada en la entonces vigente ley procesal y cubierta por la garantía constitucional del derecho de petición, sea generadora de perjuicios, pues constituye ejercicio simple de la normativa de derecho público; sin que sea relevante lo que dijeron, o dejaron de decir los testigos, antes o después, de la disposición, toda vez que aquí no se ventila la validez o invalidez del documento público contentivo de declaraciones, ni de sus fechas. Vale solo el hecho de la orden judicial, su forma de expedición y la responsabilidad de quienes la ejecutaron, que no es de CARTORAMA C.A, por lo que no se puede decir que la petición de secuestro constituya una acción ilícita de la demandada.

135. Es el juez con competencia, el que tiene la alternativa de admitir o negar una medida, dependiendo de su convencimiento acerca del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de procedencia.

136. Mucho menos, cabe la acusación de que CARTORAMA CA., por obtener que se prohibiera el zarpe de la nave MV ALMEDA STAR, en un proceso que fue desechada su demanda y confirmada en segunda instancia, por sí solo no puede ser calificado de "nexo causal" habilitado para calificar la existencia de perjuicio a la demandada. Pues no se encuentra providencia específica que prohíba el zarpe del buque, existe únicamente la orden de que se proceda al secuestro de los bienes del demandado en esa causa; tanto más que la negativa de la acción ejecutiva, no implica falta de derecho del actor en sí; únicamente representa error de la vía procesal; y menos cuando no existe pronunciamiento de fondo, indicativo de falta de derecho, por lo que dicho fallo no llega a categorizar al actor como acreedor vencido. En consecuencia no existe materialidad acerca del presupuesto de mala fe o temeridad en la acción de la demandada.

137. Por otra parte, de la demanda y de autos se desprende el hecho de que el secuestro, cesó el 25 de mayo de 2011, en virtud del pago de QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CIENTO DIECISEIS DOLARES /CON 86 mil dólares, por parte de Sertecban S.A. Es decir que, dentro de dicho proceso hubo una respuesta ajustada a la ley para desactivar los efectos de la medida cautelar, prevista en el artículo 905 del Código de Procedimiento Civil.

138. Más aún el secuestro no se materializó, porque de la misma versión de la demanda, se deja

constancia de que nunca se desembarcó una sola de las cajas de banano supuestamente objeto principal de la medida cautelar. Dicen también los demandantes, que la providencia judicial de secuestro ha sido una orden no cumplida; que es un secuestro de papel; que ha sido un secuestro "virtual"; formas procesales que no existen como institución en el entonces vigente Código de Procedimiento Civil; luego, en términos de legalidad no existen hechos consumados respecto de los cuales se puedan medir válidamente secuelas dañosas, restando ostensiblemente justificación de la persecución de perjuicios.

139. No se puede ignorar, además, que el secuestro, como providencia preventiva, es tan solo un elemento accesorio del juicio principal, que no está destinado a solventar el asunto de fondo, que es el que causa estado y efectos jurídicos, directos y vinculantes entre los litigantes, al tiempo de la resolución, el secuestro había cesado.

140. En conclusión, una orden de secuestro preventivo, dictada exclusivamente contra los bienes del demandado, por estar autorizado por la ley, no es constitutiva de delito o cuasidelito, ni en relación con ello, existe reserva judicial conducente a condena alguna.

141. Advertido que el ejercicio de las instituciones jurídicas consignadas en la ley, no son generadoras de daño, a menos que se hayan otorgado, sin justificación verificable de la existencia de una obligación susceptible de recaudación, que en el caso del juicio ejecutivo que precede a esta causa, la hubo bajo la modalidad de facturas no impugnadas por Sertecban S.A.; como así lo determinó la autoridad con competencia para valorar y decidir sobre dichos documentos, al ordenar un acto de jurisdicción perfectamente legítimo; y con identificación perfecta de las responsabilidades de los funcionarios y los bienes sobre los que habría de proceder; juicio ejecutivo que no culminó con condena en contra de CARTORAMA C.A., con mérito de ser juzgado como delito o cuasidelito. Por estas consideraciones, se concluye que no se ha establecido el derecho de los demandantes para ejercer la presenta acción.

142. En cuanto a la reconvención, no se verifica que la parte actora haya litigado con malicia, temeridad o mala fe, habiendo concurrido a la administración de justicia, a hacer uso de su derecho acción, por considerarse facultada para demandar indemnización extracontractual de daños y perjuicios, pretensión que ha quedado desvirtuada según el análisis esgrimido en el presente fallo.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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****, por unanimidad, resuelve:*

1. *Aceptar parcialmente el recurso de casación planteado por CARTORAMA C.A, por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.*
2. *En consecuencia, se declara sin lugar la demanda y la reconvención.*
3. *Notifíquese y devuélvase.*

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 17230-2018-15527

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Adrián Rojas Calle**

ACCIÓN
LIQUIDACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

Al girar la controversia en torno a la cuantificación y liquidación de daños y perjuicios extracontractuales, el Tribunal de Casación, considerando que se trata de un juicio de conocimiento, decide aceptar parcialmente el recurso de casación de la parte demandada por insuficiente motivación. Y, en tal razón, dictar el fallo con la motivación que corresponde, cuantificando el monto de la reparación, partir del perjuicio cierto y real causado a la víctima, determinado en el juicio ordinario primigenio.

Quito, miércoles 28 de febrero del 2024, las 12h48.

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el infrascrito Tribunal resolvió aceptar el recurso casación interpuesto por el señor Aldo Muirragui Maggi y rechazar el planteado por la señora Katia Maldonado Terán, dentro del juicio ordinario de cuantificación y liquidación de daños y perjuicios. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. La señora Katia Cruscaya Maldonado Terán, comparece en juicio sumario demandando al señor Aldo Muirragui Maggi, el pago de daños y perjuicios, ordenados en juicio ordinario civil previo.

2. Refiere que, en el año 2010 se sometió a una cirugía estética de nariz, intervención realizada por el demandado, quien se desempeña como cirujano en la ciudad de Quito. Y que, a partir de dicha intervención sufrió problemas funcionales en su nariz, por lo que ha tenido que intervenirse quirúrgicamente por más de diez ocasiones para poder reconstruir en parte el funcionamiento de su nariz. Refiere que, después de la operación retornó a la ciudad de Madrid España, en donde trabajaba por aproximadamente 10 años. Debido a que no podía respirar, empezó a tener problemas de salud tales como, dolores de cabeza, falta de oxígeno y desmayos, los cuales no le permitían conciliar el sueño, rendir adecuadamente en el trabajo y tener una vida normal, por lo cual fue despedida.

3. Que en tal razón, en el año 2012 presentó demanda civil reclamando por los daños y perjuicios irrogados en su contra por la mala operación quirúrgica. En virtud de lo cual se sustanció el proceso ordinario No.- 17324-2012-0681, (folios 112-115), en el que el Dr. Carlos Francisco Fuentes López, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha resolvió: "de las pruebas pedidas, practicadas y ordenadas dentro de la estación probatoria, se colige que ha existido un perjuicio a favor de la actora como consecuencia de haberse demostrado la responsabilidad extracontractual del demandado. Por lo que el daño emergente y lucro cesante se DEBERÁ LIQUIDAR EN JUICIO VERBAL SUMARIO TENIENDO EN CONSIDERACIÓN ÚNICAMENTE la documentación de fs. 20; 38 A 44, …. Por las consideraciones y normas expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta parcialmente la demanda y se dispone que el señor ALDO MUIRRAGUI MAGGI es responsable extracontractual y pague los daños y perjuicios ocasionados a la señora KATIA MALDONADO TERAN que se deberán liquidar en vía verbal, sumario conforme el considerando SÉPTIMO de este fallo". Sentencia que se ejecutorió por el ministerio de la ley, por cuanto el demandado no interpuso un recurso de apelación. En ese sentido, demanda la cuantificación y liquidación de los daños y perjuicios, ordenados en el juicio ordinario.

4. Una vez citada la parte demandada, contesta señalando que el daño emergente y lucro cesante "Se deberá liquidar en juicio verbal sumario, teniendo en consideración únicamente la documentación de fs. 20, 38 a 44". Siendo estas fojas las ÚNICAS que deben tomarse en cuenta para el cálculo del supuesto pago de daños y perjuicios ocasionados a la actora. Puesto que la actora pretende una interpretación antojadiza y extensiva del texto de la sentencia, pretendiendo incrementar mediante peritajes el monto del pago de manera ilegal. Que los pagos, facturas, comprobantes de venta, a los que se refiere la actora no constan dentro del proceso ordinario anterior, ni dentro del presente proceso; y que, al no haber sido presentados como prueba en ninguna etapa procesal, no se los puede incluir mediante un peritaje que tampoco cumple con lo dispuesto en sentencia, por lo que carece de total legalidad.

5. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Iñaquito, mediante sentencia de 23 de abril de 2019, acepta parcialmente la demanda presentada por KATIA CRUSCAYA MALDONADO TERÁN y ordena que en calidad de indemnización de daños y perjuicios irrogados, el demandado, cancele la suma de doscientos seis mil novecientos cincuenta y siete dólares de los Estados Unidos de América, con 71/100.

6. El demandado propone recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Resuelto en voto de mayoría el 01 de octubre de 2019, a las 10h00, aceptando parcialmente el recurso de apelación de la parte demandada; reformando la sentencia de primera instancia en cuanto al monto de la indemnización de daños y perjuicios, fijándola en ciento treinta mil setecientos ochenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América, con 27/100.

7. De la decisión del ad quem, tanto la actora Katia Cruscaya Maldonado Terán, como el demandado Aldo Muirragui Maggi, proponen recurso de casación, calificados y admitidos a trámite mediante auto interlocutorio de 23 de marzo de 2022, por el señor Conjuez Nacional, Carlos Pazos Medina.

8. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos –en adelante "COGEP"–, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación. Mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez

Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Wilman Terán Carrillo, como Juez ponente.

9. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle. Según acción de personal N°. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo.

II. COMPETENCIA

10. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación. En los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

11. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3). Por un lado, se proclamaron los resultados; finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos; impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia. Y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

12. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

13. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda, y, Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación. En virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del "COGEP" y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

14. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del "COGEP". En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno. Y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

15. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

16. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el

cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

17. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

18. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades[1].

19. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

20. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho[2]; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes[3].

21. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable en casación.

b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.

c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

22. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución[4]; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

23. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.
4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende

[1] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9

[2] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102

[3] Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

[4] *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o ***judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.***

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. ***Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".*** *(Énfasis añadido).*

a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)[5].

24. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículo 266 y 267 del "COGEP", determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

> Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.
>
> Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.
>
> Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.
>
> Art. 267.- El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:
>
> 1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
>
> 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
>
> 3. La determinación de las causales en que se funda.
>
> 4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

25. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

26. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

> (…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.
>
> Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.[6]

27. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.
[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

28. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del "COGEP", los casacionistas, a través de sus defensas técnicas, fundamentaron sus recursos, refiriendo en lo principal:

29. Fundamentación del recurso de la actora, Katia Maldonado Terán.

29.1. Refiere que el actual proceso, se originó con la causa ordinaria número 17324-2012-0681, que terminó con una sentencia ejecutoriada que condenó al Dr. Aldo Muirragui a pagar daños y perjuicios a favor de la actora. Que dicho proceso se sustanció con el Código de Procedimiento Civil, y en sentencia dispuso que los daños y perjuicios sean liquidados a través del procedimiento verbal sumario, conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil. Por lo que debía haberse aplicado el entonces vigente artículo 845 de aquel cuerpo de ley, que decía que al iniciar el proceso liquidatario frente al fallo que se emiten en el mismo, no existe recurso alguno. Indica que este proceso sumario, se originó mediante la declaración de un derecho en el año 2012 que dispuso que se lleve a cabo una liquidación nada más que para efectos de cuantificar los daños. Considera que, siguiendo el criterio de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional, se debe ratificar el fallo emitido en primera instancia al no existir posibilidad de recurso alguno.

29.2. Con respecto al recurso de casación propuesto, en torno al caso cinco del artículo 268 del COGEP, denuncia la falta de aplicación de la norma sustantiva prevista en el artículo 1583.2 del Código Civil. Por cuanto en la sentencia de segunda instancia, el tribunal indica que se trata de un proceso liquidatorio, pero que la perito debió haber realizado su pericia con relación al monto a pagar de acuerdo a la fecha en que declaró los daños y perjuicios, el 29 de diciembre del 2015. Situación que considera vulneradora de la norma sustantiva referida, que indica que una forma de extinguir la obligación es el pago. Por consiguiente, la autoridad jurisdiccional provincial no podía retrotraer la cuantificación de un peritaje a una fecha en la que la extinción de la obligación no se había producido. En estos términos solicita que se confirme el monto de la liquidación determinado en primera instancia.

30. Fundamentación del recurso del demandado Aldo Muirragui Maggi,

30.1. Como sustento se su impugnación, cita los casos dos y cuatro de artículo 268 del COGEP.

30.2. Por el caso dos, acusa la falta de motivación de la sentencia impugnada, bajo la denuncia de infracción de los artículos 76.7, literal l de la Constitución de la República y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial. Precisa que la sentencia del *ad quem*, parte adecuadamente de un hecho, la responsabilidad extracontractual declarada en contra del demandado, como consecuencia de una operación médica cuya consecuencia en contra de la actora fue la disminución en su trabajo, lo que causó un despido intempestivo. Afirma que esa fue la teoría del caso que se presentó en el juicio de origen y que la sentencia impugnada de forma adecuada lo determina como primera premisa. No obstante, considera que el fallo pierde la ilación lógica; y, en vez de determinar el monto de la reparación de la forma señalada en la sentencia del juicio ordinario, que ordenó que se pague los daños y perjuicios ocasionados en atención al considerando séptimo, determinando en específico fojas sobre las cuales debía realizarse la liquidación. Que los jueces provinciales, sin razonar sobre el modo, el tiempo y el lugar para determinar el monto de la indemnización, hacen relación a la fuente de las obligaciones en general, a la relación entre acreedor y deudor de las partes procesales, cuando realmente lo que debía hacerse era determinar en base a la primera sentencia del juicio ordinario. Considera que, el razonamiento lógico obligaba a los juzgadores a que determinen el modo, el tiempo y lugar donde se realizó la infracción, siendo ese el particular en el cual fallaría la sentencia recurrida. Al no decir cuáles fueron los parámetros que tenían que tomarse en cuenta para las operaciones; cuál era el monto que debía pagarse por daño emergente y lucro cesante; cuál era el periodo por el cual se causó el daño; y cuáles son los reservas probatorias que les llevaron a concluir en esa liquidación de daños y perjuicios. Señala que, según la doctrina, para que la motivación sea lógica tiene que ser en primer lugar coherente, es decir, congruente; y partir del principio

de razón suficiente. Que, en el caso, la labor de liquidar se la dejaron a un perito, sin entregar motivación suficiente a la conclusión que determinó un monto de $130 000 dólares por daños y perjuicios. Bajo estas consideraciones, reitera que exista el yerro motivacional, en vista de que la decisión de fondo no toman en cuenta en específico la primera premisa, la causa pretendida de la obligación y lo que fue declarado en el primer proceso.

30.3. En relación al caso cuatro del artículo 268 del COGEP, señala que, como medio de prueba infringido, el informe pericial elaborado por la Dra. Johana Aron Villacrés, bajo la denuncia de 164 incisos 2 y 3 del COGEP que se refieren a la valoración de la prueba conforme a la sana crítica y la valoración de la prueba en su conjunto en concordancia al artículo 227 ibídem, que determina que el contenido del informe pericial debe estar solo constreñido a lo que es materia de litigio. Añade que la consecuencia del primer yerro es la equivocada aplicación del artículo 1453 y la falta de aplicación de los artículos 1572 y 2214 del Código Civil.

30.4. En relación a la primera valoración normativa, precisa que el proceso mental de los juzgadores de instancia con relación al peritaje es contrario a la lógica y la experiencia, pues al revisar el informe hubieran tenido en cuenta los documentos de soporte. El primero de ellos es la sentencia de daños y perjuicios, que tiene en específico 3 rubros concretos, el uno es por quirófano, el segundo es por honorarios médicos y el tercero es por anestesia. Indica que el tribunal no se percató de que el peritaje hace parte al concepto de anestesia y quirófano, de lo que no es responsable el demandado, sino solo por los honorarios médicos que cobró. Considera que la valoración de la prueba no ha sido en conjunto, pues no correlaciona de manera lógica los documentos que obran a fojas 38 y 40. El primero que se refiere específicamente al contrato de trabajo que es temporal, porque alude a una empresa que 10 años antes mantenía una relación laboral. Y de fojas 40, el despido, correlacionando estos dos elementos, dice, el proceso de comisión mental en base a la lógica y a la experiencia del que hubiera derivado el tribunal de apelación, era que el hecho que se está tratando de resarcir no es el que se estaba valorando en el peritaje. Consistente en la pérdida de un empleo sobre lo cual en el peritaje no dice absolutamente nada.

30.5. Con referencia al artículo 227 del COGEP, precisa que el informe pericial califica hechos que no fueron materia de controversia, esto es, las remuneraciones de la actora de este proceso por un periodo de 8 años, que no fue lo que se obligó a reparar, por lo que considera que la pericia ha sido valorada de forma indebida por los jueces de instancia. Sin tomar en cuenta estas normas jurídicas y como consecuencia denuncia la equivocada aplicación de los artículos 1453, 1572 y 2214 del Código Civil que se refieren a que la responsabilidad civil, el deber de resarcir el daño ocasionado en concordancia con el artículo 76.6 de la Constitución de la Republica ateniente al principio de proporcionalidad del daño.

30.6. Para concluir, especifica que la forma correcta de reparar el daño en el caso, (para restablecer la condición de la actora, antes de que suceda el hecho dañoso, por daño emergente) es el pago de lo que recibió el demandado por la cirugía y por concepto de lucro cesante. Haciendo un símil, refiere que, a la única figura que se establece dentro de la legislación ecuatoriana de forma similar para la cuantificación es el despido intempestivo; que consta en el Código de Trabajo, y en ese sentido efectúa la cuantificación de los daños en $18 484.83. Añade que, se debe tomar en cuenta el tiempo por el cual se va a realizar la reparación, argumentando que no se puede responsabilizar al demandando por todo el tiempo que la administración de justicia se demoró en resolver el primer proceso. El proceso que originó los daños y perjuicios; que por aquello en el derogado Código de Procedimiento Civil y actualmente en el COGEP, se establece la institución de la citación con dos efectos específicos: uno la prescripción, y dos la constitución en mora. Debiendo considerarse para el cálculo, según indica, la citación con la actual demanda. Siendo que, la teoría de daño solo establece el resarcimiento de daños reales, y actuales no de daños futuros o de daños posibles.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

31. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 ut supra, este Tribunal se plantea el siguiente problema jurídico objeto de resolución:

31.1. ¿En la sentencia impugnada, existe falta de aplicación del artículo 1583.2 del Código Civil?

31.2. ¿Existe deficiente motivación en el voto de mayoría emitido por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 1 de octubre de 2019?

31.3. ¿Existe arbitrariedad en la valoración probatoria del tribunal ad quem y en consecuencia vulneración de las normas de derecho sustantivo que regulan la responsabilidad civil extracontractual?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

32. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

> 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. (Énfasis añadido).

33. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación:

> (…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática[7].

34. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.° 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

> La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

35. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

36. Por cuanto, tanto la parte actora como la demandada han planteado recursos de casación que han sido admitidos a trámite. Corresponde su análisis en el orden en que han sido presentados y fundamentados oralmente, tanto más que cada recurrente ha planteado cuestiones y cargos distintos, por lo que deben ser examinados por separado.

7.1. Análisis del recurso propuesto por la actora Katia Maldonado Terán.

37. La actora propone recurso de casación por el caso quinto del artículo 268 del COGEP, mismo que regula los vicios in iudicando, producidos

[7] Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.° 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.° 193, párr. 152.

por violación directa normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, denominada también error de subsunción.

38. La naturaleza de esta casual, recae sobre la pura aplicación del derecho, por violación directa, de manera que independientemente del error en la estimación de los hechos, lo que fija el yerro por esta causal, es la aplicación o interpretación de los presupuestos fácticos al hipotético normativo.

39. En esa línea, la ex Corte Suprema de Justicia, precisaba con respecto a la causal primera de casación, actual caso quinto:

> El vicio que la causal primera imputa al fallo es la 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 hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: 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; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La 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.[8]

40. En fin, esta casual supone que no hay discusión en cuanto a los hechos que se tiene como probados, sino controversia en la aplicación e interpretación de las normas de derecho con respecto a los hechos; lo que se resume en la regulación del ejercicio de subsunción de la situación fáctica al supuesto normativo.

41. Con respecto a la la impugnación esgrimida por la actora, en cuanto a la inimpugnabilidad de las decisiones adoptadas en los procesos de liquidación de daños y perjuicios, se hace necesario precisar que la controversia que ocupa a la administración de justicia en el caso, se trata de la cuantificación y liquidación de daños y perjuicios causados a la señora Katia Maldonado Terán, esto en virtud de la declaratoria de daños y perjuicios decidida en el juicio ordinario N. 17324-2012-0681, mediante sentencia de 29 de diciembre de 2015, que declaró al señor Aldo Muirragui Maggi como responsable por daños y perjuicios extracontractuales y dispuso que: *"pague los daños y perjuicios ocasionados a la señora KATIA MALDONADO TERAN que se deberán liquidar en vía verbal sumario conforme el considerando SEPTIMO de este fallo".* Considerando séptimo que es su parte pertinente precisa que: *"el daño emergente y lucro cesante se DEBERÁ LIQUIDAR EN JUICIO VERBAL SUMARIO TENIENDO EN CONSIDERACION UNICAMENTE la documentación de fs. 20; 38 A 44"*.

42. Es decir que, contrario a lo alegado por la defensa técnica de la señora Katia Maldonado Terán, no se está frente a una mera liquidación de daños y perjuicios, puesto que en el juicio ordinario primigenio no se estableció el monto de la indemnización, sino que únicamente se declaró el derecho de la actora a ser indemnizada por daños y perjuicios, indicando los instrumentos a tenerse en cuanta para el cálculo. Siendo entonces, en el actual juicio sumario en el que se debían establecer los parámetros y monto de la reparación, en función del hecho generador del daño. Lo que en definitiva torna a este proceso en uno de conocimiento, justificándose su impugnación en apelación y casación.

43. La doctrina define al proceso de conocimiento como aquel que tiene como objeto una pretensión tendiente a que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes[9]. De manera que el caso, sin perjuicio del derecho de la actora a recibir indemnización por daños y perjuicios, requiere actividad cognoscitiva de la administración de justicia, para que en función de

[8] Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 11. Página 4090. (Quito, 20 de marzo de 2012)

[9] Enrique Palacio Lino, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17 edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, pág. 337

las directrices determinados en el juicio originario primigenio se fije el monto y por tal los alcances de la indemnización, eliminando la incertidumbre jurídica del monto que ha de recibir.

44. Tanto más que, a la fecha de calificación de la actual demanda, 16 de octubre de 2018, la norma procesal del artículo 845 del Código de Procedimiento Civil, que impedía la impugnación vertical del fallo dictado en procesos verbal sumarios de liquidación de daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada; ya no se encontraba en vigencia, al haber sido derogada por el Código Orgánico de Procesos en el año 2016, tanto más que de conformidad el artículo 7 numeral 20 del Código Civil, la ley no tiene efecto retroactivo y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. En ese sentido, la impugnación de la causa en examen vía casación, resulta procedente, tal como se ha determinado en la fase de admisión del recurso.

45. Ahora bien, con respecto al cargo casacional planteado por la actora Katia Maldonado Terán, en torno al caso cinco del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 1583.2 del Código Civil, en cuanto a que la decisión del Tribunal de apelación, habría removido ilegalmente la indemnización de daños y perjuicios correspondiente a los años 2016, 2017 y 2018, determinando que la obligación se extinguió a la fecha de la emisión de la sentencia que declaró con lugar la demanda de daños y perjuicios, esto es, en el 2015, cuando de acuerdo a lo determinado en la citada norma, las obligaciones se extinguen total o parcialmente con la solución o pago efectivo.

46. En lo relacionado a la temporalidad de la indemnización reclamada, el tribunal provincial, en el acápite 7.4.1 del fallo impugnado, establece:

> "(…) Si bien el informe pericial considera el 1 de junio del 2010 como fecha a partir de la cual se origina el derecho de reparación de los daños y perjuicios ocasionados contra la actora KATIA CRUSCAYA MALDONADO TERÁN, No toma en cuenta como fecha tope el 29 de diciembre del 2015, en la cual se expidió la sentencia de condena, al reconocer la existencia de responsabilidad civil respecto del daño causado por el demandado, de manera tal que los rubros que corresponden a los años 2016, 2017 y 2018 no podían ni debían ser tomados en cuenta dentro de la cuantificación del daño reclamado por cuanto estos se refieren a hechos posteriores y por tanto ajenos a la resolución judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, me refiero nuevamente a la dictada por el Dr. Carlos Francisco Fuentes López, Juez Encargado, de la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 29 de diciembre del 2015, dentro del juicio ordinario (Daños y perjuicios) No.17324.2012-0681…[Sic]

47. De manera que la sala de apelación, a partir de la prueba pericial practicada, en base de su sana crítica, razona acerca del alcance del perjuicio por el cual se ha condenado al demandado habiendo operado cosa juzgada formal en el juicio N°.17324.2012-0681, a partir de la ejecutoria de la sentencia de 29 de diciembre de 2015. Por lo que evidentemente, no cabe la aplicación del artículo 1583.2 del Código Civil, pues si bien ya se encontraba determinada la responsabilidad civil del señor Aldo Muirragui Maggi, para que sea exigible la obligación de pago, necesariamente se ha de cuantificar en el actual juicio el monto de obligación. En razón de lo explicado, resulta un contrasentido que se pretenda la aplicación de la norma sustantiva de extinción de las obligaciones por solución o pago efectivo, cuando el proceso que nos ocupa se instauró precisamente para establecer recién el monto de una obligación de pago.

48. El hecho de que en la pericia practicada por la actora, se haya liquidado los perjuicios hasta el año 2018, no significa que el tribunal esté obligado a ordenar el pago así. Pues el objeto de la prueba pericial es que expertos acreditados, verifiquen los hechos controvertidos, cuyo dictamen ha de sopesarse por parte del juzgador en lo que sea objeto del proceso, de manera que contribuya al esclarecimiento de los hechos. Su necesidad se justifica cuando la decisión requiere conocimientos especializados o técnicos, pero aquello no obsta de que el juzgador al justipreciar la prueba practicada, prescinda del dictamen en lo que considere impertinente para su decisión.

49. El tribunal ad quem no ha actuado de oficio al eliminar la liquidación de los daños 2016, 2017 y 2018, la decisión ha sido adoptada en el marco de la controversia, conforme a los lineamientos generales para la liquidación determinados en el juicio ordinario que origina el actual sumario; y, en función de los argumentos del apelante demandado. En tal razón, el cargo planteado resulta infundado y por tal se rechaza el recurso de casación de la parte actora.

7.2. Análisis del recurso propuesto por el demandado Aldo Muirragui Maggi.

50. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el primer cargo traído a casación por el recurrente, se configura cuando *"(…) la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

51. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

52. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles entre sí, en la parte resolutiva del fallo. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la demanda y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten la aplicación de la normas de derecho que corresponden al caso, para arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

53. Por último, es motivo anulación del fallo por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

54. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

55. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida[10].

56. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "… requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el por qué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal…".[11]

57. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución, ha expresado que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por: (1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia[12].

58. En vista de la denuncia formulada en torno al caso dos del artículo 268 del COGEP, por presunta falta de motivación del voto de mayoría impugnado, bajo la alegación de que sus premisas fácticas carecerían de logicidad, corresponde a este Tribunal efectuar el análisis pormenorizado de los motivos en que se funda la decisión de mayoría de segunda instancia por mérito de la causal de casación invocada, sin perjuicio de los vicios motivacionales citados por el casacionista.

59. El voto de mayoría impugnado, de fojas 28-30 del cuaderno de segunda instancia, inicia identificando el tribunal y las partes procesales, pasando a continuación a fijar su competencia, la validez del proceso y el fundamento del recurso de apelación planteado por la parte demandada. Acto seguido, en el considerando *séptimo*, luego de especificar el antecedente de la condena al señor Aldo Muirragui a indemnizar por daños y perjuicios a la señora Katia Maldonado, al determinar el motivo de la controversia tramitada en

[10] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución del Juicio No. 07333-2018-01632 de 17 de enero de 2022.
[11] Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E
[12] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

la vía sumaria, precisa que su objeto es la cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados, motivando su decisión a partir del aparatado 7.1, señalando:

> (…) La causa tiene como antecedente principal la sentencia dictada dentro del juicio ordinario de daños y perjuicios No.17324-2012-0681, en la cual el Juez que la conoció, (…) dicta sentencia el 29 de diciembre del 2015, a las 16h23, la cual atento el análisis correspondiente en la parte resolutiva, indica: "…SEPTIMO:- (…) de las pruebas pedidas, practicadas y ordenadas dentro de la estación probatoria se colige que ha existido un perjuicio a favor de la actora como consecuencia de haberse demostrado la responsabilidad extracontractual del demandado. Por lo que el daño emergente y lucro cesante se DEBERÁ LIQUIDAR EN JUICIO VERBAL SUMARIO TENIENDO EN CONSIDERACION UNICAMENTE la documentación de fs. 20; 38 A 44, (…) Por las consideraciones y normas expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta parcialmente la demanda y se dispone que el señor ALDO MUIRRAGUI MAGGI es responsable extracontractual y pague los daños y perjuicios ocasionados a la señora KATIA MALDONADO TERAN que se deberán liquidar en vía verbal sumario conforme el considerando SEPTIMO de este fallo (…) 7.2.- El hecho generador del daño ha sido advertido por el Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en sentencia dictada el martes 29 de diciembre del 2015, a las 16h23, la cual atento su contenido entrega parámetros que tienen valores fijos en unos casos y otros que requerían ser establecidos en forma clara por un perito, ésta resolución es el antecedente principal de este proceso sumario; 7.3.- El proceso actual atento su origen, esto es una sentencia ejecutoriada solo tiene un objeto que KATIA CRUSCAYA MALDONADO TERAN, a través de la prueba que presente en el proceso materia cuantifique los daños y perjuicios ocasionados por el demandado DR. ALDO GONZALO MUIRRAGUI MAGGI, y que han sido reconocidos judicialmente, para que éste los repare y con ello se restablezca el orden jurídico perturbado a manera de compensación; 7.4.- Tomando en cuenta que el fundamento principal del recurso de apelación, es la valoración de la prueba, este Tribunal realiza el siguiente análisis: La parte actora como prueba principal, presenta el informe suscrito por la DRA.GIOVANNA ISABEL RON VILLACRÉS, perito contable con acreditación del Consejo de la Judicatura, quien para efectuar el mismo ha tomado en consideración el contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido y carta de despido, efectúa una liquidación de valores conforme los parámetros que entrega la sentencia dictada el 29 de diciembre del 2015; analizado el cual, atento el recurso de apelación interpuesto por la parte demanda, se determina los siguientes pormenores respecto de este documento y su contenido: 7.4.1.- Si bien el informe pericial considera el 1 de junio del 2010 como fecha a partir de la cual se origina el derecho de reparación de los daños y perjuicios ocasionados contra la actora KATIA CRUSCAYA MALDONADO TERÁN, No toma en cuenta como fecha tope el 29 de diciembre del 2015, en la cual se expidió la sentencia de condena, al reconocer la existencia de responsabilidad civil respecto del daño causado por el demandado, de manera tal que los rubros que corresponden a los años 2016, 2017 y 2018 no podían ni debían ser tomados en cuenta dentro de la cuantificación del daño reclamado por cuanto estos se refieren a hechos posteriores y por tanto ajenos a la resolución judicial pasada en autoridad de cosa juzgada (…) 8.- MOTIVACIÓN Y DECISIÓN SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO 8.1.- El Art.99 del COGEP, se refiere a los casos en los cuales las sentencias y autos interlocutorios pasan en autoridad de cosa juzgada; (…) El Art.1453 del Código Civil, al referirse a las fuentes de las obligaciones, indica: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia."; 8.3.- Ubicada la normativa en la cual se sustenta el pago de los daños y perjuicios, verificamos que nos encontramos conociendo un proceso sumario, que tiene como único objetivo cuantificar y liquidar los daños que ha ocasionado el DR. ALDO GONZALO MUIRRAGUI MAGGI, a la actora KATIA CRUSCAYA MALDONADO TERÁN; recordemos que el principio elemental en que se basa este tipo

de acción doctrinariamente considerado es que la víctima de un daño o perjuicios se convierte en acreedor, en tanto que el deudor, es el responsable del daño originado con su conducta; tomando en consideración que cuando se produce un perjuicio, nace una obligación jurídica de indemnizar al afectado…". [Sic]

60. Estas son las razones en que funda su decisión el tribunal de apelación , resaltando dos premisas:

1) Que el antecedente del actual juicio sumario, es la sentencia dictada dentro del juicio ordinario de daños y perjuicios No.17324-2012-0681, en la cual se determinó la responsabilidad extracontractual del demandado. Y que en tal razón se ordenó cuantificar y liquidar en juicio verbal sumario los daños y perjuicios, en base de la documentación de fs. 20; 38 a 44 del juicio primigenio ordinario.

2) En el contexto arriba delimitado, precisa el tribunal de apelación, que el hecho generador del daño fue advertido previamente por el Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en sentencia dictada el martes 29 de diciembre del 2015, a las 16h23, la cual entrega parámetros que tienen valores fijos en unos casos y otros que requerían ser establecidos en forma clara por un perito, siendo aquella resolución el antecedente principal de este proceso sumario.

61. Pese a estas puntualizaciones, el tribunal ad quem al desarrollar su análisis refiere que la controversia del juicio sumario se subsume a que la actora, a través de la prueba que presente en el actual proceso cuantifique los daños y perjuicios ocasionados por el demandado. Y por tal, se concentra en el análisis y fiscalización de la prueba pericial practicada por la demandante. Sin embargo, nada dice acerca del alcance del hecho generador del daño, en mérito del perjuicio causado a la víctima, aun cuando en un inicio precisaron que el fundamento del juicio sumario es la declaración de responsabilidad civil en el juicio ordinario. Lógicamente la decisión debía ir en función de los perjuicios ciertos determinados en el juicio ordinario No.17324-2012-0681, en los términos que constan en el propio fallo. Entonces, necesariamente a fin restablecer el orden jurídico perturbado y compensar a la víctima, la cuantificación era a partir del perjuicio causado por el daño a la actora y por tanto la determinación del monto debía ser adoptada de acuerdo a los lineamientos establecidos en el juicio ordinario que antecede al actual juicio sumario.

62. La Corte Constitucional ha sido claro al señalar que la suficiencia de la fundamentación normativa y fáctica depende del estándar de suficiencia que sea razonable aplicar a cada tipo de causa[13]. En el caso, la argumentación para ser suficiente debía atender a la consecuencia del daño, tal como lo establece el tribunal de apelación en sus premisas iniciales, no obstante la resolución del ad quem, se desvía del objeto de análisis, descargando su decisión en el informe pericial, siendo las razones que entrega la decisión, insuficientes.

63. En tal razón, este tribunal de casación encuentra mérito para CASAR la sentencia impugnada dictada por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia Pichincha, de 1 de octubre de 2019; debiendo al tenor del artículo 273 del COGEP, pasar a dictar la decisión de mérito con la motivación que corresponde a los recaudos procesales.

64. Con respecto a los cargos por el caso cuarto denunciados en el recurso de casación del demandado, por efecto del yerro por déficit motivacional, no procede su análisis, toda vez que al casar la sentencia recurrida por la causal segunda de falta de motivación, aquella ha quedado insubsistente.

7.3. Consideraciones de mérito

65. Siendo que la responsabilidad civil en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de culpa como elemento indispensable para su configuración, al tenor del artículo 2214 del Código Civil. Una vez que se ha determinado sin lugar a discusión que el doctor Aldo Muirragui es el responsable del perjuicio causado, es necesario que este tribunal mediante la cuantificación del daño, equilibre la situación de la víctima, a través de una reparación equivalente al alcance del daño producido, requiriéndose para el efecto, según la doctrina, que el juzgador tenga elementos de juicio suficientes y analizar todas las circunstancias que puedan incidir en el valor de la compensación, tales como el estado en que se encontraba el bien, su funcionalidad y productividad[14].

66. En el caso, según se ha determinado en la sentencia del 29 de diciembre del 2015 en el

[13] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP.
[14] Martínez Gilberto, Martínez Catalina, Responsabilidad Civil Extracontractual, Temis, Bogota, 2003, Pág., 290.

juicio ordinario N. 17324-2012-0681, el perjuicio causado a la víctima es el despido de su empleo por la disminución de su rendimiento laboral, que según consta en el folio 40, corrió a partir del 1 de junio del 2010. Lesión que se produjo como consecuencia del daño causado por el demandado, por su falta de diligencia al realizar una cirugía a la señora Katia Maldonado Terán.

67. En lo que respecta a los recibos de nómina, de folios 41, 42,43 y 44, aquellos deben tomarse como valor referencial de lo que la actora percibía mensualmente por su trabajo –1123,24 euros– al momento en que se produjo la consecuencia dañosa, el 1 junio del 2010, fecha a partir de la cual perdió su empleo.

68. En ese sentido, el interés que se tutela que en el caso es de carácter extracontractual patrimonial por daños y perjuicios, en vista de que la actora perdió su trabajo por causa del demandado, por lo que la cuantificación ha de obedecer a la perdida efectiva de la actora, según los ingresos que percibía mensualmente a la fecha en que se dio por terminado su contrato de trabajo, y que según los recibos de nómina ascendía a 1123,24 euros, recibos que según ordenó la sentencia del juicio ordinario primigenio, deben ser tomados para el efecto de la liquidación de los daños.

69. En el peritaje contable presentado por la parte actora, el perito efectúa la cuantificación en virtud del valor total de los recibos de nómina, sin tomar en cuenta que restadas las deducciones de ley, la señora Katia Maldonado recibía una valor neto aproximado de 1123.24 euros, en tal razón, para este Tribunal, el peritaje no se corresponde con los lineamientos ordenados a tomarse en cuenta técnicamente para la determinación de la liquidación.

70. En tal razón, la cuantificación correspondiente al caso, es la sumatoria de las remuneraciones aproximadas dejadas de percibir por la demandante, a partir del mes de junio del 2010, fecha en la que fue despedida de su empleo, cuyo cálculo se extiende hasta la citación con la demanda del juicio ordinario N. 17324-2012-0681, que según consta en el sistema de consulta de causas, se citó al demandado Aldo Muirragui, mediante boletas, entregándose la última boleta el 14 de marzo del 2013, esto por cuanto según el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la época en que resolvió el proceso ordinario de condena, uno de los efectos de la citación era constituir en mora al deudor, efecto que se reitera en el artículo 64 del COGEP. Dicho límite en indemnización se establece por cuanto la responsabilidad indemnizatoria del demandado, no puede extenderse hasta la época de la resolución en el juicio ordinario, sino que únicamente se sujeta a la voluntad de exigencia de la actora, quien desde el 2010 hasta el 2012, año en que demandó por responsabilidad civil al señor Muirragui, soportó sin duda los efectos dañosos del perjuicio causado, pero a partir de la citación con la demanda, conminó al accionado a responder por su actuación culposa.

71. En ese sentido, este tribunal considera que el monto de la indemnización por daños y perjuicios es la multiplicación de los 33 meses de remuneración que la actora dejó de percibir desde junio del 2010 hasta el mes de marzo del 2013, en que se citó legalmente al actor con la demanda ordinaria. Cálculo que se efectúa tomando en cuenta que la remuneración de la actora era de 1123.24 euros por lo que el cambio al dólar, moneda en que debe pagarse la indemnización, se efectúa tomando el valor promedio en que osciló el cambio del euro al dólar, entre junio del 2010 y marzo del 2013, que según aparece en el histórico de la página WED del Banco Central Europeo, en aquel momento el valor promedio de cambio de un euro frente al dólar fue de **1.3309**[15]. Operación que arroja un valor total de cuarenta nueve mil trescientos treinta y dos dólares de los estados Unidos de Norteamérica, con treinta y seis centavos ($49332,36)

72. Monto al que debe sumarse los honorarios que recibió el demandado por la cirugía, que ascienden a mil trescientos sesenta dólares ($1360), según consta en el presupuesto de la cirugía, de fojas 20, el cual también constituye otro referente para la determinación de la indemnización según lo ordenado en la sentencia del juicio primigenio de daños y perjuicios.

[15] Obtenido en: https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/eurofxref-graph-usd.es.html

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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,*** *por unanimidad, resuelve:*

1. *Rechazar el recurso de casación, planteado por la Señora Katia Maldonado Terán y aceptar parcialmente el recurso de casación del señor Aldo Muirragui Maggi, por el caso dos del artículo 268 del COGEP.*
2. *Casar el voto de mayoría dictado por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 1 de octubre de 2019, las 10h00, por deficiente motivación.*
3. *Reformar la sentencia de primera instancia, estableciendo que el monto de la indemnización de daños y perjuicios, según el ejercicio de cálculo previamente esgrimido, asciende a la suma de* ***CINCUENTA MIL SEISCIENTOS NOVENTA DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS ($ 50.692.36)****.- Notifíquese y devuélvase.*

Roberto Guzmán Castañeda
Juez Nacional

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 09332-2014-8153

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Roberto Guzmán Castañeda**

ACCIÓN
DAÑOS Y PERJUICIOS

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El tribunal de casación, en voto de mayoría, luego del respectivo análisis de los argumentos de los recursos de casación presentados por los sujetos procesales, declara improcedente el presentado por la compañía T.J. SMITH & NEPHEW; y, acepta parcialmente el interpuesto por la compañía NEW YORKER S.A., únicamente en lo que tiene que ver con la causal quinta del artículo 2 de la Ley de Casación; por lo que, casa la sentencia de segundo nivel y dispone que la indemnización por terminación unilateral de la relación contractual, a la que tiene derecho la compañía NEW YORKER S.A., debe ser calculada tomando en cuenta el periodo de aplicación de la Ley de Protección y de su Ley reformatoria e interpretativa, esto es, desde el 31 de diciembre de 1976 hasta el 27 de octubre de 2010, en observancia de la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley derogatoria de 1997.

Quito, jueves 3 de febrero del 2022, las 08h34

I. ANTECEDENTES

a. Relación de la causa y decisiones de instancia

1. La señora Cristina Trujillo Jiménez, en calidad de Vicepresidente y representante legal de la compañía NEW YORKER S.A., ha comparecido ante la Unidad Judicial con sede en el cantón Guayaquil, para demandar en juicio verbal sumario a la compañía T.J. SMITH & NEPHEW LIMITED, en la persona de su Director Jefe Ejecutivo y representante legal, señor Oliver Bohuon.

2. En el libelo de demanda, la accionante propone: por un lado, como fundamentos de hecho *-inter alia-*:

- Que en marzo del año 1947, la compañía T.J. SMITH & NEPHEW LIMITED concedió al señor Luis Vallejo Araujo la calidad de distribuidor exclusivo de sus productos en el Ecuador (entre ellos: Tensoplast, Gypsona, Jelonet, Ichthopaste, Coscopaste, Semiplast y Tensocrepe);
- Que posteriormente, su representada NEW YORKER S.A., adquirió los derechos como distribuidora exclusiva del producto Jelonet; derechos derivados de aquella relación de distribución exclusiva originada en el año 1947 con Luis Vallejo Araujo, quien el 31 de octubre de 1958, se constituye en socio fundador de Importadora y Distribuidora New Yorker de Guayaquil S.A.;
- Que la relación de distribución exclusiva iniciada en 1947 se mantuvo inalterada y continuó en las mismas condiciones pactadas, a través de la compañía Importadora y Distribuidora New Yorker de Guayaquil S.A.
- Que el 14 de octubre de 1992, la calidad de única distribuidora autorizada para el Ecuador de los insumos médicos importados de T.J. SMITH & NEPHEW, fue ratificada por el señor J.L. Dick, International Marketing Director, vía fax con documento que fuera reconocido por Notario Público en Inglaterra y debidamente legalizado por el Consulado de Ecuador en Londres, el **5 de noviembre de 1992**; y, posteriormente, puesto a conocimiento de la Embajada Británica en Quito, el 14 de diciembre de 1992, avalado mediante comunicación suscrita por el señor Carlos de la Paz, Agregado Comercial de la Embajada Británica.
- Que el 23 de noviembre del 2000, la indicada calidad de distribuidora exclusiva, consta también reconocida en la autorización conferida a NEW YORKER S.A., para registrar, importar y distribuir Jelonet; autorización suscrita por el señor Andrew P. H. Boyes, Marketing Director - Wound Management, notariada y apostillada en el Consulado del Ecuador, en Londres, el 7 de Diciembre del 2000.
- Que el 2 de noviembre de 2009, T. J. SMITH & NEPHEW remitió a NEW YORKER S.A. una comunicación -recibida el 17 de noviembre del 2009-, en la cual ponía a disposición el Código de Conducta y Principios de Negocios de dicha compañía, explicando que, con la sola firma, NEW YORKER S.A., se sujetaría a dicho código, así como a otras leyes, códigos, reglamentos y disposiciones aplicables para toda realización de negocios en nombre de T.J. SMITH & NEPHEW.
- Que en el indicado documento, cuya firma se solicitaba a NEW YORKER S.A., no solo contenía referencias al Código de Conducta y Principios de Negocios, sino que adicionalmente se estaban realizando varias modificaciones sustanciales al contrato original de distribución exclusiva, que de implementarse significarían un menoscabo a los derechos de NEW YORKER S.A como distribuidora de los productos de T.J. SMITH & NEPHEW.
- Que el 20 de enero del 2010, mediante comunicación NEW YORKER S.A. explicó e indicó a T.J. SMITH & NEPHEW, lo siguiente: *"[…] preferimos mantener vigente el contrato original, que durante más de 40 años ha venido regulando las relaciones entre New Yorker y Smith & Nephew, sobre todo porque a este contrato se deben entender incorporadas varias normas ecuatorianas que protegen los intereses de mi representada como distribuidora, y que significan una seguridad económica en caso de que New Yorker vea disminuidos, en cualquier forma, sus derechos de distribuidora después de todo el trabajo que le ha significado abrir el mercado ecuatoriano*

a vuestro producto lo que se traduce en la importante cartera de clientes que manejamos a la fecha […]". En aquella, se declaró también la aceptación expresa del Código de Ética y el compromiso de cumplir el mismo.

- Que en el año 2010, NEW YORKER S.A. inició el trámite para renovar el registro sanitario del producto Jelonet, que a esa fecha representaba el mayor porcentaje de ventas de los productos de T.J. SMITH & NEPHEW que distribuía su representada; registro que vencía en mayo del 2011 y que, para efectos de su renovación, mediante correo electrónico de mayo de 2010, se solicitó a T.J. SMITH & NEPHEW que enviaran los documentos requeridos por las autoridades ecuatorianas.
- Que el 30 de junio de 2010, recibieron un correo de T.J. SMITH & NEPHEW en el que se indicó que enviarían los documentos a fines de septiembre de ese año.
- Que el 12 de octubre del 2010, en otro correo electrónico, T.J. SMITH & NEPHEW informa que **no han recibido la autorización para renovar ese producto** y que NEW YORKER S.A., se comunicara con el señor Jorge Gutiérrez, Director de Ventas y Mercadeo de T.J. SMITH & NEPHEW, a quien, a partir de ese mes, realizaron los nuevos requerimientos de la documentación relacionada con la renovación del registro.
- Que el **27 de octubre del 2010**, el señor Gutiérrez mediante correo comunica: *"[…] no estaremos registrando Jelonet en su mercado. Por tal razón no estaremos enviando documentos […]"*.
- Que con fecha 8 de noviembre de 2010, NEW YORKER S.A., da respuesta al correo del señor Gutiérrez, solicitando se haga conocer las razones por las cuales no se enviaría la documentación y explicando que aquella negativa eliminaba la posibilidad de seguir importando el producto y, en consecuencia, significaría la terminación del acuerdo de distribución y la violación a la Ley Ecuatoriana de Protección a los Distribuidores y Representantes de Empresas Extranjeras; insistiendo, finalmente, se remita la documentación solicitada.
- Que el 15 de julio del 2011, NEW YORKER S.A. envía comunicación al señor Olivier Bohuon, representante de T.J. SMITH & NEPHEW, reiterando el hecho de que la negativa a remitir la documentación solicitada había significado la imposibilidad de continuar con la venta del producto y a su vez la pérdida del mercado que se logró crear en Ecuador desde 1947; solicitando, al representante de T.J. SMITH & NEPHEW que se pronuncie, ya sea ratificando la decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato de distribución, tomada por su representada a través del Director de Ventas y Mercadeo, o en su defecto, indicando que la relaciones continúan en las mismas condiciones, pero tomando en cuenta el perjuicio ocasionado por el desabastecimiento que generó la decisión del mencionado funcionario. La única respuesta que tuvieron fueron unos correos del señor Mark Sobecki, Senior Corporate Counsel de T.J. SMITH & NEPHEW, quien les pedía copia del contrato de distribución.
- Que luego de varios meses sin obtener respuesta en uno u otro sentido, y ante el hecho cierto de que se los desabasteció del producto Jelonet, que ya no lo podrían distribuir por carecer de registro sanitario, se produjo la terminación intempestiva, unilateral e injustificada del contrato de distribución exclusiva de los productos de T.J. SMITH & NEPHEW que venía ejerciendo su representada, NEW YORKER S.A. y que derivó de aquella relación que se originó en 1947 con el señor Luis Vallejo Araujo.

3. La accionante, para su demanda sustenta como fundamentos de derecho, entre otros:

- Que la terminación unilateral e injustificada significa una violación a la *"Ley de Protección a los Agentes, Representantes y Distribuidores de Empresas Extranjeras"*, ya que no estuvo precedida de la autorización judicial que de acuerdo a dicha norma es requisito indispensable para la terminación de contratos de representación, agencia o distribución en el Ecuador.
- Que, en el Registro Oficial del **31 de diciembre de 1976**, se publicó la Ley de Protección a los Agentes, Representantes y Distribuidores de Empresas Extranjeras, contenida en el Decreto Supremo 1038-A; cuerpo legal dictado en el país para regular las consecuencias de la terminación de los contratos de distribución, agencia y representación, entre empresas extranjeras y una empresa nacional.
- Que esta Ley protectora de los nacionales, constituyó la expresión de la voluntad de la República del Ecuador de dar una clara y amplia protección a aquellas empresas establecidas en el País; que la protección conferida por dicha ley consistía en dos condiciones básicas: **i)** que la empresa extranjera no podía, por sí

sola, decidir dar por terminada la relación comercial, ni menoscabarla o perjudicarla en ninguna manera, sino que, para poder darla por terminada, necesitaba obtenerse la autorización previa del juez ecuatoriano; y, **ii)** que de procederse contrariamente, es decir que de darse por terminado el contrato, sin la autorización previa del Juez ecuatoriano, debería pagar, la concedente del exterior, una indemnización de daños y perjuicios, compuesta por varios elementos, entre ellos, la denominada "plusvalía del negocio".

- Que en el artículo 4 de la indicada Ley se establecieron los factores de cálculo de dicha indemnización:

  "*Art. 4.- Si el principal o concedente violare la disposición del artículo anterior, deberá indemnizar al concesionario en la medida de los daños y perjuicios que le cause, cuya cuantía se fijará de acuerdo con los siguientes factores: a.- El costo actual de lo invertido por el agente, representante o distribuidor para la adquisición y la adecuación de locales, equipos, instalaciones, mobiliario y útiles, en la medida de que éstos no fueren fácil y razonablemente aprovechables para otra actividad a que el representante, agente o distribuidor hubiere adquirido y de cuya venta o distribución no pudiere aprovecharse; c.- La plusvalía del negocio, o aquella parte de éste, atribuible a la representación, agencia o distribución. Dicha plusvalía debe determinarse tomando en cuenta los siguientes factores: 1. El número de años que el representante, agente o distribuidor haya tenido a su cargo la representación, agencia o distribución. 2. Volumen actual de ventas o distribución de mercaderías, y la proporción que representen en el negocio del representante, agente o distribuidor. 3. Proporción del mercado que el representante, agente o distribuidor haya obtenido en el Ecuador o parte de él, y el volumen que represente. 4. Otros factores que razonablemente ayuden a establecer de un modo equitativo el monto de dicha plusvalía.*"

- Que por estar amparado por la Ley de Protección a los Agentes, Representantes y Distribuidores de Empresas Extranjeras, basta acreditar documentadamente, la relación, pues, según el artículo 2 ibídem, el concesionario es la persona jurídica constituida en el Ecuador que mediante documento escrito haya sido designada por una persona jurídica constituida en el extranjero como su representante, agente o distribuidor; y, para el cobro de los perjuicios es suficiente probar que la empresa extranjera ha procedido ilegalmente al menoscabar o terminar la relación y, adicionalmente, probar las inversiones que se mencionan en los literales a y b del artículo 4, así como los factores de cálculo que se mencionan en el literal c (plusvalía del negocio) del citado artículo.
- Que la citada Ley protege a los contratos celebrados con anterioridad a ella, como aquel del que se derivan los derechos de NEW YORKER S.A., y al que se refiere en los fundamentos de hecho; así lo confirma el texto del artículo 3, primer inciso, de la referida Ley.
- Que NEW YORKER S.A. se encuentra amparada en la "Ley de Protección a los Agentes, Representantes y Distribuidores de Empresas Extranjeras", pues su designación como distribuidora de los productos de T.J. SMITH & NEPHEW LIMITED, se deriva de un contrato que fue protegido por la referida Ley; adicionalmente, dicha calidad de distribuidor autorizado, le fue ratificada durante la vigencia de esta normativa.
- Que el artículo 4 de la indicada Ley fue reformado por la Ley 125, publicada en el Registro Oficial del 5 de julio de 1996, que reemplazó el factor establecido en el numeral 2 del literal c, de dicho artículo 4, por el siguiente: "*Volumen actual de las utilidades sobre las ventas o distribución de mercadería objeto del contrato y la proporción que representen del total de las utilidades del negocio del representante, agente o distribuidor*".
- Que el Congreso Nacional, mediante Ley No. 22, publicada en el Registro Oficial del **19 de Septiembre de 1997**, derogó la Ley de Protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras en el Ecuador; pero, tal como se expresa en el artículo 2 de dicha Ley No.22, aquella derogatoria no extinguió los derechos y las obligaciones establecidas en los contratos que estaban vigentes, ni alteró las situaciones jurídicas originadas al amparo de la Ley Protectora, por lo que quedó intacta la obligación de la compañía T.J. SMITH & NEPHEW de no menoscabar ni dar por terminado el contrato de distribución sin causa legal, justificada ante una autoridad competente.
- Que sigue vigente el derecho a recibir la indemnización, prevista en la Ley Protectora

1038-A, por los perjuicios que le causó la ruptura unilateral, ilegal e injusta de la relación contractual que le vinculaba con las empresas extranjeras demandadas.

- Que NEW YORKER S.A., se encuentra amparada por la Ley Protectora, pues reúne los siguientes requisitos: *"Haber mantenido una relación permanente de más de 60 años de duración, como distribuidora exclusiva de productos extranjeros, de la compañía SMITH & NEPHEW que es una empresa que tiene la calidad de concedente. Esa relación está debidamente documentada, como en efecto lo probaré con los archivos de su representada. Haber visto menoscabada y finalmente haber sido despojada unilateral, ilegal y arbitrariamente de la distribución que tenía, púes no significó otra cosa, el no haber recibido los medios necesarios para obtener la renovación del registro sanitario en el Ecuador del producto Jelonet que distribuía, lo que evidentemente impide la venta y distribución del mismo en el país."*
- Que NEW YORKER S.A., se encuentra plenamente facultada para acogerse a lo previsto en la mencionada Ley y puede demandar perjuicios que deben calcularse de acuerdo al artículo 4 de la misma Ley.
- Que NEW YORKER S.A. demanda en la vía verbal sumaria a T.J. SMITH & NEPHEW LIMITED, para que en sentencia se declare que efectivamente la mencionada compañía violó la Ley Ecuatoriana de Protección a Agentes, Representantes y Distribuidores de Productos Extranjeros, al terminar unilateral e injustamente las relaciones comerciales que mantenía su representada, y se la condene a pagar los daños y perjuicios ocasionados a su representada, los cuales deberán cuantificarse de conformidad con el artículo 4 de la citada Ley Protectora.
- Que el derecho de NEW YORKER S.A., a recibir esta indemnización nació desde la fecha en que fue notificada con la ilegal e injusta comunicación, contentiva de la decisión de no renovar el registro sanitario del producto Jelonet (27 de octubre del 2010), y por lo tanto, desde dicha fecha, al valor que por concepto de indemnización de daños y perjuicios se llegare a establecer, deberá necesariamente aplicarse el máximo interés legal vigente en el Ecuador.
- Que la cuantía asciende a USD $27'915.109,12 más los intereses de ley, valor que corresponde a la aplicación de los siguientes factores: 64 años de relación comercial y utilidad promedio de los últimos 36 meses: USD $436.173,58.

4. Sustanciada la causa conforme las disposiciones adjetivas previstas en el Código de Procedimiento Civil, se dicta en primera instancia, sentencia estimatoria de la acción, el 06 de diciembre de 2016, las 08h06, declarando, inter alia: (i) *"con lugar la demanda planteada por la compañía NEW YORKER S.A."; (ii) "disponiéndose a la compañía T.J. SMITH AND NEPHEW LTDA pague a la compañía NEW YORKER S.A., el valor de USD$ 702.206,80 (SETECIENTOS DOS MIL DOSCIENTOS SEIS CON 80/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA); más los intereses de Ley, que no podrán exceder de la tasa de interés publicada por el Banco Central del Ecuador [...]"*.

5. Recurrida esta decisión por parte de la demandada, T.J. SMITH & NEPHEW –con adhesión de la parte accionante-, la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dictó sentencia el 06 de diciembre de 2017, las 14h45, en la que resolvió: (i) *"Aceptar parcialmente el recurso de apelación planteado por la parte Accionada […]"*; (ii) *"[…] Reforma la sentencia subida en grado, aceptado parcialmente la demanda interpuesta por NEW YORKER S.A., disponiéndose a la compañía T.J. SMITH AND NEPHEW LTDA pague a la compañía NEW YORKER S.A., las indemnización a las que tiene derecho la parte actora a partir del año 1992, de conformidad con los parámetros establecidos en el Art. 4 del Decreto Supremo No.1038A, publicado en el Registro Oficial No. 245 del 11 de diciembre de 1976 y su Ley Interpretativa y Reformatoria a la Ley de protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras, publicado en el Registro Oficial No. 982 del 5 de Julio de 1996, que se calcularán en la liquidación que se elabore en el estado procesal pertinente, por el perito que se designe para el efecto […]"*.

b. Actos de sustanciación de los recursos

6. Una vez que, mediante auto de 14 de marzo de 2018, las 10h36 se ha desestimado las solicitudes de aclaración y ampliación propuestas por la parte accionada y, de ampliación planteada por la actora; Cristina Trujillo Jiménez, por los derechos que representa de la compañía NEW YORKER S.A.; y, T.J. SMITH AND NEPHEW, por sus propios derechos, interponen recurso extraordinario de casación de la sentencia de última instancia.

7. La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte

Nacional de Justicia, el 12 de marzo de 2019; mientras que, mediante auto de 1 de abril de 2019, las 13h11, la Conjueza Nacional competente del estudio del recurso, María Alejandra Cueva Guzmán, admite en forma parcial los recursos de casación interpuestos; es así que se señala en la parte pertinente:

> *"[…] En cumplimiento con lo dispuesto en el inciso tercero del art. 8 de la Ley de Casación, y en consideración del análisis realizado en este instrumento. El recurso de casación interpuesto por la COMPAÑÍA NEW YORKER S.A, se admite por las casuales cuarta y quinta en su totalidad, y, por la causal primera únicamente por el cargo segundo, esto es por la indebida aplicación del artículo 7 del Código Civil. En cambio, se inadmite el recurso por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Con respecto al recurso interpuesto por la COMPAÑÍA SMITH & NEPHEW, se admite el recurso por las causales cuarta y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación; y, se lo inadmite con respecto a las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que dispongo que pase el proceso al Tribunal de Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia […]".*

8. Así, mediante sorteo efectuado el 11 de junio de 2019, las 09h50, la causa accede al tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado -de manera primigenia- por las juezas nacionales: Julieta Magaly Soledispa Toro, en calidad de ponente, María Rosa Merchán Larrea y Rosa Beatríz Suárez Armijos.

9. Mediante Resolución No. 197-2019, de 28 de noviembre de 2019, el Pleno del Consejo de la Judicatura, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales[1]; resolvió –en sus artículos 1 y 2-, aprobar el Informe Técnico No. DNTH-SA-1002-2019, de 27 de noviembre de 2019, para designar temporalmente a las y los conjueces de la Corte Nacional de Justicia provenientes de las distintas Cortes Provinciales y Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Tributario a nivel nacional; constando entre ellos los doctores: María de los Ángeles Montalvo Escobar, Carlos Vinicio Pazos Medina y Pablo Fernando Valverde Orellana; es así que, mediante acciones de personal de 29 de noviembre de 2019, suscritas por el doctor Pedro José Crespo, Director General del Consejo de la Judicatura, se emite sus designaciones como Conjueces Temporales de la Corte Nacional de Justicia.

10. Mediante Acciones de Personal, de 4 de diciembre de 2019, suscritas por la doctora Martha Beatriz Villarroel Villegas, Jefa de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia, se resuelve convalidar y autorizar el reemplazo de los despachos de las doctoras Julieta Magaly Soledispa Toro, María Rosa Merchán Larrea y Rosa Beatríz Suárez Armijos, ex Juezas Nacionales de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, a los doctores María de los Ángeles Montalvo Escobar, Carlos Vinicio Pazos Medina y Pablo Fernando Valverde Orellana, Conjueces de la Corte Nacional de Justicia, en todas la causas de la mencionada Sala, a partir del 3 de diciembre de 2019; y, en la situación propuesta, se los designa como Jueces (E) de la Corte Nacional de Justicia.

11. Debido a la pandemia por COVID-19, y la declaratoria de emergencia sanitaria dispuesta en el país, el Pleno del Consejo de la Judicatura emite las Resoluciones No. 028-2020 de 14 de marzo de 2020 y 031-2020, de 17 de marzo de 2020, así como la Resolución N° 04-2020 de 16 de marzo de 2020, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en las que se declararon suspendidos los plazos y términos –mientras dure el estado de emergencia sanitaria- en la sustanciación de los procesos judiciales.

12. Mediante Resoluciones N° 07-2020 de 03 de junio de 2020 y 057-2020 de 31 de mayo de 2020 dictadas, en su orden, por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se reanuda gradualmente las actividades de la Función Judicial y se habilitan los plazos y términos antes suspendidos.

13. Cabe anotar que, desde el 02 de julio de 2020[2], se encontraba en marcha el proceso de elección de jueces y juezas de la Corte Nacional de Justicia, el que, culminaría sin la designación de jueces/zas de esta Sala Especializada, el 28 de enero de 2021.[3]

---

[1] Artículo 181 de la Constitución de la República del Ecuador; y, numeral 2 del artículo 40, y numerales 1 y 10 del artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial.

[2] Consejo de la Judicatura, Resolución del Pleno n. º 072-2020 de 02 de julio de 2020, decisión en la que se convocó al concurso público de oposición y méritos para juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia.

[3] Consejo de la Judicatura, Resolución del Pleno n. º 008-2021 de finalización y cierre del concurso de 28 de enero de 2021.

14. Así, mediante sorteo efectuado el 09 de marzo de 2021 las 03:36 pm, la causa accede al tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, David Isaías Jacho Chicaiza, y, Wilman Gabriel Terán Carrillo.

c. Cargos admitidos en contra de la sentencia de apelación

15. Conforme quedó referido en el numeral 7 de este fallo, en lo que respecta al medio de impugnación extraordinario interpuesto por la accionante compañía NEW YORKER S.A., fueron admitidas las siguientes casuales: **i)** primera; **ii)** cuarta; y, **iii)** quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

16. Las disposiciones jurídicas que se señalan infringidas son: **i)** indebida aplicación del artículo 7 del Código Civil (CC); **ii)** violentando las normas expresas de los artículos 19, 27 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); 273 del Código de Procedimiento Civil (CPC); y, **iii)** carecer la sentencia de la motivación necesaria, artículo 76.7, l) de la Constitución de la República (CRE).

17. Con relación al recurso de casación planteado por la demandada compañía SMITH & NEPHEW; de igual forma, tal cual quedó indicado en el numeral 7 de este fallo, fueron admitidas las siguientes casuales: i) cuarta; y, ii) segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.

18. Las disposiciones jurídicas que se suponen infringidas son: falta de aplicación de los artículos 408, 828 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; y, numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Con cargo a la causal cuarta se alega que la sentencia ha incurrido en *extra petita* y *ultra petita*.

19. Por cuanto corresponde emitir la decisión conforme el trámite previsto en la Ley de Casación, puesto que el proceso ha iniciado de manera previa a la vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), este tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, emite las siguientes consideraciones.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

20. Este tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto en virtud de la Resolución N° 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

21. Con base en esa resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, han sido debidamente encargados para ejercer esas funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 114-P-CNJ-2021 y 112-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

22. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 184 de la Constitución de la República, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183, numeral 4, 184 y 190, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

III. VALIDEZ PROCESAL

23. En la tramitación de este proceso en fase de casación, no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad, así como la observancia y respeto, por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución; y, por otro, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA ACCIONANTE NEW YORKER S.A.

24. Sobre la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente alega:

- Indebida aplicación de la norma de derecho contenida en el numeral 18 del artículo 7 del Código Civil –en adelante CC-, lo cual ha sido determinante en la parte resolutiva del fallo.
- La reflexión realizada por la Sala de Apelación busca concatenarse con el criterio que surge de la errada interpretación del artículo 7, numeral 18; lo cual surge de una mención contenida en la sentencia, en el numeral 4 del ordinal quinto que establece un criterio de errada interpretación del alcance de dicha norma la cual determina el principio de retroactividad de la ley y sus excepciones, así como su eventual aplicación al *sub júdice*.
- Más adelante, la Sala de Apelación hace conexión con el establecimiento de la relación comercial en 1992; infiere claramente que pretende sustentar que la Ley de Protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras, promulgada el viernes 31 de diciembre de 1976 no podía ser aplicada retroactivamente a un contrato iniciado antes de la entrada en vigor de dicha norma, compartiendo de forma errada el criterio de la parte demandada, pero que, habiendo iniciado la relación contractual en 1992, cuando ya estaba en plena vigencia la Ley, ésta sí era aplicable a la relación contractual. Máxime si señalan que la Ley derogatoria establece que no se extinguían los derechos y obligaciones originadas al amparo de dichas leyes -Ley de 1976 y Ley interpretativa de 1996.
- A criterio de la Sala de Apelación, si la relación contractual hubiera iniciado antes de la vigencia de la norma, entonces no era aplicable a la relación contractual de New Yorker con T. J. Smith & Nephew, al amparo de lo preceptuado en el artículo 7, numeral 18, inciso primero del CC; normas que, aunque no se las menciona expresamente se colige claramente son las que se pretende aplicar.
- Bajo el amparo de esas normas (artículo 7.18, inc. 1°. CC), como pretende la parte demandada, parece señalar, que la Sala de Apelación en su fallo, no podía incorporar a la relación contractual existente entre New Yorker y T. J. Smith & Nephew la Ley de Protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras, pues al tenor de lo señalado en la norma, la ley no es retroactiva y las normas que debían ser incorporadas a dicha relación son aquellas que regían al momento de su establecimiento.
- Como la Sala de Apelación estableció que el tiempo en que empezó la relación comercial fue en 1992, y por ende estaba vigente la Ley de Protección, no habría problema; pero el hecho cierto es que: **i)** ni la relación comenzó en esa época; y, **ii)** ni la mencionada norma del Código Civil son aplicables al sub júdice.
- El artículo 7, numeral 18, inciso 2° CC establece la excepción que definitivamente hace que la Ley de Protección era plenamente aplicable a la relación comercial existente entre New Yorker y T. J. Smith & Nephew, sea que esta hubiera iniciado en 1992, 1978, 1976 o 1947.
- La Ley de Protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras, publicada en el R. O. No. 245 del 31 de diciembre de 1976, fue expedida no sólo para las relaciones que pudieran darse en el futuro, sino para proteger a quienes ya contaban con relaciones comerciales constituidas en el Ecuador y de muchos años de vigencia.
- Resulta importante analizar el texto completo, en su real alcance y aplicación, el artículo 7, numeral 18 CC, siendo en realidad el inciso 2° de dicha norma la que debe ser aplicada en el caso de la relación comercial existente entre New Yorker y T. J. Smith & Nephew.

25. En lo que corresponde a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, la casacionista refiere que:

- En la sentencia impugnada la Sala de Apelación resuelve temas que no fueron materia de litigio; de la revisión de la demanda y de la contestación, no fue materia ni de excepción, ni de apelación, la determinación de la época en que se dio inicio a la relación comercial entre New Yorker y T. J. Smith & Nephew.
- La Sala de Apelación debió aplicar los artículos 19, 27 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial –en adelante COFJ-, y por tanto, abstenerse de tratar algo no planteado; el ad quem tenía la obligación, por mandato expreso de la ley, de pronunciarse únicamente sobre los puntos sobre los cuales se trabó la Litis y de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.

- La Sala de Apelación actuó en franca contraposición de la Ley, violentando normas expresas contenidas en los artículos 19, 27 y 140 del COFJ, así como el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, pues jamás las aplicó y, dictó una sentencia determinando, de oficio, una fecha de inicio de la relación comercial entre las partes, algo que jamás fue materia de controversia.
- La ilegal declaratoria del *ad quem*, ha dejado en indefensión jurídica, sin oportunidad de ejercer su derecho a la legítima defensa, pues si el tema de la época de inicio de la relación comercial hubiera sido parte de la controversia, hubiera ejercido su derecho a demostrar que tal inicio se dio antes de 1992.
- La Sala de Apelación ni siquiera aplicó lo contemplado en los artículos 28 y 300 del CC, que era su obligación expresa.
- La omisión por parte del ad quem le ha dejado en la indefensión, afectando sus derechos fundamentales contemplados en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República – en adelante CRE-.
- La Sala de Apelación incurrió claramente en una *extra petita*.

26. En lo que corresponde a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente sostiene que:

- La motivación de una resolución judicial no puede ser únicamente la invocación de disposiciones normativas, sino que la técnica jurídica, establece que dicha enunciación tiene que ir acompañada de la explicación necesaria respecto de la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho.
- Al haberse aplicado disposiciones normativas que no son pertinentes para la resolución del asunto litigioso, la Sala de Apelación ha dictado su fallo sobre temas que jamás fueron parte de la controversia, por lo que, no cabe que se pretenda decir que se ha explicado la pertinencia de la aplicación de dichas disposiciones normativas que han sido invocadas por los juzgadores en el fallo, a los antecedentes de hecho que, narrados en la demanda, conformaron la Litis, luego con la contestación a la demanda.

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA ACCIONADA T.J. SMITH & NEPHEW

27. Sobre la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente alega:

- La falta de aplicación del artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, referente a la declaratoria de nulidad procesal por la violación de trámite inherente a la naturaleza del asunto, ya sea de oficio o a petición de parte, siempre que hubiere influido en la decisión de la causa, con observancia de las reglas generales, especialmente lo dispuesto en los artículos 355, 356 y 357 del mismo cuerpo legal.
- Manifiesta que el artículo 2 de la Ley Derogatoria de la Ley de Representantes, Agentes, o Distribuidores de Empresas Extranjeras, que establece que la derogatoria de la indicada ley, no extingue los derechos y obligaciones establecidas en los contratos, ni altera las situaciones jurídicas establecidas al amparo de dichas leyes, ni afecta las controversias judiciales que se hubieren planteado antes de la vigencia de la mencionada Ley, no es aplicable al presente caso, a la luz de los hechos sobre los cuales se trabó la Litis, esto es que el vocero de Smith & Nephew en el año 2010, en su correo electrónico dijo *"no estaremos registrando Jelonet en su mercado. Por tanto, no se enviarán documentos"*, lo que provocó la demanda en contra de su representada; además, que la indicada ley ya no se encontraba vigente en aquella fecha, debiéndose aplicar para temas contractuales el Código Civil, inclusive el Código de Comercio y, para el caso de acciones de daños y perjuicios, el Código de Procedimiento Civil, que establecía el trámite ordinario para estos casos, previsto en el artículo 828 de dicho cuerpo legal.
- Que la supuesta violación de trámite, supondría una limitación del derecho a la defensa, en tanto las condiciones de los dos trámites son totalmente diferentes, pues la vía verbal sumaria es más restrictiva de este derecho, no así la vía ordinaria, según así se ha pronunciado la jurisprudencia sobre el tema, constituyéndose en una situación insubsanable que influyó en la decisión de la causa y en consecuencia no se aplicó el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República.

28. Sobre la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente alega:

- Acusa a la sentencia impugnada de haber resuelto algo más de lo solicitado (*plus o ultra petita*), pues la parte actora en el numeral 5, párrafo segundo de su líbelo, entre sus pretensiones formuló que el derecho a pedir indemnización habría nacido el momento en que fue notificada con la comunicación de no renovar el registro sanitario del producto Jelonet, es decir el 27 de octubre de 2010, y por tanto, de la misma fecha se debía contar para la misma, además del máximo de interés legal vigente en el Ecuador, reclamando en todo caso el pago de los intereses legales desde la citación con la demanda; sin embargo, en la sentencia recurrida se resuelve aceptar parcialmente la apelación interpuesta por los actores y se dispone que los demandados paguen las indemnizaciones a que tienen derecho desde el año 1992 de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 4 del Decreto Supremo 1038-A, incurriendo la sentencia en una violación al principio de congruencia que debe tener la sentencia entre lo demandado, lo excepcionado y lo resuelto.
- Dejando de la analizar si la no renovación del registro sanitario del producto Jelonet, constituía terminación unilateral del contrato de distribución, y como consecuencia de aquello, determinar si la Ley contenida en el Decreto Supremo 1038-A y su posterior Ley Derogatoria era o no aplicable a un hecho ocurrido 16 años después de derogada la Ley.

VI. CONSIDERACIONES PREVIAS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

6.1. De la motivación de las resoluciones judiciales.

29. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas[4]. En la actualidad, la motivación casacional sigue en una constante evolución que exige un análisis de razonabilidad práctica más allá de la racionalidad formal.

30. La motivación es la justificación de la decisión judicial y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión[5], en un sentido u otro[6]; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho[7].

31. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español ha acogido la concepción racionalista de la motivación al sostener que:

> *"[…] lo que […] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho […]".*[8]

32. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprocesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a

[4] Cfr. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 227-12-SEP, Caso 1212-11-EP, 21 de junio de 2012, la que establece, ciertos parámetros o guías para la determinación de una decisión motivada. Dicha sentencia se cita con frecuencia en el repertorio de jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional, así: (1) Sentencia 020-13-SEP-CC, Caso 0563-12-EP, 30 de mayo de 2013. (2) Sentencia 097-13-SEP-CC, Caso 1614-11-EP, 26 de noviembre de 2013. (3) Sentencia 123-13-SEP-CC, Caso 1542-11-EP, 19 de diciembre de 2013. (4) Sentencia 023-14-SEP-CC, Caso 2044-11-EP, 29 de enero de 2014 (5) Sentencia 048-15-SEP-CC, Caso 1657-12-EP, 25 de febrero de 2015. (6) Sentencia 332-15-SEP-CC, Caso 0418-14-EP, 30 de septiembre de 2015, entre otras. En la actualidad, sobre la motivación cfr. (1) Caso No. 18989-12-EP, 04 de diciembre de 2019. (2) Caso No. 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019.

[5] En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.

[6] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pág. 187-188.

[7] Nieto, Alejandro, *Arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pág. 157.

[8] Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.

impugnar[9]; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso.[10] [11]

33. En la función extraprocesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad[12] de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica[13].

34. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

> *"[…] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión […]"[14] […] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha […]".[15]*

35. A lo anterior, se agrega que, cuando se realiza una evaluación de razonabilidad de una decisión judicial, debe tenerse en cuenta además de la dimensión lógica de lo razonable, su dimensión histórica y social, toda vez que en muchos casos "lo que hay que considerar como razonable depende de circunstancias temporales y espaciales".[16]

36. Por ello, en cumplimiento con dicha obligación constitucional dentro del modelo de Estado garantista de derechos y, en virtud del principio de irradiación constitucional[17] con relación a la

---

[9] Artículo 8. Garantías Judiciales. (…) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 que determina que: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

[10] Ferrer, Jordi, Ob. cit., pág. 189-191.

[11] A este respecto, es importante mencionar que, inclusive en derecho comparado, específicamente en sistemas de common law, se ha establecido en sus precedentes, que el deber de motivar o de justificar las decisiones judiciales es a la vez, una función del debido proceso, y por tanto, de justicia; y, que su fundamento tiene dos funcionalidades. La primera se refiere a que la justicia, exige que los sujetos procesales –especialmente la parte a quien se le ha rechazado su pretensión- sepan por qué han ganado o perdido –coloquialmente hablando- el proceso, pues, si no se justifica la decisión, quien no ha obtenido el resultado esperado en el proceso judicial, no sabrá si el tribunal se ha desviado en la aplicación del derecho, y por lo tanto, pueda considerar que tiene fundamento para impugnar sobre el fondo del asunto. La segunda funcionalidad es que el deber de motivación 'concentra la mente', por lo que, si se cumple, es mucho más probable que la decisión se base sólidamente en la evidencia presentada. (Sentencia de al *Court of Appeal* inglesa, caso *Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*)

[12] El juicio de predecibilidad es una suerte razonamiento argumentativo que parte de las acciones que realiza un sujeto en un determinado momento; que establece cuál es el derecho que corresponde aplicar a esas conductas; y, que infiere con claridad meridiana cuál será el contenido de las decisiones de los servidores públicos si aplican ese derecho a las acciones en cuestión.

[13] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, pág. 191.

[14] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.

[15] CASO V.R.P., V.P.C.* Y OTROS VS. NICARAGUA, sentencia de 8 de marzo de 2018 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 254-255.

[16] Urgina, Mercader, "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y "canon reforzado de motivación", en *La doctrina del Tribunal Constitucional. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* No. 73, 133, 2008 citado, a la vez, en las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana N° 1048-13-EP/19, Caso N° 1048-13-EP, 08 de enero de 2020; y, N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, 08 de enero de 2020.

[17] El principio de irradiación constitucional previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, implica el reconocimiento expreso no solo de la supremacía constitucional, sino paralelamente de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, por lo que el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo fundamental para la garantía plena de los derechos. Si bien el artículo 8 la Convención Americana de Derechos Humanos no establece de forma expresa el deber de motivación; no obstante, a través de su jurisprudencia, la Corte IDH, ha tenido la posibilidad de ampliar, aunque paulatinamente, el contenido del artículo

fuerza vinculante sustancial[18] y supremacía de la Constitución, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

6.2. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

37. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

38. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso. A la vez, el artículo 169 de la Constitución prescribe: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

39. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

40. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos: "[…] el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos".[19] Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.

41. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana —en adelante CC— señala que el derecho a la tutela judicial efectiva,[20] que prescribe el artículo 75 de la Constitución, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

42. A su vez, la CC[21] desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley.[22] Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores,

8.1 de la Convención para incorporar el deber de motivación a través de varios fallos, así: (1) Lori Berenson Mejía vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párrafos 175-181. (2) Yatama vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 152. (3) Castañeda Gutman vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de 06 de agosto de 2008, párrafo 93-34. (4) López Mendoza vs. Venezuela, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de 01 de septiembre de 2011, párrafos 36-39. De igual manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende la importancia de este principio y en los casos: (1) Hiro Balani vs. España [Sentencia de 09 de diciembre de 1994, párrafos 26-28], (2) Hurk vs. Holanda [Sentencia de 19 de abril de 1994. Párrafo 61], (3) García Ruiz vs. España [Sentencia de 21 de enero de 1999, párrafo 26], entre otros, desarrolla este principio.

[18] La fuerza vinculante sustancial consigna a las normas constitucionales como verdaderas normas jurídicas de aplicación directa, vinculantes y susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos no solo en las relaciones entre el Estado y los particulares, sino también entre los particulares.

[19] González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), pág. 27.

[20] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.

[21] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 134-15-SEP-CC, Caso 0342-12-EP, 29 de abril de 2015; (2) Sentencia 278-15-SEP-CC, Caso 0398-15-EP, de 28 de agosto de 2015.

[22] Cfr. En un sentido similar: Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 224-14-SEP-CC, Caso 1836-11-EP, 10 de diciembre de 2014, al establecerse como presupuestos de la tutela: (1) acceso a la justicia; (2) debida diligencia sustanciación causa (inmediación, celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia y economía procesal; (3) defensa; y, (4) motivación y ejecución sentencia.

siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.[23]

43. Por su parte, la CC vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales.[24] Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

44. A la vez, el artículo 8.1 del texto convencional de la CADH que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

> *"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."*

45. Este artículo tiene relación con el artículo 25 que se alude a la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la CADH es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

46. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

47. Es decir, este derecho complejo (debido proceso) que implica, a su vez, otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.[25]

48. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica . La seguridad jurídica,[26] desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidar la seguridad jurídica en su dimensión objetiva.[27]

49. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna.[28]

---

[23] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014. 2) Sentencia N° 1943-12-EP/19, Caso N° 1943-12-EP. 3) Sentencia N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, de 08 de enero de 2020. De forma similar, se pronuncia en: 1) Sentencia No. 052-13-SEP- CC, caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 006-13-SEP-CC, Caso No. 0614-12-EP; Sentencia No. 012-13-SEP-CC, caso No. 0253-11-EP; Sentencia No. 018-13-SEP-CC, Caso No. 0201-10-EP; Sentencia No. 021-13-SEP-CC, Caso No. 0960-10-EP; Sentencia No. 029-13-SEP-CC, caso No. 2067-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 041-13-SEP-CC, Caso No. 0470-12-EP; Sentencia No. 047-13-SEP-CC, Caso No. 1608-11-EP; Sentencia No. 049-13-SEP-CC, Caso No. 1450-12-EP; Sentencia No. 051-13-SEP-CC, Caso No. 0858-11-EP; Sentencia No. 052-13-SEP-CC, Caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 084-13-SEP-CC, Caso No. 1607-11-EP; Sentencia No. 091-13-SEP-CC, Caso No. 1210-12-EP; Sentencia No. 100-13-SEP-CC, Caso No. 0642-12-EP.

[24] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.

[25] Gozaíni, Osvaldo, Ob. cit., pág. 24.

[26] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.

[27] MALEM, Jorge, "Inseguridad jurídica, pobreza y corrupción" en Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica, ed. Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2018, pág. 22.

[28] Ibíd., pág. 23.

50. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.

51. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben —por lo regular— analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

52. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

6.3. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil.

1. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o 'ruptura' de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido.[29]

2. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.[30]

3. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación –en el que los poderes del tribunal ad quem no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso-, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y a expresarlo en la fundamentación de su recurso.

4. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.[31]

5. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*.

6. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".[32]

[29] Rodríguez-Zapata, Jorge, Fundamentos de lo contencioso-administrativo, Madrid, Tecnos, 2019. ISBN: 978-84-309-7843-4
[30] Ibíd. +
[31] Taruffo, Michele, La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile, Boloña, Il Mulino, 1991, pág. 72-73.
[32] Nájera, Mario, Derecho Procesal Civil, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.

7. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición –casacional-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva[33]. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.[34]
8. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.
9. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.[35]
10. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber:

i) Son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado;
ii) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y,
iii) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

VII. CUESTIONES JURÍDICAS A RESOLVER

a. Problema jurídico a resolver
53. Los recursos presentados se desarrollan, en términos generales, respecto de la aplicación temporal de la Ley de Protección a los representantes, agentes o distribuidores de empresas extranjeras contenida en el Decreto Supremo 1038-A, su ley interpretativa y reformatoria, y posterior ley derogatoria, es así que este Tribunal procede a plantear el siguiente problema jurídico que recoge los cargos alegados por los dos sujetos recurrentes:

La aplicación de la Ley de Protección a los representantes, agentes o distribuidores de empresas extranjeras contenida en el Decreto Supremo 1038-A, durante su vigencia, ¿ha provocado violación del trámite de la causa, así como ha causado que el tribunal de apelación incurra, tanto en incongruencia de la traba de la *litis* como en falta de motivación de la sentencia recurrida?

[33] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.
[34] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.
[35] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

VIII. RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL PROBLEMA JURÍDICO PRESENTADO EN CASACIÓN

54. Para poder resolver el problema jurídico presentado por los dos sujetos recurrentes, se puntualiza que el mismo se abordará de la siguiente manera: i) primero, se analizará el cargo de falta de motivación de la sentencia; ii) en función del primero, se podrá dar respuesta al cargo de nulidad procesal por violación de trámite; y, iii) finalmente, se absolverá el cargo de *extra y ultra petita*.

8.1. Sobre la acusación de falta de motivación.

55. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

56. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.[36]

57. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.[37]

58. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificativa, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

59. A esto se agrega que, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21, ha explicado cuál es el criterio rector de la garantía de motivación, mismo que se extrae del contenido de la disposición recogida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución de la República, el cual tiene que ver con la exigencia de una argumentación jurídica suficiente que abarca la estructura de una resolución mínimamente completa –y no con la corrección de la misma-, exigencia que impone al órgano jurisdiccional, la obligación de *"i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron los juzgadores y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*.[38]

60. El criterio rector en tratándose de la motivación, y respecto de la disposición constitucional, tiene que ver con la exigencia mínima de motivación suficiente que se le exige al juzgador –mas no correcta-, lo cual obliga a este último a no solo enunciar las normas o principios jurídicos en que se apoyaron los jueces, sino también a enunciar los hechos del caso, con la finalidad de que se explique a su vez, la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.

61. En este sentido, para que una resolución se considere motivada, en los términos de la referida disposición constitucional, debe contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación

[36] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción*, pág. 189.
[37] Taruffo, Michele, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba" en *Discusiones: prueba, conocimiento y verdad*, Año III, No. 3, pág. 89-90. http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44675.pdf (Acceso 10/06/2021).
[38] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 58.

suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.[39]

62. Así, la deficiencia en la motivación puede verificarse a través de tres tipos básicos: a) la inexistencia de motivación; b) la insuficiencia de motivación; y, c) la apariencia de motivación.

63. La inexistencia de motivación tiene lugar cuando la resolución judicial no tiene fundamentación normativa ni fáctica; la insuficiencia de motivación por su parte, se verifica cuando la decisión tiene *"alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica"*, pero alguna de aquellas o ambas no cumplen con el estándar de suficiencia.[40]

64. La apariencia ocurre cuando a primera vista, una resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad.[41]

65. Existe el vicio de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se evidencia una contradicción entre los enunciados que componen aquellas –incoherencia lógica-, o una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión –incoherencia decisional-.[42]

66. La inatinencia se configura cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se dan razones que no tienen relación con la controversia, ni con la conclusión final de la argumentación.[43]

67. La incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.[44]

68. Finalmente, la incomprensibilidad se da cuando un fragmento del texto, ya sea oral o escrito, que contiene la argumentación fáctica o normativa no es inteligible en términos de razonabilidad para un profesional del Derecho o para un ciudadano.[45]

69. Así las cosas, corresponde al Tribunal dilucidar, si en efecto, la sentencia de apelación se encuentra debidamente motivada en función de los elementos de prueba aportados por las partes para justificar, de manera suficiente, las proposiciones sobre hechos propuestas por aquellas y que son el objeto de prueba dentro del proceso *in comento*, así como, en función del contenido de las disposiciones normativas aplicadas por el tribunal de instancia.

70. En este sentido, el tribunal de apelación ha realizado un ejercicio de valoración probatoria respecto de los elementos de prueba aportados por los sujetos procesales, en función de los cuales, ha dado como suficientemente justificadas, las proposiciones sobre hechos presentadas por las partes, a saber:

Elementos de prueba:

i) Comunicación dirigida por Smith Nephew Limited a Luis Vallejo Araujo, de 11 de marzo de 1947, en la cual Smith & Nephew Limited establece que, Luis Vallejo Araujo era representante exclusivo para la venta de productos producidos por Smith & Nephew Limited en Ecuador.

ii) Escritura de constitución de la compañía importadora y distribuidora New Yorker de Guayaquil, celebrada ante la Notaria Cuarta del cantón Guayaquil, de 27 de junio de 1968, cuyos constituyentes son Luis Vallejo Araujo, Carlos Trujillo Calisto y Benigno Kruger Sotomayor, cuyo objeto es la importación, distribución y venta de productos farmacéuticos y de toda clase de negocios de importación y exportación.

iii) Escritura de disolución anticipada de la compañía importadora y distribuidora New Yorker de Quito; fusión de ésta con la compañía importadora y distribuidora New Yorker de Guayaquil; cambio de denominación de esta última por la de New Yorker S. A. y aumento de capital y reforma de Estatutos de esta compañía, cuyos constituyentes son Carlos Luis Trujillo Febres-Cordero en su calidad de Gerente General de la Compañía Importadora y Distribuidora New Yorker de Guayaquil y, por otra parte Pedro Raatjen Ríos, en su

[39] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.
[40] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 67-70.
[41] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.
[42] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.73-75.
[43] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.80.
[44] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.
[45] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 95.

calidad de Presidente de Importadora y Distribuidora New Yorker de Quito, celebrada ante el Notario Quinto del cantón Guayaquil, el 30 de noviembre de 1993, cuyo objeto es la importación, distribución y venta de productos farmacéuticos y de toda clase de negocios de importación y exportación.

iv) Exhibición de documentos ante la Notaria Quincuagésima Cuarta del cantón Guayaquil, en la que consta la comunicación dirigida por J. L. Dick, Director Internacional de Marketing de Smith & Nephew Medical Limited, a Importadora y Distribuidora New Yorker de Guayaquil, en la que se ratifica a la compañía actora como distribuidora autorizada para el Ecuador de los productos AIRSTRIP, GYPSONA, MELOLIN, SOFFBAN, TENSOPLAST, BACTIGRAS, JELONET, OPSITE y TENSOCREPE, sin que conste fecha de emisión, sino del reconocimiento de dicha comunicación, realizado ante Notario Público en Inglaterra, el 28 de octubre de 1992.

v) Comunicación de 12 de julio de 1995, enviada por Smith & Nephew a New Yorker S. A., en la que se reconoce que New Yorker S. A. es distribuidor de los productos de Smith & Nephew.

vi) Comunicación de 23 de noviembre de 2000 dirigida por Smith & Nephew a New Yorker S. A., por medio de la cual se autoriza a registrar, importar y distribuir JELONET en su representación en Ecuador.

vii) Comunicación de 2 de noviembre de 2009, dirigida por Smith & Nephew a New Yorker S. A., en la que se da a conocer lineamientos en la relación vigente y celebrar un nuevo contrato que contenga provisiones mejoradas de cumplimiento.

viii) Comunicación de 6 de noviembre de 2009, dirigida por Smith & Nephew a New Yorker S. A., en la cual se adjunta una memoria USB que contiene la información en el evento de Distribuidores en San Petesburgo-Florida, en la que se hace mención sobre los productos o giro del negocio.

ix) Comunicación enviada por New Yorker S. A. a Smith & Nephew, de 21 de mayo de 2010, en la cual se están dando a conocer los requisitos que se requiere para la renovación del permiso sanitario del producto JELONET.

x) Comunicación de 30 de junio solicitando confirmación de la fecha de despacho de documentos para reinscripción del producto antes referido, recibiendo contestación por parte de Smith & Nephew, en la que indica que se despachará a finales de septiembre de 2010.

xi) Correo electrónico impreso entre New Yorker S.A. a Smith & Nephew, en la que se pide informar el status de la documentación requerida, teniendo como respuesta que por parte de Smith & Nephew no hay la autorización para la renovación de dicho producto (JELONET).

xii) Comunicación de 21 de octubre de 2010, mediante la que New Yorker manifiesta a Smith & Nephew que no han recibido la documentación para la reinscripción del registro sanitario de JELONET, teniendo como respuesta el 27 de octubre, por parte de Smith & Nephew, que no se registrará en el mercado ecuatoriano el producto JELONET.

xiii) Correo electrónico impreso enviado por New Yorker a Smith & Nephew, en el que se le hace saber que, de no enviar la documentación requerida, se configuraría una causal de terminación unilateral del acuerdo de distribución del producto, lo cual también fue enviado mediante comunicación de fecha 8 de noviembre de 2010.

Proposiciones sobre los hechos que han sido suficientemente justificadas para el tribunal de apelación:

i) Existencia de la relación contractual entre New Yorker S.A. y Smith & Nephew.

ii) Terminación unilateral de la relación contractual de distribución exclusiva por parte de New Yorker S.A., de varios productos elaborados por Smith & Nephew.

iii) Derecho de New Yorker S.A., a recibir indemnización desde el año 1992, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 4 del Decreto Supremo 1038-A que contiene la Ley de Protección a los representantes, agentes o distribuidores de empresas extranjeras y su ley interpretativa y reformatoria (Ley 125 publicada en el R.O. 982 de 5 de julio de 1996).

71. De lo anterior, se colige que los elementos de prueba han sido valorados de acuerdo con las reglas de la sana crítica, entendida esta última como:

"[…] un sistema en donde no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni estados subjetivos a que quede enlazada la suficiencia probatoria. Más precisamente, la única regla jurídica relevante es aquella que determina que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, es decir, las de la epistemología general, las reglas del correcto entendimiento humano; brevemente: las de la lógica (entre ellas el principio de razón suficiente) y la experiencia común […] Llevado al marco de la decisión judicial, este último sistema permitiría eliminar el factor de subjetivismo incontrolable del sistema precedente [sistema de la íntima convicción], la rigidez del sistema de la prueba legal (clásico) y, especialmente la eventual arbitrariedad de ambos. […] las reglas de la epistemología, en cualquier contexto empleadas, son indefectiblemente falibles, dado que toda proposición apoyada en pruebas es en todo caso falsable. […] las reglas de la epistemología sirven de ayuda para determinar cuándo, independientemente del estado subjetivo del decisor, la aceptación de un enunciado fáctico está injustificada por irracional […]"[46]

72. Por lo que, este Tribunal no encuentra violación alguna a las reglas de la sana crítica en el análisis probatorio realizado por el *ad quem*, tanto más si se considera que, de los elementos de prueba actuados y anotados en líneas anteriores, se han establecido como verdaderas las proposiciones sobre hechos arriba descritas; por lo que, dicho análisis no ha sido arbitrario, ilegal o ilegítimo.

73. El tribunal de apelación ha considerado que las disposiciones normativas aplicables al caso son las constantes en la Ley de Protección a los representantes, agentes o distribuidores de empresas extranjeras, para calcular el monto de indemnización por terminación unilateral del contrato de distribución exclusiva, y ha concluido que para calcular el rubro contenido en el numeral 1, literal c del artículo 4[47], se debe tener como inicio de la relación contractual el año 1992.

74. Sin embargo, este Tribunal evidencia que la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley de Protección, en su ley reformatoria e interpretativa, así como en su ley derogatoria, no ha sido coherente ni lógica, como se procede a explicar a continuación.

75. El Derecho, entendido como un conjunto de disposiciones normativas que se encargan de reconocer y garantizar derechos, así como, de regular la conducta humana en general, necesariamente debe ser aplicado en un contexto temporal y geográfico determinado, de tal manera que, a cada relación jurídica le corresponda la aplicación de las disposiciones normativas respectivas, garantizando así, además, la seguridad jurídica.

76. La aplicación de disposiciones normativas en el tiempo, no debería representar una problemática, teniendo en cuenta que, por un lado, su vigencia se inicia en un momento determinado y cierto, y por otro, que la misma concluye en otro momento determinado y cierto; sin embargo, el problema de aplicación en el tiempo se presenta de manera constante cuando de casos concretos se trata, precisamente cuando una disposición normativa o un conjunto de ellas se modifican o derogan por otras que rigen una vez que han sido promulgadas y publicadas.

77. Cuando una disposición normativa se aplica en un espacio temporal, debe observarse si con la entrada en vigencia de la misma, su forma de aplicación es retroactiva, de aplicación inmediata o ultractiva, pues, habrá diferencia entre los contenidos que determinan las primeras y segundas disposiciones normativas, lo que, posiblemente, puede acarrear una contradicción abierta entre ellas.

78. La aplicación inmediata de una disposición normativa es aquella que se hace a los hechos, situaciones y relaciones jurídicas que tienen lugar mientras la misma tiene vigencia, es decir, desde el momento en que entra en vigor y hasta el momento en el que es reformada o derogada[48]. A través de la aplicación inmediata de las disposiciones normativas, se regula los efectos posteriores a su sanción[49], aunque sean derivados de una relación jurídica constituida con anterioridad.[50]

[46] Dei Vecchi, Diego, *Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo,* Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2014, pág. 246-251.
[47] Número de años que el representante, agente o distribuidor haya tenido a su cargo la representación, agencia o distribución.
[48] Rubio Correa, Marcial, *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, 2da. Ed., Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014. ISBN: 978-612-4145-81-7.
[49] Entendida como entrada en vigencia.
[50] Aftalión, Enrique, et. al., Introducción al Derecho, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972, pág. 529.

79. La aplicación ultractiva, por su parte, es aquella que se hace a los hechos, situaciones y relaciones jurídicas que ocurren luego de que ha sido derogada o reformada, ya sea de manera expresa o tácita, es decir, una vez que ha concluido su aplicación inmediata. Así, la aplicación ultractiva tiene lugar cuando ha dejado de existir y es aplicada a hechos posteriores a esa finalización de vigencia.[51]

80. La aplicación retroactiva, es aquella que se hace para regir hechos, situaciones y relaciones jurídicas que ocurrieron antes del momento en que esta entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata[52]. Con esta forma de aplicación, las disposiciones normativas vuelven sobre los efectos ya cumplidos bajo el imperio de la ley anterior.[53]

81. También existe un tipo de aplicación diferida de las disposiciones normativas, que tiene lugar cuando estas son publicadas, pero no entran a regir de manera inmediata, sino en un momento posterior en el tiempo, lo cual debe ser establecido en las mismas o en otras de rango superior.[54]

82. Así las cosas, de la revisión del articulado de la Ley de Protección, publicada en el Registro Oficial 245, de 31 de diciembre de 1976, se desprende que, no existía disposición alguna sobre la forma de aplicación de la misma en el tiempo, es decir que, por regla general, una vez publicada en el Registro Oficial, de conformidad con el artículo 5 del Código Civil[55], aplicable en esa época, dicha Ley entró en vigencia de manera inmediata, rigiendo los hechos y relaciones jurídicas desde el momento de su vigencia hasta el momento de su derogación.

83. Pero, por otro lado, mediante Registro Oficial 982 de 5 de julio de 1996, se publicó la Ley interpretativa y reformatoria a la Ley de protección a los representantes, agentes o distribuidores de empresas extranjeras, a través de la cual se introdujeron varios artículos, entre ellos, el 3, que estableció dos fórmulas de cálculo en función de las cuales, las indemnizaciones a computarse en virtud del artículo 4 de la Ley de 1976, no podían sobrepasar los techos establecidos en aquellas fórmulas, cuerpo normativo que tampoco contemplaba disposición alguna que estableciera aplicación ultractiva o retroactiva del mismo, es decir, su vigencia iniciaba el 5 de julio de 1996 y se entendía que las reformas que introducía a la Ley de 1976, eran aplicables únicamente desde el 5 de julio de 1996 en adelante, para los hechos, relaciones y situaciones jurídicas que iniciaran en ese tiempo (a partir de 1976) o que tuvieran efectos en ese periodo de tiempo.

84. El 19 de septiembre de 1997, mediante el Registro Oficial 156, se publicó la Ley derogatoria del Decreto Supremo No. 1038-A y de la Ley No. 125 para preservar la igualdad entre ecuatorianos y extranjeros en materia contractual, a través de la cual, se abrogó las dos leyes anteriores:

> Art. 1.- Derógase la Ley de Protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras en el Ecuador, expedida mediante Decreto Supremo No. 1038-A, publicada en el Registro Oficial No. 245 de 31 de diciembre de 1976, así como la Ley No. 125, interpretativa y reformatoria del Decreto Supremo No. 1038-A, promulgada en el Registro Oficial No. 982 de 5 de julio de 1996.

85. Y, en su artículo 2 se estableció una disposición tendiente a aplicar la Ley de Protección de 1976 con su respectiva ley reformatoria e interpretativa de 1996, de manera ultractiva, esto es, aun después de su derogación, en los términos descritos en su texto, así:

Art. 2.- Las derogatorias mencionadas en el artículo anterior no extinguen los derechos y obligaciones establecidas en los contratos, ni altera las situaciones jurídicas originadas al amparo de dichas leyes, ni afecta las controversias judiciales que se hubieren planteado antes de la vigencia de esta Ley.

86. Así, dicha disposición normativa determinó que tanto, los derechos y obligaciones que fueron establecidas en los contratos, así como las situaciones jurídicas que se originaron al amparo de ambas leyes, no se verían afectadas por la derogación de las mismas.

[51] *Ibíd.*
[52] *Ibíd.*
[53] *Ibíd.*, pág. 528.
[54] Rubio Correa, Marcial, *Ob. Cit.*
[55] Art. 5.- La ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella. La promulgación de las leyes y decretos deberá hacerse en el Registro Oficial, y la fecha de promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho Registro.

87. Ahora bien, para comprender el alcance de dicha disposición normativa, corresponde explicar qué es una situación jurídica y establecer si nos encontramos ante una de aquellas en el presente caso.

88. La situación jurídica se refiere al derecho subjetivo y tiene que ver con las posiciones que ocupan los sujetos que intervienen en una relación jurídica, por lo que en esta se distingue entre las situaciones jurídicas de poder (activas) y las situaciones jurídicas de deber (pasivas).

89. Las situaciones jurídicas de poder, se producen cuando el ordenamiento atribuye a una persona el poder para realizar conductas o para demandarlas de otros, en otras palabras, es el derecho subjetivo, pero no se agota en este. El derecho subjetivo es la posición de poder atribuida por el ordenamiento jurídico para satisfacer intereses propios; generalmente, es renunciable, transmisible y prescriptible, como el derecho de crédito. Los derechos subjetivos suelen manifestarse como derechos a algo, por ejemplo, derecho a demandar una acción, o como libertades, es decir, posibilidades de hacer o no hacer.[56]

90. La situación jurídica de deber, se produce en cambio, cuando el ordenamiento jurídico obliga a una persona a observar una determinada conducta, es decir, la situación jurídica de deber es la obligación. La obligación es una posición de deber que tiene correlación con el derecho subjetivo y constituye la necesidad de observar una determinada conducta en favor del titular de un derecho, quien la puede exigir de acuerdo a lo que dispone el ordenamiento aplicable.[57]

91. Así, la situación jurídica no es otra cosa que la posición que ocupa el sujeto luego de la ocurrencia del hecho jurídico, y por efecto de la aplicación de una o varias disposiciones normativas, por lo que, existe una suerte de conexión entre las consecuencias de una disposición normativa y un sujeto, es decir, la situación jurídica siempre va a ser el producto de la calificación jurídica de un interés, que el ordenamiento jurídico considera digno de protección.[58]

92. En este sentido, la situación jurídica de que trata el artículo 2 de la Ley derogatoria, abarca, en el presente proceso, a: i) la calidad de empresa extrajera que tiene la compañía SMITH & NEPHEW y la calidad de distribuidora exclusiva que tiene la compañía NEW YORKER S.A.[59]; ii) el derecho a reclamar la indemnización por terminación unilateral del contrato de distribución, por la vía verbal sumaria[60]; iii) al cálculo del monto de indemnización en aplicación de los criterios establecidos en la Ley de 1976[61] sin que sobrepase los techos establecidos por la Ley reformatoria de 1996[62]; por lo que, para resolver la controversia en cuestión, corresponde la aplicación inmediata del mencionado artículo 2 y la aplicación ultractiva de las Leyes de 1976 y 1996, derogadas en 1997, teniendo en cuenta que la terminación de la relación contractual iniciada en 1947, se dio en octubre de 2010.

93. De lo anterior se desprende que, las leyes en cuestión, al momento de su aplicación no reportaban mayor complejidad, puesto que sus disposiciones normativas eran bastante claras, correspondiendo únicamente su aplicación en atención a la temporalidad respectiva, razón por la cual, para explicar la ausencia de conflicto normativo, se realiza el siguiente análisis:

- El momento de entrada en vigencia de la Ley de protección es el 31 de diciembre de 1976 (T), de conformidad con el Registro Oficial.
- La derogación de dicha Ley se da el 19 de septiembre de 1997 (T1).
- Al no existir disposición en la Ley de 1976, que establezca su aplicación retroactiva, la misma se aplica de manera inmediata durante el tiempo de vigencia de esta.
- El 5 de julio de 1996 entra en vigencia la Ley interpretativa y reformatoria de la Ley de Protección de 1996, misma que tampoco tiene ninguna disposición de aplicación retroactiva.
- El 19 de septiembre de 1997, se derogaron las Leyes de 1976 y 1996, y en su articulado se estableció una disposición que ordenó

[56] Herreros, Juan, *Relación jurídica y situación jurídica,* [online] https://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/4910/Herreros_L%F3pez_2003.pdf?sequence=1 [Acceso 07/07/2021].
[57] Ibíd.
[58] Morales-Hervias, R. (2008). "Situaciones jurídicas subjetivas". *Advocatus,* (019), [online] 323-360. https://doi.org/10.26439/advocatus2008.n019.478 [Acceso 07/07/2021].
[59] Artículo 2 de la Ley de Protección.
[60] Artículo 5 de la Ley de Protección.
[61] Artículo 4.
[62] Artículo 3.

la aplicación ultractiva de las dos leyes derogadas, con la finalidad de no extinguir derechos y obligaciones, ni de alterar las situaciones jurídicas que se originaron al amparo de estas, ni sus efectos.

94. Así las cosas, para determinar el *"dies a quo"*, es decir el inicio de vigencia para el cómputo del tiempo en que rige la disposición normativa o un cuerpo normativo, cuando los actos jurídicos sobreviven a la vigencia de leyes que han sufrido transformaciones ya sea por reformas o derogaciones, con la finalidad de comprobar la eficacia o no del conjunto de actos realizados en virtud del imperio de la voluntad, que tienen como fundamento vínculos negociales pactados con anterioridad y que se gobiernan por la buena fe como fuente de exigencia en el ejercicio de los derechos, reflejado en el proceder de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y sometimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena que a la luz de la buena fe, integra la teoría de los actos propios, como lo son las manifestaciones de voluntad contractual, cuyo fundamento vierte de la protección de la confianza que con la buena fe, impone un deber de coherencia y auto limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables, declarando así mismo que sólo merecen esta consideración aquellos actos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de sus intervinientes o de aquéllos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho.

95. Cuestiones que no pueden predicarse en los supuestos de error donde se engloba la ignorancia, el conocimiento equivocado, la mera tolerancia; tampoco en los presupuestos de fuerza o violencia; y menos aún, en los de dolo.

96. La presencia del interés en los actos contractuales, actúa como presupuesto de realización en las actividades transaccionales continuas y permanentes de los pactantes, la cual no surge a la fecha en la que nace el presupuesto legal, sino que cuando son anteriores a la existencia de la nueva ley –visto un principio de progresión al haberse consolidado de forma inalterable la convención inicial- no es que merman los derechos vertidos de la ley, sino que en enfoque progresivo, todo ese conjunto de beneficios que la progresiva ley va dando a los intervinientes en el pacto o convención, se adhieren a esta última.

97. Así, por ejemplo en el ámbito laboral, la ley de benignidad progresiva envuelve a las cláusulas de la convención anterior; en el ámbito del arrendamiento, tanto el arrendatario como el arrendador, en el entorno de su convención, de trastocarse la ley ya por reforma o derogatoria, abriga la reforma benigna y la derogatoria no cursa a efectos de esta convención; por lo tanto, en su caso, pueden hacer valer los derechos que la disposición normativa respectivamente les reconoce en progresión, como sucede en el presente caso de convención de exclusividad, que ha rebasado barreras del tiempo creando derechos y contemplando el avance civilizador del derecho, para así obtener reconocimiento judicial por sus prácticas.

98. En este sentido, el artículo 6 del Código de Comercio ha establecido, desde antes y hasta ahora, que:

> *"La costumbre mercantil suple el silencio de la ley siempre que los hechos que la constituyan sean uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República del Ecuador, o en*

una determinada localidad y sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en operaciones del mismo tipo en el tráfico mercantil del que se trate por el plazo mínimo de cinco años.

La existencia de una costumbre mercantil, así como el cumplimiento de los requisitos descritos en el inciso anterior deberán ser probados por quien los invoca.

Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, estos deberán ser por lo menos cinco comerciantes idóneos inscritos en el Registro Mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos respectivos; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido expedidas dentro de los 5 años anteriores al hecho controvertido".

99. Ese conjunto de prácticas y derechos reconocidos en una ley – en materia de comercio – una vez que ha sido derogada la misma, perpetuada su práctica en el tiempo, configura una costumbre nacida de una fuente jurídica, que en nada se contrapone al artículo 2 del Código Civil, ya que *"La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella".*

100. De esta manera, acorde al artículo 1562 ibídem:

"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella."

101. De allí es que, acorde al inciso segundo del artículo 1763 del referido Código,

"Sin necesidad de estipulación expresa se entiende hacerse a prueba la venta de todas las cosas que se acostumbra vender de ese modo"

102. El artículo 1928 del Código Civil, añade que:

"Si nada se ha estipulado sobre el tiempo del pago, se observará la costumbre del lugar",

103. Con lo anterior, no es que se diga que las disposiciones normativas de la Ley de Protección de 1976 y reformas de 1996 constituyen costumbre, sino que el rigor mantenido en esta fue continuo durante la vida contractual de una convención que ha sobrevivido a las transformaciones legales y, que por principio de progresividad, no se pueden mermar los efectos de una disposición normativa que se materializa a través de la práctica y beneficios mientras la convención atraviesa la vigencia de esa ley –nada procedimental y por excelencia sustantiva-; ya que las disposiciones del artículo 2 de la Ley derogatoria de 1997, establecen el imperativo de reclamo de indemnización por terminación unilateral de relación contractual, y a su vez contiene una segunda parte que es procedimental – esta segunda parte –, misma que en nada afecta a su primera parte sustantiva; ni siquiera en lo meramente declarativo de sus derechos, para que cuya efectividad quede aplazada a un momento posterior, cuando se den las circunstancias previstas en el supuesto de hecho de la disposición normativa, a partir del cual operará el derecho declarado o reconocido de forma ex ante, lo cual condiciona necesariamente el término de rigor de un beneficio convencional, conforme a los fines y espíritu del pacto contractual, pues la objetividad que el legislador quiere dar al presupuesto del interés de las obligaciones, impone la fijación de criterios que atiendan a la generalidad inherente, por demás, a la propia disposición normativa, y resulta radicalmente contraria a otros de carácter contingente o circunstancial, capaces de introducir un factor de relativismo inconciliable con esa configuración objetiva del presupuesto de exigencia de derechos adquiridos.

104. A lo que se agrega que, como ha establecido la literatura comparada:

"[…] La ultraactividad es el fenómeno en virtud del cual la ley antigua aunque haya sido derogada continua produciendo efectos hacia el futuro dentro de la vigencia de la nueva legislación; en suma es una inmersión del pasado en el presente. Aunque el principio general establece que debe evitarse la supervivencia de las leyes antiguas, en ocasiones se justifica su aplicación para el reconocimiento y respeto de ciertas situaciones y derechos que nacieron válidamente durante la vigencia de la ley anterior y que continúan produciendo efectos durante la vigencia de la nueva legislación […]".[63]

105. Así, el numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, determina que:

[63] Ramiro Alberto Castaño Cardona, *Derecho civil. Parte general*, Grupo Editorial Ibañez, 2019, Barcelona, pág. 162.

"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración"

106. Y, así se siguen incorporando mientras dura su vigencia; esto se corresponde con la teoría de los derechos adquiridos, que en esencia sostiene que una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas posteriores que se dicten no pueden afectarlo. En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos previstos al momento de su constitución, bien por el acto jurídico que le dio origen, bien por la legislación vigente cuando tal derecho quedó establecido; siendo de origen privatista, busca proteger la seguridad de los derechos de las personas. Tiende a conservar las situaciones existentes y rechaza la modificación de las circunstancias por las nuevas disposiciones legales[64]. Constituyendo los derechos adquiridos, aquellos que han entrado en el dominio del sujeto, que hacen parte de él, y de los cuales ya no es posible privárselo.

107. Casos como el de la especie, acontece que el hecho que genera el derecho (indemnización por terminación unilateral) y su reconocimiento legal que acaecen bajo el imperio de una misma ley, pero que, con posterioridad a dichos acontecimientos, ha dejado de tener vigor siendo sustituida por otra nueva que ocupa su lugar. Cabe la pregunta: ¿cuál es la ley que compete para regular estos derechos? Luego de que la disposición normativa que los vio nacer haya cesado en su vigencia, ¿podrán seguir aquéllos rigiéndose por ésta, o deberán quedar sometidos a los dictados de la ulterior legislación? La respuesta a este interrogante la da el propio Código Civil en su artículo 7, según el cual en abstracción, se regirán por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen.

108. Se trata, de una fundamental excepción a la regresividad de la ley significando que los derechos adquiridos, prosiguen y la nueva ley no rige para los derechos subjetivos cuyo nacimiento constituyó la consecuencia jurídica que la legislación anterior preveía para la realización de ciertos hechos ejecutados a su amparo.

109. De esta manera, queda claro que no existe un conflicto de aplicación temporal de las mencionadas leyes, por lo que, la aplicación del artículo 7 numeral 18 del Código Civil no correspondía, teniendo en cuenta que el mismo establece reglas para la resolución del conflicto entre una ley posterior y una anterior, lo cual, como se ha dejado señalado en líneas anteriores, no ha sucedido, tanto más, si se evidencia que para la resolución del presente caso, los juzgadores de instancia debían aplicar el contenido de las disposiciones normativas conforme los términos descritos en sus respectivos textos, sin caer en la imprecisión de establecer un inexistente conflicto de aplicación temporal de las disposiciones normativas en cuestión.

110. Así las cosas, por aplicación ultractiva del artículo 5 de la Ley de Protección de 1976, de conformidad con el artículo 2 de la Ley derogatoria de 1997, la vía establecida por la que se debía reclamar la indemnización por terminación unilateral de relación contractual, era la verbal sumaria, la cual fue accionada por la compañía actora, por lo que, no se observa nulidad por violación de trámite en los términos del artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil[65], siendo improcedente, además, el cargo presentado por la compañía demandada, en base a la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, en atención a las consideraciones expuestas.

111. Además, con fundamento en la aplicación ultractiva de la Ley de Protección, y teniendo en cuenta que la entrada en vigencia de dicha Ley fue el 31 de diciembre de 1976, esta fecha es la que se debe tener como inicio para los cálculos referentes a la indemnización correspondiente, pues, de los elementos de prueba detallados en la sentencia de apelación, se evidencia que la relación contractual consistente en una distribución exclusiva de varios productos fabricados por SMITH & NEPHEW, entre ellos Jelonet, inició en 1947, pero que, debido a que la Ley de Protección no dispone su aplicación retroactiva, sino a partir de 1976, corresponde su aplicación teniendo como inicio el 31 de diciembre de 1976.

112. Asimismo, en virtud de la aplicación ultractiva de la Ley de Protección de 1996 y sus reformas, ordenada por el artículo 2 de la Ley derogatoria de 1997, para no afectar derechos, obligaciones ni situaciones jurídicas y sus respectivos efectos en el tiempo, toda vez que, la

[64] Marcial Rubio, *El título preliminar del Código Civil*, Fondo Editorial PUCP, 2015, Lima, pág. 56

[65] Art. 1014.- 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 declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los artículos 355, 356 y 357.

relación contractual terminó de manera unilateral en octubre de 2010, la indemnización a que tiene derecho la compañía NEW YORKER S.A., tiene que calcularse hasta dicha fecha, es decir, desde el 31 de diciembre de 1976 hasta octubre de 2010.

113. Cabe recalcar que, del contenido de la sentencia de segunda instancia, se evidencia que la existencia y el tiempo de duración de la relación contractual, no fue motivo de la controversia civil iniciada en primera instancia, razón por la cual, se menciona que este Tribunal de Casación no ha valorado prueba, sino que, por el contrario, de las proposiciones sobre hechos que han sido presentadas por las partes, se ha establecido las que se han tenido como suficientemente justificadas, a partir del análisis de la sentencia censurada.

114. Ahora bien, respecto de la pretendida violación del principio de congruencia respecto de la traba de la Litis, por haber concedido el tribunal de apelación más de lo pedido –alegación de la actora- y algo no pedido – alegación de la demandada, es necesario señalar que, de la lectura de los escritos de proposición de demanda y de contestación a la misma, se tiene lo siguiente:

La parte actora ha pedido en su demanda que:

i) Se declare en sentencia que la compañía SMITH & NEPHEW violó la Ley de Proyección a los representantes, agentes y distribuidores de empresas extranjeras, al terminar de manera unilateral e injustamente las relaciones comerciales con la compañía NEW YORKER S.A.
ii) El juzgador establezca el valor por concepto de indemnización de daños y perjuicios que corresponda desde el 27 de octubre del 2010, fecha en la que se produjo la terminación unilateral de la relación contractual.
iii) Se condene a SMITH & NEPHEW al pago de interés legal que debe ser calculado hasta el momento en que se satisfaga la obligación.
iv) La demandada pague las costas judiciales y los honorarios de los abogados de la actora.

La parte demandada ha contestado la demanda en los siguientes términos:

i) Incompetencia en razón del territorio, por la inaplicabilidad al caso de la Ley de Protección.
ii) Improcedencia de la demanda en cuanto al fondo, por falta de derecho, por fundarse el reclamo indemnizatorio en las normas de una ley temporalmente inaplicable al contrato.
iii) Improcedencia de la demanda en cuanto al fondo, por falta de derecho, porque el artículo 3 de Ley reformatoria a la Ley de Protección limitó el valor de las indemnizaciones.
iv) Negativa pura y simple de que la utilidad de los último 36 meses haya sido de USD 436.173,58.
v) Negativa pura y simple de cualquier fundamento o pretensión de la demanda, que no hubiese merecido pronunciamiento especial en la contestación.

115. Con estas pretensiones y excepciones se trabó la litis, o si se quiere, se delimitó el marco probatorio de las partes y el marco de decisión del juzgador de instancia, pues, en aplicación del principio de congruencia entre lo pedido, lo excepcionado y lo otorgado, al tribunal de apelación no le correspondía ni le era posible entrar a decidir sobre situaciones no pedidas por las partes.

116. Es así que, la compañía NEW YORKER S.A., en su recurso de casación señaló que, al haber concedido, el ad quem, la indemnización teniendo como punto de inicio el año 1992, se pronunció por algo que no era materia de la controversia, mientras que, la compañía T.J. SMITH & NEPHEW, en su recurso manifestó que la actora pedía la indemnización desde el año 2010, en el que ocurrió el hecho dañoso y no desde el año 1992, como fue decidido por el tribunal de apelación.

117. Para dar contestación a estas alegaciones, es imperioso manifestar que, como se mencionó en líneas anteriores, la existencia e inicio de la relación contractual no fueron motivo de la controversia originada en primera instancia, sin embargo, el tribunal de apelación, para poder calcular el monto correspondiente a la indemnización, en aplicación del artículo 4 de la Ley de Protección de 1976, y del artículo 3 de la Ley reformatoria de 1996, necesariamente debía establecer la fecha de inicio de la relación contractual, pues, dichas disposiciones normativas determinan lo siguiente:

> Art. 4.- Si el principal o concedente violare la disposición del artículo anterior, deberá indemnizar al concesionario en la medida de los daños y perjuicios que le cause, cuya cuantía se fijará de acuerdo con los siguientes factores:

a.- El costo anual de lo invertido por el agente, representante o distribuidor para la adquisición y la adecuación de locales, equipos, instalaciones, mobiliario y útiles, en la medida de que éstos ni fueren fácil y razonablemente aprovechables para otra actividad a que el representante, agente, distribuidor estuviere normalmente dedicado;
b.- El costo actual de las mercaderías y/o materias primas, partes, piezas, repuestos, accesorios y material publicitario que el representante, agente, distribuidor hubiere adquirido y de cuya venta o distribución no pueda aprovecharse;
c.- La plusvalía del negocio, o aquella parte de éste, atribuible a la representación, agencia o distribución. Dicha plusvalía debe determinarse tomando en cuenta los siguientes factores:
1. El número de años que el representante, agente o distribuidor haya tenido a su cargo la representación, agencia o distribución.
2. Volumen actual de ventas o distribución de mercaderías, y la proporción que representen en el negocio del representante, agente o distribuidor.
3. Proporción del mercado que el representante, agente o distribuidor haya obtenido en el Ecuador o parte de él, y el volumen que represente.
4. Otros factores que razonablemente ayuden a establecer de un modo equitativo el monto de dicha plusvalía.
Art. 3.- Después del artículo 4, añádase el siguiente:
Art. …- En ningún caso las indemnizaciones a las que se refiere el artículo excederán, como máximo, el valor que resulte de aplicar una de las dos fórmulas que se detallan a continuación:
A. El valor que resulte de multiplicar el promedio mensual de las utilidades líquidas de los últimos treinta y seis meses, que hubiere obtenido el concesionario como resultado de la venta o distribución de las mercaderías objeto del contrato, por el número de años que este hubiere durado; o,
B. El valor que resulte de sumar el monto total de las inversiones amortizadas a las que se refiere el literal a) del artículo anterior más el valor equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las utilidades, calculadas en base a la fórmula establecida en el literal anterior, que se hubieren obtenido si se hubiese respetado el plazo contractual pactado.
No habrá lugar a indemnización alguna si el aviso de terminación hubiere sido pactado en el contrato y se lo diere con una anticipación de un año o más.

118. Pues, ciertos criterios necesarios para determinar el referido monto, hacían relación directa a los años de duración de la relación contractual, por lo que, era necesaria e imprescindible la fijación de la fecha de inicio de la misma, lo cual evidencia que, el ad quem, no decidió sobre algo que no correspondía, en los términos en que la controversia judicial fue planteada por las partes, sino que, por el contrario, aplicó la Ley que correspondía para la resolución del presente caso; por lo que, el cargo con base en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, presentado por la parte actora, se declara improcedente.

119. En el caso de la alegación de incongruencia, también presentada por la demandada, sosteniendo que la indemnización pedida por la actora en su demanda, debía calcularse desde la fecha de terminación unilateral, de la relación contractual, esto es, octubre de 2010, se aclara que, si bien se menciona esa fecha, esta hace alusión a la de terminación del contrato y marca el hecho generador del derecho a la indemnización, por tanto, a los jueces de apelación les correspondía aplicar las disposiciones normativas respectivas, para calcular el monto de la indemnización, es decir, el artículo 4 de la Ley de Protección de 1976 y el artículo 3 de la Ley reformatoria de 1996, por lo que en atención a dichas disposiciones, los criterios establecen, necesariamente, la determinación del tiempo de la relación contractual –únicamente- para efectos de la indemnización, lo cual se recalca una vez más; razón por la cual, no se evidencia que, en el sentido alegado por la demandada, el juez de segundo nivel haya violado el principio de congruencia, volviendo en improcedente el cargo presentado con base en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

120. Con estos antecedentes y para dejar zanjado el problema jurídico traído a sede de casación por los sujetos procesales recurrentes, como se señaló en líneas anteriores, para este Tribunal de casación, la Ley de Protección de 1976 tenía efectos inmediatos y no retroactivos –no anteriores a 1976-, por lo que debía aplicarse desde su entrada en vigencia, a los hechos originados durante esta y a los efectos del derecho que se encontraba regulando (relación de distribución), que tuvieren lugar durante el mismo periodo de tiempo, así el derecho haya

nacido con anterioridad a la Ley en cuestión[66], es decir, la Ley de Protección, en el periodo comprendido entre 1976 hasta 1997, regulaba los hechos y situaciones jurídicas nacidas en ese periodo y los efectos que siguieran dándose en ese mismo periodo temporal, derivados de derechos originados con anterioridad a 1976.

121. A lo que se añade que, por mandato del artículo 2 de la Ley derogatoria de 1997, la Ley de Protección de 1976 y su Ley reformatoria e interpretativa de 1996, eran de aplicación ultractiva a los efectos que siguieran dándose en el tiempo posterior a la vigencia de las mismas, cuyos efectos fuesen derivados de los derechos que, al momento de su entrada en vigencia, eran objeto de protección por las disposiciones normativas que integraban los articulados de las mismas.

122. En este sentido, se acepta el cargo casacional alegado por la parte actora, en base a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es, falta de motivación y, se declara que la indemnización por terminación unilateral de la relación contractual, a la que tiene derecho la compañía NEW YORKER S.A., debe ser calculada tomando en cuenta el periodo de aplicación de la Ley de Protección y de su Ley reformatoria e interpretativa, esto es, desde el 31 de diciembre de 1976 hasta el 27 de octubre de 2010, en observancia de la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley derogatoria de 1997.

IX. DECISIÓN EN SENTENCIA

123. Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ***"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"****, resuelve:*

1) Declarar improcedente el recurso de casación presentado por la compañía T.J. SMITH & NEPHEW, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.

2) Aceptar parcialmente el recurso de casación presentado por la compañía NEW YORKER S.A., únicamente en lo que tiene que ver con la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

3) Por consiguiente, casa la sentencia de segundo nivel emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 6 de diciembre de 2017, las 14h45, en el sentido que la Ley de Protección de 1976 tenía efectos inmediatos y no retroactivos –no anteriores a 1976-, por lo que debía aplicarse desde su entrada en vigencia, a los hechos originados durante esta y a los efectos del derecho que se encontraba regulando (relación de distribución), que tuvieren lugar durante el mismo periodo de tiempo, así el derecho haya nacido con anterioridad a la Ley en cuestión, es decir, la Ley de Protección, en el periodo comprendido entre 1976 hasta 1997, regulaba los hechos y situaciones jurídicas nacidas en ese periodo y los efectos que siguieran dándose en ese mismo periodo temporal, derivados de derechos originados con anterioridad a 1976; por lo que, a efectos del cálculo de la indemnización se tomará en cuenta el periodo de aplicación de la Ley de Protección y de su Ley reformatoria e interpretativa, esto es, desde el 31 de diciembre de 1976 hasta el 27 de octubre de 2010, en observancia de la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley derogatoria de 1997.

4) Dispone que el órgano jurisdiccional encargado de la fase de ejecución, designe un perito, quien se encargará de liquidar el monto de la indemnización de acuerdo a los artículos 4 de la Ley de Protección de 1976, y 3 de la Ley reformatoria e interpretativa de 1996; así como el respectivo interés hasta su pago efectivo.

5) Con el ejecutorial se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen. ***Notifíquese****.*

[66] De acuerdo a la teoría de los hechos cumplidos, cada disposición normativa debe aplicarse a los hechos y efectos de estos, que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata; por lo que, si se genera un derecho bajo un primer momento y bajo una determinada disposición normativa, y luego de producir un cierto número de efectos, entra en vigencia una segunda, a partir de la vigencia de esta nueva disposición o de este conjunto de nuevas disposiciones normativas, los nuevos efectos del derecho originado durante la primera, se deben adecuar a la segunda. (Rubio Correa, Marcial, *Ob. Cit.*)

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL (E), DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 3 de febrero del 2022, las 08h34. VISTOS: En virtud de los recursos de casación planteados por los representantes de las compañías NEW YORKER S.A., actora, y SMITH & NEPHEW, demandada, en contra de la sentencia de 6 de diciembre de 2017, emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, la misma que resuelve aceptar el recurso de apelación interpuesto por la empresa accionada, y reforma la sentencia dictada por el Juez a quo[1], declarando con lugar parcialmente la demanda presentada; la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; la doctora María Alejandra Cueva, Conjueza Nacional, admitió a trámite el medio de impugnación planteado, mediante auto de 1 de abril de 2019; agotado el trámite de ley, el suscrito órgano jurisdiccional, en voto salvado del doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E), en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en las garantías normativas de la Ley de Casación, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; y, las reglas procesales aplicables al caso in examine, al siguiente tenor:

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y conforme la Resolución No. 032021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores David Isaías Jacho Chicaiza[2], Wilman Gabriel Terán Carrillo[3] y Himmler Roberto Guzmán Castañeda[4], Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de los doctores Carlos Ramírez Romero, Vicente Robalino Villafuerte y María Rosa Merchán Larrea, ex Jueces Nacionales, respectivamente, por ausencia definitiva de los indicados operadores de justicia.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante sorteo de ley, efectuado el 9 de marzo del 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional Ponente, y los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo y David Jacho Chicaiza, Jueces Nacionales (E), de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, las garantías normativas de la Ley de Casación; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación planteado y admitido; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio de la presente resolución.

[1] Sentencia de 6 de diciembre de 2016, emitida por el abogado José Sotomayor, Juez de la Unidad Judicial con sede en el cantón Guayaquil.
[2] Oficio No. 112PCNJ2021, de 18 de febrero de 2021.
[3] Oficio No. 114PCNJ2021, de 18 de febrero de 2021.
[4] Oficio No. 111PCNJ2021, de 18 de febrero de 2021.

II. LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO IN EXAMINE

2.1) Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76.3[5] de la Constitución de la República del Ecuador, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, establecida en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos[6], considerando que el caso in examine inició con la vigencia de la Ley de Casación y las reglas del Código de Procedimiento Civil, cuerpos normativos ultractivos para la presente causa, el presente medio de impugnación es tratado conforme los preceptos legales de referidos cuerpos de leyes.

III. VALIDEZ PROCESAL

3.1) El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en la Ley de Casación y el Código de Procedimiento Civil; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error in procedendo que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La señora Cristina Trujillo Jiménez, en calidad de Vicepresidente y representante legal de la compañía NEW YORKER S.A., ha comparecido ante la Unidad Judicial con sede en el cantón Guayaquil, para demandar en juicio verbal sumario a la compañía T.J. SMITH & NEPHEW LIMITED, en la persona de su Director Jefe Ejecutivo y representante legal, señor Oliver Bohuon.

2. En el libelo de demanda, la accionante propone: por un lado, como fundamentos de hecho:

> Que en marzo del año 1947, la compañía T.J. SMITH & NEPHEW LIMITED concedió al señor Luis Vallejo Araujo la calidad de distribuidor exclusivo de sus productos en el Ecuador (entre ellos: Tensoplast, Gypsona, Jelonet, Ichthopaste, Coscopaste, Semiplast y Tensocrepe);
>
> Que posteriormente, su representada NEW YORKER S.A., adquirió los derechos como distribuidora exclusiva del producto Jelonet; derechos derivados de aquella relación de distribución exclusiva originada en el año 1947 con Luis Vallejo Araujo, quien el 31 de octubre de 1958, se constituye en socio fundador de Importadora y Distribuidora New Yorker de Guayaquil S.A.;
>
> Que la relación de distribución exclusiva iniciada en 1947 se mantuvo inalterada y continuó en las mismas condiciones pactadas, a través de la compañía Importadora y Distribuidora New Yorker de Guayaquil S.A.
>
> Que el 14 de octubre de 1992, la calidad de única distribuidora autorizada para el Ecuador de los insumos médicos importados de T.J. SMITH & NEPHEW, fue ratificada por el señor J.L. Dick, International Marketing Director, vía fax con documento que fuera reconocido por Notario Público en Inglaterra y debidamente legalizado por el Consulado de Ecuador en Londres, el 5 de noviembre de 1992; y, posteriormente, puesto a conocimiento de la Embajada Británica en Quito, el 14 de diciembre

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

[6] **Código Orgánico General de procesos:** *"DISPOSICIONES TRANSITORIAS: PRIMERA. Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación."*

de 1992, avalado mediante comunicación suscrita por el señor Carlos de la Paz, Agregado Comercial de la Embajada Británica.

Que el 23 de noviembre del 2000, la indicada calidad de distribuidora exclusiva, consta también reconocida en la autorización conferida a NEW YORKER S.A., para registrar, importar y distribuir Jelonet; autorización suscrita por el señor Andrew P. H. Boyes, Marketing Director Wound Management, notariada y apostillada en el Consulado del Ecuador, en Londres, el 7 de Diciembre del 2000.

Que el 2 de noviembre de 2009, T. J. SMITH & NEPHEW remitió a NEW YORKER S.A. una comunicación recibida el 17 de noviembre del 2009, en la cual ponía a disposición el Código de Conducta y Principios de Negocios de dicha compañía, explicando que, con la sola firma, NEW YORKER S.A., se sujetaría a dicho código, así como a otras leyes, códigos, reglamentos y disposiciones aplicables para toda realización de negocios en nombre de T.J. SMITH & NEPHEW.

Que en el indicado documento, cuya firma se solicitaba a NEW YORKER S.A., no solo contenía referencias al Código de Conducta y Principios de Negocios, sino que adicionalmente se estaban realizando varias modificaciones sustanciales al contrato original de distribución exclusiva, que de implementarse significarían un menoscabo a los derechos de NEW YORKER S.A como distribuidora de los productos de T.J. SMITH & NEPHEW.

Que el 20 de enero del 2010, mediante comunicación NEW YORKER S.A. explicó e indicó a T.J. SMITH & NEPHEW, lo siguiente: " […] preferimos mantener vigente el contrato original, que durante más de 40 años ha venido regulando las relaciones entre New Yorker y Smith & Nephew, sobre todo porque a este contrato se deben entender incorporadas varias normas ecuatorianas que protegen los intereses de mi representada como distribuidora, y que significan una seguridad económica en caso de que New Yorker vea disminuidos, en cualquier forma, sus derechos de distribuidora después de todo el trabajo que le ha significado abrir el mercado ecuatoriano a vuestro producto lo que se traduce en la importante cartera de clientes que manejamos a la fecha […]" . En aquella, se declaró también la aceptación expresa del Código de Ética y el compromiso de cumplir el mismo.

Que en el año 2010, NEW YORKER S.A. inició el trámite para renovar el registro sanitario del producto Jelonet, que a esa fecha representaba el mayor porcentaje de ventas de los productos de T.J. SMITH & NEPHEW que distribuía su representada; registro que vencía en mayo del 2011 y que, para efectos de su renovación, mediante correo electrónico de mayo de 2010, se solicitó a T.J. SMITH & NEPHEW que enviaran los documentos requeridos por las autoridades ecuatorianas.

Que el 30 de junio de 2010, recibieron un correo de T.J. SMITH & NEPHEW en el que se indicó que enviarían los documentos a fines de septiembre de ese año.

Que el 12 de octubre del 2010, en otro correo electrónico, T.J. SMITH & NEPHEW informa que no han recibido la autorización para renovar ese producto y que NEW YORKER S.A., se comunicara con el señor Jorge Gutiérrez, Director de Ventas y Mercadeo de T.J. SMITH & NEPHEW, a quien, a partir de ese mes, realizaron los nuevos requerimientos de la documentación relacionada con la renovación del registro.

Que el 27 de octubre del 2010, el señor Gutiérrez mediante correo comunica: " […] no estaremos registrando Jelonet en su mercado. Por tal razón no estaremos enviando documentos […]" .

Que con fecha 8 de noviembre de 2010, NEW YORKER S.A., da respuesta al correo del señor Gutiérrez, solicitando se haga conocer las razones por las cuales no se enviaría la documentación y explicando que aquella negativa eliminaba la posibilidad de seguir importando el producto y, en consecuencia, significaría la terminación del acuerdo de distribución y la violación a la Ley Ecuatoriana de Protección a los Distribuidores y Representantes de Empresas Extranjeras; insistiendo, finalmente, se remita la documentación solicitada.

Que el 15 de julio del 2011, NEW YORKER S.A. envía comunicación al señor Olivier Bohuon, representante de T.J. SMITH & NEPHEW, reiterando el hecho de que la negativa a remitir la documentación solicitada había significado la imposibilidad de continuar con la venta del producto y a su vez la pérdida del mercado que se logró crear en Ecuador desde 1947; solicitando, al representante de T.J. SMITH & NEPHEW que se pronuncie, ya sea ratificando la decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato

de distribución, tomada por su representada a través del Director de Ventas y Mercadeo, o en su defecto, indicando que la relaciones continúan en las mismas condiciones, pero tomando en cuenta el perjuicio ocasionado por el desabastecimiento que generó la decisión del mencionado funcionario. La única respuesta que tuvieron fueron unos correos del señor Mark Sobecki, Senior Corporate Counsel de T.J. SMITH & NEPHEW, quien les pedía copia del contrato de distribución.

Que luego de varios meses sin obtener respuesta en uno u otro sentido, y ante el hecho cierto de que se los desabasteció del producto Jelonet, que ya no lo podrían distribuir por carecer de registro sanitario, se produjo la terminación intempestiva, unilateral e injustificada del contrato de distribución exclusiva de los productos de T.J. SMITH & NEPHEW que venía ejerciendo su representada, NEW YORKER S.A. y que derivó de aquella relación que se originó en 1947 con el señor Luis Vallejo Araujo.

3. La accionante, para su demanda sustenta como fundamentos de derecho, entre otros:

Que la terminación unilateral e injustificada significa una violación a la " Ley de Protección a los Agentes, Representantes y Distribuidores de Empresas Extranjeras" , ya que no estuvo precedida de la autorización judicial que de acuerdo a dicha norma es requisito indispensable para la terminación de contratos de representación, agencia o distribución en el Ecuador.

Que, en el Registro Oficial del 31 de diciembre de 1976, se publicó la Ley de Protección a los Agentes, Representantes y Distribuidores de Empresas Extranjeras, contenida en el Decreto Supremo 1038A; cuerpo legal dictado en el país para regular las consecuencias de la terminación de los contratos de distribución, agencia y representación, entre empresas extranjeras y una empresa nacional.

Que esta Ley protectora de los nacionales, constituyó la expresión de la voluntad de la República del Ecuador de dar una clara y amplia protección a aquellas empresas establecidas en el País; que la protección conferida por dicha ley consistía en dos condiciones básicas: i) que la empresa extranjera no podía, por sí sola, decidir dar por terminada la relación comercial, ni menoscabarla o perjudicarla en ninguna manera, sino que, para poder darla por terminada, necesitaba obtenerse la autorización previa del juez ecuatoriano; y, ii) que de procederse contrariamente, es decir que de darse por terminado el contrato, sin la autorización previa del Juez ecuatoriano, debería pagar, la concedente del exterior, una indemnización de daños y perjuicios, compuesta por varios elementos, entre ellos, la denominada " plusvalía del negocio" .

Que en el artículo 4 de la indicada Ley se establecieron los factores de cálculo de dicha indemnización:

" Art. 4. Si el principal o concedente violare la disposición del artículo anterior, deberá indemnizar al concesionario en la medida de los daños y perjuicios que le cause, cuya cuantía se fijará de acuerdo con los siguientes factores: a. El costo actual de lo invertido por el agente, representante o distribuidor para la adquisición y la adecuación de locales, equipos, instalaciones, mobiliario y útiles, en la medida de que éstos no fueren fácil y razonablemente aprovechables para otra actividad a que el representante, agente o distribuidor hubiere adquirido y de cuya venta o distribución no pudiere aprovecharse; c. La plusvalía del negocio, o aquella parte de éste, atribuible a la representación, agencia o distribución. Dicha plusvalía debe determinarse tomando en cuenta los siguientes factores:

1. El número de años que el representante, agente o distribuidor haya tenido a su cargo la representación, agencia o distribución. 2. Volumen actual de ventas o distribución de mercaderías, y la proporción que representen en el negocio del representante, agente o distribuidor. 3. Proporción del mercado que el representante, agente o distribuidor haya obtenido en el Ecuador o parte de él, y el volumen que represente. 4. Otros factores que razonablemente ayuden a establecer de un modo equitativo el monto de dicha plusvalía."

Que por estar amparado por la Ley de Protección a los Agentes, Representantes y Distribuidores de Empresas Extranjeras, basta acreditar documentadamente, la relación, pues, según el artículo 2 ibídem, el concesionario es la persona jurídica constituida en el Ecuador que mediante documento escrito haya sido designada por una persona jurídica constituida en el extranjero como su representante, agente o distribuidor; y, para el cobro de los perjuicios es

suficiente probar que la empresa extranjera ha procedido ilegalmente al menoscabar o terminar la relación y, adicionalmente, probar las inversiones que se mencionan en los literales a y b del artículo 4, así como los factores de cálculo que se mencionan en el literal c (plusvalía del negocio) del citado artículo.

Que la citada Ley protege a los contratos celebrados con anterioridad a ella, como aquel del que se derivan los derechos de NEW YORKER S.A., y al que se refiere en los fundamentos de hecho; así lo confirma el texto del artículo 3, primer inciso, de la referida Ley.

Que NEW YORKER S.A. se encuentra amparada en la " Ley de Protección a los Agentes, Representantes y Distribuidores de Empresas Extranjeras" , pues su designación como distribuidora de los productos de T.J. SMITH & NEPHEW LIMITED, se deriva de un contrato que fue protegido por la referida Ley; adicionalmente, dicha calidad de distribuidor autorizado, le fue ratificada durante la vigencia de esta normativa.

Que el artículo 4 de la indicada Ley fue reformado por la Ley 125, publicada en el Registro Oficial del 5 de julio de 1996, que reemplazó el factor establecido en el numeral 2 del literal c, de dicho artículo 4, por el siguiente: "Volumen actual de las utilidades sobre las ventas o distribución de mercadería objeto del contrato y la proporción que representen del total de las utilidades del negocio del representante, agente o distribuidor" .

Que el Congreso Nacional, mediante Ley No. 22, publicada en el Registro Oficial del 19 de Septiembre de 1997, derogó la Ley de Protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras en el Ecuador; pero, tal como se expresa en el artículo 2 de dicha Ley No.22, aquella derogatoria no extinguió los derechos y las obligaciones establecidas en los contratos que estaban vigentes, ni alteró las situaciones jurídicas originadas al amparo de la Ley Protectora, por lo que quedó intacta la obligación de la compañía T.J. SMITH & NEPHEW de no menoscabar ni dar por terminado el contrato de distribución sin causa legal, justificada ante una autoridad competente.

Que sigue vigente el derecho a recibir la indemnización, prevista en la Ley Protectora 1038A, por los perjuicios que le causó la ruptura unilateral, ilegal e injusta de la relación contractual que le vinculaba con las empresas extranjeras demandadas.

Que NEW YORKER S.A., se encuentra amparada por la Ley Protectora, pues reúne los siguientes requisitos: " Haber mantenido una relación permanente de más de 60 años de duración, como distribuidora exclusiva de productos extranjeros, de la compañía SMITH & NEPHEW que es una empresa que tiene la calidad de concedente. Esa relación está debidamente documentada, como en efecto lo probaré con los archivos de su representada. Haber visto menoscabada y finalmente haber sido despojada unilateral, ilegal y arbitrariamente de la distribución que tenía, púes no significó otra cosa, el no haber recibido los medios necesarios para obtener la renovación del registro sanitario en el Ecuador del producto Jelonet que distribuía, lo que evidentemente impide la venta y distribución del mismo en el país."

Que NEW YORKER S.A., se encuentra plenamente facultada para acogerse a lo previsto en la mencionada Ley y puede demandar perjuicios que deben calcularse de acuerdo al artículo 4 de la misma Ley.

Que NEW YORKER S.A. demanda en la vía verbal sumaria a T.J. SMITH & NEPHEW LIMITED, para que en sentencia se declare que efectivamente la mencionada compañía violó la Ley Ecuatoriana de Protección a Agentes, Representantes y Distribuidores de Productos Extranjeros, al terminar unilateral e injustamente las relaciones comerciales que mantenía su representada, y se la condene a pagar los daños y perjuicios ocasionados a su representada, los cuales deberán cuantificarse de conformidad con el artículo 4 de la citada Ley Protectora.

Que el derecho de NEW YORKER S.A., a recibir esta indemnización nació desde la fecha en que fue notificada con la ilegal e injusta comunicación, contentiva de la decisión de no renovar el registro sanitario del producto Jelonet (27 de octubre del 2010), y por lo tanto, desde dicha fecha, al valor que por concepto de indemnización de daños y perjuicios se llegare a establecer, deberá necesariamente aplicarse el máximo interés legal vigente en el Ecuador.

Que la cuantía asciende a USD $27'915.109,12 más los intereses de ley, valor que corresponde a la aplicación de los siguientes factores: 64 años de relación comercial y

utilidad promedio de los últimos 36 meses: USD $436.173,58.

4. Sustanciada la causa conforme las disposiciones adjetivas previstas en el Código de Procedimiento Civil, se dicta en primera instancia, sentencia estimatoria de la acción, el 06 de diciembre de 2016, las 08h06, declarando: (i) " con lugar la demanda planteada por la compañía NEW YORKER S.A." ; (ii) " disponiéndose a la compañía T.J. SMITH AND NEPHEW LTDA pague a la compañía NEW YORKER S.A., el valor de USD$ 702.206,80 (SETECIENTOS DOS MIL DOSCIENTOS SEIS CON 80/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA); más los intereses de Ley, que no podrán exceder de la tasa de interés publicada por el Banco Central del Ecuador [...]" .

5. Recurrida esta decisión por parte de la demandada, T.J. SMITH & NEPHEW – con adhesión de la parte accionante, la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dictó sentencia el 06 de diciembre de 2017, las 14h45, en la que resolvió: (i) " Aceptar parcialmente el recurso de apelación planteado por la parte Accionada […]" ; (ii) " […] Reforma la sentencia subida en grado, aceptado parcialmente la demanda interpuesta por NEW YORKER S.A., disponiéndose a la compañía T.J. SMITH AND NEPHEW LTDA pague a la compañía NEW YORKER S.A., las indemnización a las que tiene derecho la parte actora a partir del año 1992, de conformidad con los parámetros establecidos en el Art. 4 del Decreto Supremo No.1038A, publicado en el Registro Oficial No. 245 del 11 de diciembre de 1976 y su Ley Interpretativa y Reformatoria a la Ley de protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras, publicado en el Registro Oficial No. 982 del 5 de Julio de 1996, que se calcularán en la liquidación que se elabore en el estado procesal pertinente, por el perito que se designe para el efecto […]" .

6. Una vez que, mediante auto de 14 de marzo de 2018, las 10h36 se ha desestimado las solicitudes de aclaración y ampliación propuestas por la parte accionada y, de ampliación planteada por la actora; Cristina Trujillo Jiménez, por los derechos que representa de la compañía NEW YORKER S.A.; y, T.J. SMITH AND NEPHEW, por sus propios derechos, interponen recurso extraordinario de casación de la sentencia de última instancia.

7. La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y ArchivoUnidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 12 de marzo de 2019; mientras que, mediante auto de 1 de abril de 2019, las 13h11, la Conjueza Nacional competente del estudio del recurso, María Alejandra Cueva Guzmán, admite en forma parcial los recursos de casación interpuestos; es así que se señala en la parte pertinente:

> *" […] En cumplimiento con lo dispuesto en el inciso tercero del art. 8 de la Ley de Casación, y en consideración del análisis realizado en este instrumento. El recurso de casación interpuesto por la COMPAÑÍA NEW YORKER S.A, se admite por las casuales cuarta y quinta en su totalidad, y, por la causal primera únicamente por el cargo segundo, esto es por la indebida aplicación del artículo 7 del Código Civil. En cambio, se inadmite el recurso por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Con respecto al recurso interpuesto por la COMPAÑÍA SMITH & NEPHEW, se admite el recurso por las causales cuarta y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación; y, se lo inadmite con respecto a las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que dispongo que pase el proceso al Tribunal de Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia […]" .*

8. Así, mediante sorteo efectuado el 11 de junio de 2019, las 09h50, la causa accede al tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado de manera primigenia por las juezas nacionales: Julieta Magaly Soledispa Toro, en calidad de ponente, María Rosa Merchán Larrea y Rosa Beatríz Suárez Armijos.

9. Mediante Resolución No. 1972019, de 28 de noviembre de 2019, el Pleno del Consejo de la Judicatura, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales[7]; resolvió –en sus artículos 1 y 2, aprobar el Informe Técnico No. DNTHSA-10022019, de 27 de noviembre de 2019, para designar temporalmente a las y los conjueces de la Corte Nacional de Justicia provenientes de las distintas Cortes Provinciales y Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Tributario a nivel nacional; constando entre ellos los doctores: María de los Ángeles Montalvo Escobar, Carlos

[7] Artículo 181 de la Constitución de la República del Ecuador; y, numeral 2 del artículo 40, y numerales 1 y 10 del artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Vinicio Pazos Medina y Pablo Fernando Valverde Orellana; es así que, mediante acciones de personal de 29 de noviembre de 2019, suscritas por el doctor Pedro José Crespo, Director General del Consejo de la Judicatura, se emite sus designaciones como Conjueces Temporales de la Corte Nacional de Justicia.

10. Mediante Acciones de Personal, de 4 de diciembre de 2019, suscritas por la doctora Martha Beatriz Villarroel Villegas, Jefa de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia, se resuelve convalidar y autorizar el reemplazo de los despachos de las doctoras Julieta Magaly Soledispa Toro, María Rosa Merchán Larrea y Rosa Beatríz Suárez Armijos, ex Juezas Nacionales de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, a los doctores María de los Ángeles Montalvo Escobar, Carlos Vinicio Pazos Medina y Pablo Fernando Valverde Orellana, Conjueces de la Corte Nacional de Justicia, en todas la causas de la mencionada Sala, a partir del 3 de diciembre de 2019; y, en la situación propuesta, se los designa como Jueces (E) de la Corte Nacional de Justicia.

11. Debido a la pandemia por COVID19, y la declaratoria de emergencia sanitaria dispuesta en el país, el Pleno del Consejo de la Judicatura emite las Resoluciones No. 0282020 de 14 de marzo de 2020 y 0312020, de 17 de marzo de 2020, así como la Resolución N° 04 2020 de 16 de marzo de 2020, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en las que se declararon suspendidos los plazos y términos –mientras dure el estado de emergencia sanitaria en la sustanciación de los procesos judiciales.

12. Mediante Resoluciones N° 072020 de 03 de junio de 2020 y 0572020 de 31 de mayo de 2020 dictadas, en su orden, por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y por el Pleno del Consejo de la Judicatura, se reanuda gradualmente las actividades de la Función Judicial y se habilitan los plazos y términos antes suspendidos.

13. Cabe anotar que, desde el 02 de julio de 2020[8], se encontraba en marcha el proceso de elección de jueces y juezas de la Corte Nacional de Justicia, el que, culminaría sin la designación de jueces/zas de esta Sala Especializada, el 28 de enero de 2021.[9]

14. Así, mediante sorteo efectuado el 09 de marzo de 2021 las 03:36 pm, la causa accede al tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, David Isaías Jacho Chicaiza, y, Wilman Gabriel Terán Carrillo.

V. LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y MERCANTIL ECUATORIANA

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es " ...un Estado constitucional de derechos y justicia...". Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

" ...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."[10].

[8] Consejo de la Judicatura, Resolución del Pleno n. º 0722020 de 02 de julio de 2020, decisión en la que se convocó al concurso público de oposición y méritos para juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia.

[9] Consejo de la Judicatura, Resolución del Pleno n. º 0082021 de finalización y cierre del concurso de 28 de enero de 2021.

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

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

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

Asimismo, cabe anotar que la Constitución de la República es orgánica, pues, determina el órgano Función Judicial, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[11]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión[12].

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

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

> "...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."[13].

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la Constitución de la República del Ecuador acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

> " ...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos..."
> (Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 ibídem declara lo siguiente:

> " ...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento..." .

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: " ...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana..." .

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y

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

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

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

[13] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, per se, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que" ...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior..." .

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

c) Finalmente, la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

> " ...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho)."[14], concluye sobre el tema indicando que " (…) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa..."[15].

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de materializar los fines de este instituto procesal y cristalizar la justicia especializada en materia civil y mercantil, como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

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

> " ...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...".[16]

La garantía normativa de la casación, está determinada en las reglas de la Ley de Casación, aplicable al in examine, en función del principio de legalidad, así, los artículos 1, 2 y 3, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

> " Art. 1.Competencia. El recurso de que trata esta Ley es de competencia de la Corte Suprema de Justicia que actúa como Corte de Casación en todas las materias, a través de sus salas especializadas.
>
> Art. 2.Procedencia. El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.

Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.(…)

Art. 3.Causales.El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales:

[14] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.
[15] Ibídem, Pág. 28
[16] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 09514SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 223011EP.

1ra. 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.
2da. 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.
3ra. 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.
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.
5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles."
Por su parte, el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, determina la siguiente regla procesal: " La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso" ; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad.
El principio de taxatividad (numerus clausus) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en la Ley de Casación, conforme lo dispuesto en su artículo 3, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos sine qua non, para determinar la violación a la ley en la resolución impugnada.
Es preciso indicar que, " la casación civil es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede", en este sentido, " rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."[17]
El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores in iudicando ya por errores in procedendo. Mario Nájera, lo define como un " recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia"[18].
En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que " (…) La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia".[19]
Ahora bien, las garantías normativas de la ley de Casación, al delimitar la forma de una propuesta casacional, en su artículo 6, textualmente señala:

> "Art. 6.Requisitos formales. En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:
> 1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;
> 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;
> 3. La determinación de las causales en que se funda;
> 4. Los fundamentos en que se apoya el recurso".

[17] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y AsociADOS, Quito, 2005, pag. 41.
[18] Nájera, Mario, Derecho Procesal Civil, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.
[19] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: " ...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica..."[20].

Por su parte, el jurista Piero Calamendrei define la casación como un instituto judicial " ...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...".[21]

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores " in iudicando" existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales ad quem, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de casación; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI. ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1) La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los errores in iudicando, los errores de derecho, existentes en la sentencia del Tribunal ad quem; por ello, per se, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación.

A través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales prevista en la Ley de Casación, aplicable al caso.

En el in examine, la Conjueza Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló ut supra, en el numeral 4.7) de la presente sentencia, se aceptó a trámite los recursos, limitando los mismos a los cargos descritos en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 3 de la Ley de Casación, en el caso de la empresa recurrente NEW YORJER S.A., y los cargos 4 y 2 respecto de la impugnación planteada por la accionada SMITH & NEPHEW; ergo, inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

Ahora bien, dada la pluralidad de cargos admitidos a trámite, es de relevancia puntualizar, el orden lógico que corresponde para su análisis, para el efecto, se considera lo que ha establecido esta Alta Corte:

> *"Cuando en casación se invoca varias causales, existe un orden lógico para el estudio de las mismas. Se comienza por la causal segunda, pues si esta acusación prospera, le está vedado al juzgador de casación el seguir adelante con sus análisis y entrar a resolver sobre el fondo de la controversia, sino que, declarando la nulidad procesal a partir del instante en que el vicio se produjo, ha de reenviar el proceso en cumplimiento de lo que dispone el Art. 15 de la Ley de Casación; luego se estudia la causal quinta, que describe vicios relativos a la estructura de la sentencia (su congruencia y motivación)*

[20] Fernando de la Rua, El Recurso de Casacion, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20
[21] Piero Calamandrei, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

que subsana dictando una nueva sentencia; la cuarta, relativa a los vicios de ultra, citra, o extra petita; luego la tercera, que trata de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas relativas a la valoración de la prueba que hayan llevado a la violación de una norma sustantiva; finalmente, se estudiará la causal primera, que se refiere la infracción de normas sustantivas de derecho"[22].

Por estas consideraciones y en virtud de que existen varias causales admitidas, se procede a su revisión, en el orden previsto en la jurisprudencia invocada.

6.2) Estudio de la causal segunda prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación, en relación con el argumento planteado por la casacionista SMITH & NEPHEW.

El debido proceso es un derecho de protección que contiene múltiples garantías para las personas; per se, implica la existencia mecanismos de tutela y de efectividad concretos dentro de un proceso, e incorpora la exigencia del cumplimiento de requisitos y condiciones formales previamente establecidas en las normas como seguridad para las partes procesales de que sus derechos serán discutidos en un proceso justo e imparcial; el mandato de optimización analizado involucra la existencia de un procedimiento que debe desarrollarse conforme parámetros mínimos que permitan la defensa de sus intereses, en igualdad de armas.

La ordenación del proceso exige el cumplimiento de unos requisitos y condiciones mínimas de orden formal; partiendo de ese presupuesto, los Jueces tienen el deber de conducir los procesos dentro de los lineamientos prestablecidos, sin contradicciones, evitando yerros u omisiones que ocasionen perjuicios a las partes procesales; las actuaciones judiciales deben enmarcarse en los principios de legalidad y seguridad jurídica, en cuanto no es discrecional al Juez ni a la partes, apartarse de la ley procesal que señala un camino y un orden para los actos procesales, de modo que deben los Jueces observar plenamente las formalidades propias de cada juicio, las mismas que se establecen como garantías normativas en la legislación procesal, observando el respeto de los derechos fundamentales y los principios que rigen el sistema procesal vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia.

La dirección de los procesos a cargo de los Jueces, debe respetar la forma del trámite fijado en la ley y sus actuaciones están sometidas a las reglas fijadas en ella, como límitesgarantías para las partes procesales, considerando desde luego las formalidades esenciales o sustanciales que no pueden dejarse al arbitrio ni del Juez ni de las partes procesales, y las accidentales que no vulneren derechos fundamentales del debido proceso (derecho de defensa, etc.), esto es, que el debido proceso no se refiere a las meras formas.

En la estructura del Código de Procedimiento Civil, la nulidad, per se, no es un recurso taxativo; es una garantía normativa que procura que el órgano jurisdiccional verifique las actuaciones de la causa en el ámbito procesal, para la concreción del debido proceso, en cualquier etapa del procedimiento o estado del juicio; la existencia de una causal de nulidad, acarrea una sanción extremadamente grave que se reserva para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, la observancia de los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que, para acceder a ésta, se deben observar ciertos principios procesales como: especificidad (taxatividad), trascendencia y convalidación, a saber: a) principio de especificidad o legalidad, el cual consiste en que no hay nulidad sin texto legal expreso; b) principio de trascendencia, que establece que en virtud del carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino que además exista un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad, y c) principio de convalidación, el cual hace referencia a que, toda anomalía formal que constituya causal de nulidad no siempre genera la invalidez del acto procesal, toda vez que se permite en principio su saneamiento y convalidación, siendo la excepción a esta regla la existencia de nulidades insanables.

Ergo, para arribar a una nulidad, la causa de la misma, debe estar expresamente consignada como tal en la norma jurídica y dicho motivo debe haber influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones:

[22] Gaceta Judicial serie XVII No. 10 del año 2002, pág. 3063.

en primer término, se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo término, el órgano jurisdiccional sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

La nulidad solo debe ser declarada si el evento procesal que la ha causado, ha tenido influencia en la decisión de la causa, lo cual atiende al principio de trascendencia, que rige a esta institución procesal. La nulidad es, básicamente, un concepto genérico que hace referencia a una sanción hacia el acto procesal. La nulidad en el proceso es una declaración judicial que deja sin efecto un acto procesal por violaciones de las garantías constitucionales y de la ley; que busca excluir todo o una parte del proceso en cuya sustanciación no se ha cumplido con las solemnidades esenciales exigidas por la ley adjetiva. La razón jurídica para la existencia de la nulidad es porque es el medio idóneo para impugnar la vigencia de un proceso que adolece de vicios sustanciales. Mediante éste se pone de manifiesto el interés del Estado para que se sustancien procesos que sean firmes y estén libres de vicios que afecten al ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales.

> *El Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador señala:*
>
> *" (...) El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades" .*

El fin inmediato de la ley procesal es entonces la aplicación de la disposición legal al caso concreto. Lo que se busca en todo este andamiaje constitucional, es hacer cumplir los derechos que el Estado garantiza a todo ciudadano, entre ellos el derecho al debido proceso y sobre todo la defensa.

En razón de lo anotado, se puede colegir que las causales de nulidad procesal buscan " (…) proteger el orden lógico en el que se deben desarrollar los actos procesales, al igual que las formalidades que son de obligatorio cumplimiento para dotarlos de validez (…)"[23].

Al hablar de las nulidades procesales, la Corte Nacional de Justicia, ha indicado:

> *" (…) la infracción a una solemnidad sustancial, inclusive aunque haya causado perjuicio a las partes litigantes en un primer momento, no puede servir para declarar la nulidad, si tal detrimento ha quedado subsanado mediante un acto posterior del juez o de las partes, que ha servido para garantizar la efectiva vigencia de los derechos procesales que fueron puestos en riesgo, por la omisión de los requisitos de validez de determinado acto (…)"*[24].

6.2.1) Ahora bien, en el régimen procesal aplicable al caso, como garantía normativa, para garantizar el debido proceso, se ha establecido una causal de casación, la misma que procede cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad.

En el in examine, la causal elegida, por la parte recurrente, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del ad quem, es precisamente la causal referida en el párrafo precedente, establecida en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, cuyo tenor es el siguiente:

> *" Art. 3. Causales. El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes Causales:(…) 2da. 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" .*

Conforme las ideas desarrolladas ut supra, en relación con la causal objeto de análisis, no toda violación del procedimiento es motivo de casación. La garantía normativa es explicita al señalar que el cargo procede únicamente por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocando indefensión, bajo el supuesto de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

Santiago Andrade Ubidia, sobre este punto refiere:

> *"Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado*

[23] Ecuador, CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, caso Nro. 6472014. Acurio López.
[24] Ecuador, CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, caso Nro. 6272012. Estado ecuatoriano Vs. García Sabando.

en la ley como causa de nulidad; b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia).

Los vicios que privan al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no existe en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso, inciden en la constitución de la realidad procesal"[25].

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma procesal violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).
- El cargo elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma procesal, que debe ser identificada claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración).
- La violación de la norma procesal, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, debe haber viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y haber influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. (principio de trascendencia).

6.2.2) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con el yerro in iure acusado por la parte recurrente, quien señala que las disposiciones jurídicas que se suponen infringidas son: falta de aplicación de los artículos 408, 828 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; y, numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en el siguiente contexto:

- La falta de aplicación del artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, referente a la declaratoria de nulidad procesal por la violación de trámite inherente a la naturaleza del asunto, ya sea de oficio o a petición de parte, siempre que hubiere influido en la decisión de la causa, con observancia de las reglas generales, especialmente lo dispuesto en los artículos 355, 356 y 357 del mismo cuerpo legal.
- Manifiesta que el artículo 2 de la Ley Derogatoria de la Ley de Representantes, Agentes, o Distribuidores de Empresas Extranjeras, que establece que la derogatoria de la indicada ley, no extingue los derechos y obligaciones establecidas en los contratos, ni altera las situaciones jurídicas establecidas al amparo de dichas leyes, ni afecta las controversias judiciales que se hubieren planteado antes de la vigencia de la mencionada Ley, no es aplicable al presente caso, a la luz de los hechos sobre los cuales se trabó la Litis, esto es que el vocero de Smith & Nephew en el año 2010, en su correo electrónico dijo " no estaremos registrando Jelonet en su mercado. Por tanto, no se enviarán documentos" , lo que provocó la demanda en contra de su representada; además, que la indicada ley ya no se encontraba vigente en aquella fecha, debiéndose aplicar para temas contractuales el Código Civil, inclusive el Código de Comercio y, para el caso de

[25] Santiago Andrade Ubidia, La casación civil en el Ecuador, Andrade&Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 2005, 1era edición, p. 116 y 117.

acciones de daños y perjuicios, el Código de Procedimiento Civil, que establecía el trámite ordinario para estos casos, previsto en el artículo 828 de dicho cuerpo legal.

- Que la supuesta violación de trámite, supondría una limitación del derecho a la defensa, en tanto las condiciones de los dos trámites son totalmente diferentes, pues la vía verbal sumaria es más restrictiva de este derecho, no así la vía ordinaria, según así se ha pronunciado la jurisprudencia sobre el tema, constituyéndose en una situación insubsanable que influyó en la decisión de la causa y en consecuencia no se aplicó el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República.

6.2.3) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de falta de aplicación, la misma, en el caso 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas procesales, que a su vez vician el proceso de nulidad insanable o provocan indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

6.2.4) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta impugnatoria, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen la casación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto, se analiza lo siguiente:

De los hechos fijados como ciertos, no se configura una escenario procesal para la aplicación del artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, referente a la declaratoria de nulidad procesal por la violación de trámite inherente a la naturaleza del asunto, tomando como referente que las normas aplicables al in examine determinaban que la súplica al órgano judicial debían tramitarse en la vía del juicio verbal sumario, descartándose así además, la violación de los artículos 828 y 408 del Código de Procedimiento Civil, y 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, cuya falta de aplicación se acusa; ergo, el cargo planteado por SMTH & NEPHEW es improcedente.

6.3) Estudio de la causal quinta prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación, en relación con el argumento planteado por la recurrente NEW YORKER S.A.

La causal escogida para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del ad quem, es la establecida en el artículo 3 numeral 5 de la Ley de Casación, cuyo tenor es el siguiente:

> *Art. 3.Causales.El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: (…)*
> *5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles."*

Esta Alta Corte, ha delimitado el cargo casacional objeto de análisis, en el siguiente contexto:

" (...) el numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación señala dos vicios del fallo que pueden dar lugar a que sea casado: a) que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; son omisiones que la afectan en cuanto acto escrito, o sea en su estructura formal, como el que se omita la identificación de las personas a quienes el fallo se refiere, en la enunciación de las pretensiones, en la motivación que se funda en los hechos y en el derecho (que habitualmente se consigna en los «considerandos»), o en la parte resolutiva, en cuanto al lugar, fecha y firma de quien la expide; y, b) que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles".[26]

Por su parte, el autor Santiago Andrade Ubidia, respecto de la causal en análisis, señala:

> *" Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva, así lo establece la causal quinta, que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre éste, la demanda y la contestación, ya que en esta última hipótesis estaríamos frente a los vicios contemplados en la causal cuarta. El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o in-*

[26] Corte Suprema de Justicia, Resolución Nº. 1112, de 21 de abril de 2003, (Ponce vs. Cedeño), juicio 12702.

consistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado".[27]

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

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos porla Ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles, lo que tiene relación con la motivación del fallo.

Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo[28], son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores, formulando con aceptable claridad y precisión las razones por las que acusa el cargo casasional.

De los enunciados de la parte recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe a la falta de motivación e indica que se ha soslayado el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador.

Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las sentencias se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional[29], doctrinaria[30], y jurisprudencialmente[31].

---

[27] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Editorial Andrade &Asociados Quito, 2005, p. 135136.

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

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

[30] Dentro del ámbito doctrinario, respecto al tema de la motivación encontramos una diversidad de criterios emitidos por varios tratadistas, de los cuales recogemos el siguiente: " (…) La motivación, afirma MUÑOZ SABATE, es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva. Más concretamente, se encuentra integrada en el sistema de las garantías procesales del artículo 24 CE, al igual que el sistema de recursos, además de ser un principio jurídicopolítico fundamental. Efectivamente, es un derechodeber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los Tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Afirmábamos anteriormente que las partes han de procurar que la prueba practicada lleve al órgano jurisdiccional a la convicción de sus respectivas posiciones. Una vez que ha llegado a esta convicción es éste el que ha de persuadir, en su resolución a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido y de la razonabilidad de la aplicación de la normativa invocada. De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica (…)" . (Gaceta Judicial Serie XVII N°. 2, Resolución No 55899 Juicio No 6399 R.O. No 348 de 28 de diciembre de 1999, Juicio verbal sumario que por obra nueva sigue el Dr. Marcelo Regalado Serrano contra Edgar Ramiro Zurita Mantilla y Juana Tinizaray Jiménez.)

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

" (…) Como parte esencial de los principios que forman parte del debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con aquello se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica, dentro de un Estado Constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país, no queden en la indefensión y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto" (Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia N° 003-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 117, de 27 de enero de 2010.).

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

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

La garantía de la motivación de las sentencias se encuentra consagrada tanto en la norma constitucional como legal, así mismo desarrollada:
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.- " Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados" .
CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.-

> *" Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:*
> *(...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos" .*

En forma concomitante, la emisión de un fallo que en su parte dispositiva tenga decisiones contradictorias o incompatibles, tiene relación con la falta o ausencia de motivación, per se, dicha cuestión constituye uno de los errores in iudicando previstos en el derecho positivo, bajo la modalidad del caso 5 previsto en el artículo 3 de la Ley de Casación.
Una vez delimitado el alcance de la causal de casación en análisis, corresponde estudiar el contenido de las normas jurídicas supuestamente soslayadas por los juzgadores de segunda instancia, por tal razón, es necesario advertir que la motivación debe ser apreciada desde una doble perspectiva, por una parte, como una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no serán arbitrarias, sino consecuencia de un razonamiento lógico, y, por otro lado, como una indefectible obligación de los administradores de justicia, que les impone el deber de justificar fáctica y jurídicamente la razón de sus decisiones.
Además, se debe ser enfático en lo siguiente: la obligación de motivar las resoluciones judiciales busca que la misma " reúna ciertos elementos argumentativos mínimos" y que la decisión cuente con una estructura mínimamente completa para establecer que es " suficiente" , es decir que, la argumentación contenga una " fundamentación normativa suficiente" y una " fundamentación fáctica suficiente" , con la finalidad de que el fallo se encuentre debidamente motivado, pues, no puede entenderse a la motivación como una simple enunciación mecánica de normas, doctrina, principios jurídicos y de antecedentes de hecho, sin conexión alguna; esta fundamentación necesariamente ha de estructurarse sobre criterios de coherencia y pertinencia, así lo exige el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial:

> *" (…) Art. 130.- (…) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos"* . (Énfasis añadido).

Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: " ...la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión..."[32] (Énfasis añadido).
Es decir, tanto las normas jurídicas mencionadas en el presente fallo, como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen a los administradores de justicia el deber de construir sus fallos en base a un razonamiento lógico, el cual se consuma cuando los jueces explican razonadamente la conexión entre las preceptos jurídicos aludidos en su resolución, con los hechos que han sido debidamente acreditados

[32] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

en la especie, esta labor intelectiva les permite llegar a una adecuada conclusión.

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

> *" … En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos: (i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente. Esto quiere decir lo siguiente:*
>
> *61.1. Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en " la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas" . O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, " [l]a motivación no puede limitarse a citar normas" y menos a " la mera enunciación inconexa [o " dispersa"] de normas jurídicas" , sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso.*
>
> *61.2. Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, " la motivación no se agota con la mera enunciación de [… los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]" , sino que, por el contrario, " los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [… si] no se analizan las pruebas" . En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en " la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas" , sino que se debe: " exponer […] el acervo probatorio aportado a los autos" , " mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado" y " permitir conocer cuáles son los hechos" . Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes".*[33]

Por ende, a efectos de obtener de este órgano jurisdiccional, un fallo que enmiende la violación argüida, la parte interpelante tenía la obligación de acreditar que los jueces de segunda instancia, al momento de reducir su sentencia a escrito, incurrieron en los yerros señalados ut supra, mediante la exposición de una fundamentación de orden técnico jurídico, capaz de llevar al convencimiento de los integrantes del Tribunal de casación, del cometimiento de la transgresión alegada.

En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si la parte recurrente pretendía justificar la causal 5 prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación, en torno al incumplimiento del requisito de motivación en la sentencia recurrida; tenía el deber de justificar, " con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de motivación".[34]

6.3.1) Delimitado el alcance, tanto de la causal invocada, como de la garantía de la motivación, es posible sintetizar el alcance del cargo formulado por la parte impugnante, en la falta de motivación de la resolución de segunda instancia.

Ahora bien, ¿Cómo debía acreditar la mentada falta de motivación el recurrente?

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

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.
- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

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

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

Dicho esto, la labor intelectiva de los integrantes del presente Tribunal de casación, debe concretarse en la resolución del siguiente problema jurídico:
¿La sentencia dictada el 6 de diciembre de 2017, emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, adolece de motivación, por contener decisiones contradictorias o incompatibles, o por adolecer de una " fundamentación normativa suficiente" o una " fundamentación fáctica suficiente" ?
Al fundamentar el cargo casacional, la parte recurrente, refiere que la sentencia impugnada adolece de motivación por " haberse aplicado normas que no son pertinentes a la litis, pues la Sala ha procedido a dictar su fallo sobre temas que jamás fueron parte de la controversia" .
De los enunciados de la parte recurrente, se logra extraer los puntos medulares de su impugnación, conforme lo indicado ut supra, lo que determina, a su decir, la falta de motivación.
6.3.2) Conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional[35], para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación, se debe de terminar si la sentencia recurrida cuenta con una argumentación jurídica suficiente, es decir, con una estructura mínimamente completa, integrada por estos dos elementos: una fundamentación normativa suficiente , y una fundamentación fáctica suficiente , lo cual constituye el criterio rector para un análisis adecuado.
Cuando se incumple aquel criterio rector, la argumentación jurídica adolece de ausencia motivacional, observándose desde la óptica de la jurisprudencia constitucional, tres tipos básicos de deficiencia motivacional que son: la inexistencia; la insuficiencia; y, la apariencia. Por lo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación puede corresponder a alguna de estas tipologías elementales:
Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica[36].
Insuficiencia.- Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia.[37] Manuel Atienza, señala que " el ideal de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión" , en este sentido " motivar suficientemente significa que se haya alcanzado en grado suficiente de expresión la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión".[38]
Apariencia.- Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia constitucional, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: incoherencia; inatinencia; incongruencia; e, incomprensibilidad[39], conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente contexto:
Incoherencia.- Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen -sus premisas y conclusiones- (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.
La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente. En cambio, una incoherencia decisional siempre implica que la argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación.[40]

[35] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[36] Ibídem.
[37] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[38] Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, p. 136-138
[39] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[40] Ibídem.

Inatinencia.- Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no " tienen que ver" con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez " equivoca el punto" de la controversia judicial.

La inatinencia implica que una argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado las razones inatinentes, no quedan otras que logre configurar una argumentación jurídica suficiente[41].

Incongruencia.- Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho).

La incongruencia frente a las partes puede darse por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta.

La incongruencia (sea frente a las partes o sea frente al Derecho) siempre implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación.[42]

Incomprensibilidad.- Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o -cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)- para un ciudadano o ciudadana.[43]

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

En el in examine, se insiste, los enunciados de la parte recurrente, en la postulación del cargo, estuvieron enfocados en plantear afirmaciones genéricas del tipo, lo cual soslaya el principio de debida fundamentación y demostración, razón suficiente para concluir que la parte impugnante no ha formulado con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de la motivación.

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

6.4) Estudio de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, en relación con el argumento planteado por las casacionistas NEW YORKER S.A. y SMITH & NEPHEW.

> *La causal elegida por las partes recurrentes, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del ad quem, es la establecida en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, cuyo tenor es el siguiente:*
>
> *" Art. 3.-Causales.-El recurso de cas*ación 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; y,"* .

El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste en:

[41] Ibídem.

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

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

" … la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante,"[44] en este sentido, " la incongruencia del fallo puede revestir tres formas: a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b)cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra petita)",[45] en consonancia, el Tratadista Guillermo Enderle señala al respecto:

> *" El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones ajenas o distintas de las peticionadas temporalmente por las partes (extra petita); omitir decisión respecto a cuestiones planteadas en tiempo y modo oportuno (citra petita) o rebasar o exceder el contenido de la pretensión u oposición añadiendo algo no solicitado, no obstante haber sido cumplidos los requisitos de actividad requeridos para estos casos (ultra o petita)".*[46]

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

> *" (…) El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: sententia debet esse confirmis libelo, ne eat judex, ultra, extra, o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata et probata, delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso".*[47]

En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil el cual prescribe que " La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis (…)." , en relación con lo que dispone el artículo 274 ibídem: " En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución(…)" ; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es sino la que es materia del litigio.[48]

> *" … Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa parte favorecida por la ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia y de equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada… ".*[49]

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

- Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.
- Asemejar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.
- Identificar, de ser el caso, la reconvención esbozada por el demandado, así como las excepciones planteadas a la misma.
- Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.
- Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvención u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.

[44] Humberto Murcia Ballén, " Recurso de Casación Civil" , sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñes, Bogotá,2005, Pag.506.
[45] Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).
[46] Enderle Guillermo Jorge, " La Congruencia Procesal" , Rubinzal – Culzon Editores, Buenos Aires – Argentina, Pag. 103.
[47] G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador)
[48] Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 323.
[49] Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 321.

- Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito ut supra, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido (plus o ultra petita), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (extra petita), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (citra petita) (debida fundamentación y demostración).
- El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia).

6.4.1) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros in iure acusados por las partes recurrentes, quienes indican lo siguiente:

NEW YORKER S.A.:

- En la sentencia impugnada la Sala de Apelación resuelve temas que no fueron materia de litigio; de la revisión de la demanda y de la contestación, no fue materia ni de excepción, ni de apelación, la determinación de la época en que se dio inicio a la relación comercial entre New Yorker y T. J. Smith & Nephew.
- La Sala de Apelación debió aplicar los artículos 19, 27 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial –en adelante COFJ-, y por tanto, abstenerse de tratar algo no planteado; el ad quem tenía la obligación, por mandato expreso de la ley, de pronunciarse únicamente sobre los puntos sobre los cuales se trabó la Litis y de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.
- La Sala de Apelación actuó en franca contraposición de la Ley, violentando normas expresas contenidas en los artículos 19, 27 y 140 del COFJ, así como el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, pues jamás las aplicó y, dictó una sentencia determinando, de oficio, una fecha de inicio de la relación comercial entre las partes, algo que jamás fue materia de controversia.
- La ilegal declaratoria del ad quem, ha dejado en indefensión jurídica, sin oportunidad de ejercer su derecho a la legítima defensa, pues si el tema de la época de inicio de la relación comercial hubiera sido parte de la controversia, hubiera ejercido su derecho a demostrar que tal inicio se dio antes de 1992.
- La Sala de Apelación ni siquiera aplicó lo contemplado en los artículos 28 y 300 del CC, que era su obligación expresa.
- La omisión por parte del ad quem le ha dejado en la indefensión, afectando sus derechos fundamentales contemplados en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República – en adelante CRE-.
- La Sala de Apelación incurrió claramente en una extra petita.

SMITH & NEPHEW:

- Acusa a la sentencia impugnada de haber resuelto algo más de lo solicitado (plus o ultra petita), pues la parte actora en el numeral 5, párrafo segundo de su líbelo, entre sus pretensiones formuló que el derecho a pedir indemnización habría nacido el momento en que fue notificada con la comunicación de no renovar el registro sanitario del producto Jelonet, es decir el 27 de octubre de 2010, y por tanto, de la misma fecha se debía contar para la misma, además del máximo de interés legal vigente en el Ecuador, reclamando en todo caso el pago de los intereses legales desde la citación con la demanda; sin embargo, en la sentencia recurrida se resuelve aceptar parcialmente la apelación interpuesta por los actores y se dispone que los demandados paguen las indemnizaciones a que tienen derecho desde el año 1992 de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 4 del Decreto Supremo 1038-A, incurriendo la sentencia en una violación al principio de congruencia que debe tener la sentencia entre lo demandado, lo excepcionado y lo resuelto.
- Dejando de la analizar si la no renovación del registro sanitario del producto Jelonet, constituía terminación unilateral del contrato de distribución, y como consecuencia de aquello, determinar si la Ley contenida en el Decreto Supremo 1038-A y su posterior Ley Derogatoria era o no aplicable a un hecho ocurrido 16 años después de derogada la Ley.

De la revisión de los planteamientos realizados, no se evidencia argumento alguno tendiente a realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones o peticiones, y lo resuelto en la sentencia; a contrario sensu, los enunciados planteados en torno a la narración de los hechos desde un singular punto de vista, la crítica respecto a la motivación realizada por el ad quem, en torno al análisis del problema jurídico derivado de la traba de la litis, determinan un debate de instancia proscrito en sede casacional.

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

Lo que jurídicamente calificado como " traba de la litis" , se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, (exigencia fundada o no) y de la resistencia esgrimida en contra (excepciones). Fijados los puntos del litigio y desarrollada su discusión más allá de la negación pura, corresponde al órgano jurisdiccional, pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones o razones que fundamentan la pretensión y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas. El tratadista Humberto Murcia Ballén señala al respecto " … la actividad del juez, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada; que solo puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes, o, en otros términos, que solamente debe moverse dentro del espacio que le determina el demandante en su demanda o el demandado en la contestación".[50]

El artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece el principio dispositivo, bajo el cual todo proceso se promueve por iniciativa de parte legitimada; en función de aquel, para resolver la cuestión planteada en sede casacional, este Tribunal contrasta la pretensión de la demanda, su contradictorio (contestación a la demanda) y la resolución impugnada.

Se infiere que el ad quem, en ejercicio de su jurisdicción, aceptó parcialmente el recurso de apelación planteado por la parte accionada y consecuentemente reformó la sentencia del a quo, resolviendo positiva y parcialmente a la súplica demandatoria, por lo cual no se observa que se haya resuelto ultra petita, extra petita, o citra petita; en este sentido se advierte más bien que, las impugnaciones de las partes recurrentes, se fundan en el cuestionamiento sobre la aplicación de determinadas normas jurídicas que sirvieron de premisas para la resolución cuestionada, en relación con la justipreciación de los elementos probatorios aportados, y argumentos planteados en el recurso de apelación, en relación además con la modulación realizada, lo cual no es materia del cargo casacional analizado.

Como se ha expresado, a través de esta causal, se vela por el fiel cumplimiento de las normas jurídicas que constituyen el debido proceso; se protege la intangibilidad de la materia litigiosa y se garantiza la seguridad jurídica de las partes, de lo contrario, el caos y la arbitrariedad perturbarían la marcha normal del proceso. Además, frena el exceso de poder del juez que puede presentase en los casos siguientes: a) cuando se falla sobre personas que no fueron partes procesales; b) cuando se resuelve asuntos diferentes de los controvertidos; y, c) cuando se modifica lo pedido en la demanda, en la contestación o en la reconvención. En síntesis: esta causal alude al exceso de poder del juez que lo manifiesta al resolver en forma extra petita, es decir, incrementando por su sola voluntad, la materia litigiosa, esto constituye un vicio de actividad.

Por ello, es preciso analizar si se cumplen los presupuestos establecidos en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, considerando que:

> *" … Todo proceso contiene una materia precisa y determinada sobre la cual versa; esta materia u objeto procesal está constituida por los hechos y por el derecho que las partes someten al juez para su resolución. Ahora bien: la materia del litigio queda constituida en forma definitiva e intangible luego de trabada la Litis, de tal manera que una vez iniciado el término de prueba las posiciones del accionante y del demandado permanecen como están y bajo ningún concepto se las puede cambiar ni reformar. De tal manera que la materia del litigio no es otra que lo que quedó definitivamente constituido luego de trabada la Litis, antes de la iniciación del termino de prueba y, sobre esta materia y sólo sobre esta, debe versar el proceso, por lo tanto, la prueba, los alegatos y*

[50] Humberto Murcia Ballén, " La Casación Civil en Colombia" , Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá, Pag. 480.

la sentencia deben referirse exclusivamente a esta materia litigiosa… ".[51]

De la revisión de la sentencia impugnada, se desprende que la petición de la parte actora, y su contradictorio, si constituyen un asunto materia del litigio, per se, los mismos, fueron objeto de pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional competente, en el marco delimitado por las partes modulado por el órgano judicial; por otra parte, se avizora que los enunciados planteados por los recurrentes inobservan los principios de debida fundamentación y demostración, no debate de instancia, y trascendencia; ergo, el cargo planteado, es improcedente.

6.5) Estudio de la causal primera prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación, en relación con el argumento planteado por la recurrente NEW YORKER.

La causal elegida, por la recurrente, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del ad quem, es la establecida en el artículo 3 numeral 1 de la Ley de Casación, cuyo tenor es el siguiente:

Art. 3.Causales.-El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: (…) 1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva" .

Esta Alta Corte, ha delimitado el cargo objeto de análisis, en el siguiente contexto:

" El recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de la materia 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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la 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 hipotétic contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distintas a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(…)".[52]

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).
- El cargo casacional elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración)

[51] Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 322.
[52] Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más..

- La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, debe haber sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia).

6.5.1) En el caso in examine, prima facie, se establece que, al plantear el cargo casacional, la recurrente, invoca la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, la cual contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutiva[53], ante lo cual esta Alta Corte ha señalado:

> *" … se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente".*[54]

6.5.2) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con el yerro in iure acusado por la parte recurrente, quien señala y acusa lo siguiente:

- Indebida aplicación de la norma de derecho contenida en el numeral 18 del artículo 7 del Código Civil –en adelante CC-, lo cual ha sido determinante en la parte resolutiva del fallo.
- La reflexión realizada por la Sala de Apelación busca concatenarse con el criterio que surge de la errada interpretación del artículo 7, numeral 18; lo cual surge de una mención contenida en la sentencia, en el numeral 4 del ordinal quinto que establece un criterio de errada interpretación del alcance de dicha norma la cual determina el principio de retroactividad de la ley y sus excepciones, así como su eventual aplicación al sub júdice.
- Más adelante, la Sala de Apelación hace conexión con el establecimiento de la relación comercial en 1992; infiere claramente que pretende sustentar que la Ley de Protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras, promulgada el viernes 31 de diciembre de 1976 no podía ser aplicada retroactivamente a un contrato iniciado antes de la entrada en vigor de dicha norma, compartiendo de forma errada el criterio de la parte demandada, pero que, habiendo iniciado la relación contractual en 1992, cuando ya estaba en plena vigencia la Ley, ésta sí era aplicable a la relación contractual. Máxime si señalan que la Ley derogatoria establece que no se extinguían los derechos y obligaciones originadas al amparo de dichas leyes -Ley de 1976 y Ley interpretativa de 1996.
- A criterio de la Sala de Apelación, si la relación contractual hubiera iniciado antes de la vigencia de la norma, entonces no era aplicable a la relación contractual de New Yorker con T. J. Smith & Nephew, al amparo de lo preceptuado en el artículo 7, numeral 18, inciso primero del CC; normas que, aunque no se las menciona expresamente se colige claramente son las que se pretende aplicar.
- Bajo el amparo de esas normas (artículo 7.18, inc. 1°. CC), como pretende la parte demandada, parece señalar, que la Sala de Apelación en su fallo, no podía incorporar a la relación contractual existente entre New Yorker y T. J. Smith & Nephew la Ley de Protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras, pues al tenor de lo señalado en la norma, la ley no es retroactiva y las normas que debían ser incorporadas a dicha relación son aquellas que regían al momento de su establecimiento.
- Como la Sala de Apelación estableció que el tiempo en que empezó la relación comercial fue en 1992, y por ende estaba vigente la Ley de Protección, no habría problema; pero el hecho cierto es que: i) ni la relación comenzó en esa época; y, ii) ni la mencionada norma del Código Civil son aplicables al sub júdice.
- El artículo 7, numeral 18, inciso 2° CC establece la excepción que definitivamente hace que la Ley de Protección era plenamente

[53] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición ,Editorial Andrade &Asociados Quito, 2005
[54] Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 19999

aplicable a la relación comercial existente entre New Yorker y T. J. Smith & Nephew, sea que esta hubiera iniciado en 1992, 1978, 1976 o 1947.

- La Ley de Protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras, publicada en el R. O. No. 245 del 31 de diciembre de 1976, fue expedida no sólo para las relaciones que pudieran darse en el futuro, sino para proteger a quienes ya contaban con relaciones comerciales constituidas en el Ecuador y de muchos años de vigencia.
- Resulta importante analizar el texto completo, en su real alcance y aplicación, el artículo 7, numeral 18 CC, siendo en realidad el inciso 2° de dicha norma la que debe ser aplicada en el caso de la relación comercial existente entre New Yorker y T. J. Smith & Nephew.

6.5.3) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de aplicación indebida de la ley, la misma, opera cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución.

La aplicación indebida, de acuerdo a la técnica de la casación, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma que corresponde realmente.

De los conceptos expuestos, se evidencian dos presupuestos: 1. Que la norma con la que se subsumieron los hechos, no es la aplicable al caso; y 2. Que producto de ello, la disposición que la regula fue inaplicada, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

El autor Humberto Murcia Ballén, explicando la aplicación indebida señala:

> *"el error in judicando no se encuentra en la premisa mayor del silogismo, osea, al seleccionar la norma aplicable y determinar su validez, sino en la premisa menor porque es al subsumir los hechos establecidos dentro de la hipótesis de la norma elegida cuando el error puede cometerse".*[55]

6.5.4) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen la casación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto, se analiza lo siguiente:

El recurso de casación tiene la característica de ser extraordinario, razón por la cual emergen en su ámbito teórico principios aplicables al mismo, uno de ellos es el principio de no contradicción, el cual hace referencia a que, no se debe plantear cargos casacionales que no guardan coherencia lógica y resultan excluyentes entre sí, es decir que, afirman y niegan a la vez un mismo hecho, violentando así el principio lógico y argumentativo de la no contradicción, ya que las propuestas excluyentes tanto en su naturaleza como en sus efectos no pueden ser formulados en una misma censura; en el in examine, se verifica que la parte recurrente incurre en la vulneración de este principio, al señalar lo siguiente:

> *" (…) Pero toda la reflexión anterior realizada por la Sala no es aislada, sino que busca concatenarse con otro criterio que surge de una errada interpretación del número 18 del artículo 7 del Código Civil. Todo surge de una errada interpretación del número 18 del artículo 7 del Código Civil. Todo surge de una mención contenida en la sentencia dictada por esta sala el 6 de diciembre del 2017 y que consta en el número 4 del ordinal QUINTO del fallo, que señala: (…)*
>
> *La parte del texto que hemos resultado no puede pasar desapercibida, pues establece un criterio de errada interpretación del alcance del artículo 7 del Código Civil (que establece el principio de retroactividad de la Ley, y sus excepciones) y su eventual aplicación al presente caso concreto (…)"*

Ergo, la parte recurrente, incurre en la vulneración del principio de no contradicción, al postular prima facie la aplicación indebida y luego enunciar en su fundamento la errónea interpretación de la misma norma jurídica, lo que deriva en una falta de debida fundamentación y demostración, y trascendencia del cargo casacional, tanto más que de los hechos fijados como ciertos, el ad quem, realiza la motivación respectiva, en torno al problema jurídico sometido a la jurisdicción, por lo que el cargo planteado es improcedente.

[55] Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Sexta Edición, Bogotá, Colombia, p. 331.

VII. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 16 y más pertinentes de la Ley de Casación, en voto salvado del doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E), ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,***

RESUELVE:

7.1) Declarar la improcedencia de los recursos de casación planteados por los representantes de las compañías NEW YORKER S.A., actora, y SMITH & NEPHEW, demandada, en virtud de no haber fundamentado los respectivos medios de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores in iudicando y los cargos acusados.

7.2) Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y el rechazo total del recurso de casación, conforme la parte final del artículo 12 de la Ley de Casación, corresponde que el Tribunal a quo, entregue a la parte perjudicada el valor total de la caución.

7.3) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.-

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE*.*

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 09332-2018-05497

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Roberto Guzmán Castañeda**

ACCIÓN
DAÑO MORAL

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El tribunal de casación, luego del respectivo análisis de los argumentos del recurso de casación presentado por el recurrente, aceptó el cargo de falta de motivación (causal 2 art. 268 COGEP), resolvió casar la sentencia recurrida, y cuantificó el monto de la indemnización por daño moral en quince mil dólares.

Quito, miércoles 12 de enero del 2022, las 09h26

I. ANTECEDENTES

a) Relación de la decisión impugnada

1. En el juicio ordinario que sigue Roxana Isabel Navas Vargas en contra de Juan José Guadalupe Molina Hernández, el Juez de Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, emitió sentencia declarando con lugar la demanda de daño moral, determinando el monto de la indemnización en quince mil dólares de los Estados Unidos de América (15.000,00 USD).

2. De esta sentencia, tanto la actora como el demandado interpusieron recurso de apelación, mismo que fue conocido y resuelto por el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Guayas, el cual con voto de mayoría, dictó sentencia el 19 de agosto de 2019, las 14h14, aceptó parcialmente el recurso de apelación de la actora, y reformó la sentencia de primer nivel en lo referente al monto de la indemnización en ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América (80.000,00 USD).

b) Actos de sustanciación del recurso de casación

3. Inconforme con la sentencia dictada, Juan José Guadalupe Molina Hernández, interpone recurso de casación por los casos dos y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, mismo que fue admitido a trámite, mediante auto de 13 de julio de 2020, a las 11h13, emitido por el doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, conjuez nacional.

c) Normas jurídicas infringidas y cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada

4. El casacionista impugna la sentencia de apelación por las causales segunda y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

5. La segunda tiene lugar cuando la sentencia o auto no contiene los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se han adoptado decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumple con el requisito de motivación.

6. La quinta ocurre cuando se ha incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

7. Cita como disposiciones normativas infringidas las siguientes: artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República; numeral 4 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos; y artículo 2232 del Código Civil.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia

8. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); Wilman Terán Carrillo; y, David Jacho Chicaiza, es competente para conocer y resolver este proceso, de conformidad con la Resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

9. Sobre la base de esta Resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-P-CNJ-2021, y 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

10. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución de la República[1]; 184[2] y 190 numeral 1

[1] Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.

[2] Art. 184.- Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

del Código Orgánico de la Función Judicial[3]; y, primer inciso del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos[4].

2.2. Validez procesal

11. En la tramitación de este proceso, no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad el mismo, ni inobservancia por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución; y, por otro, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

2.3. Audiencia pública y fundamentos del recurso de casación

12. Según la disposición normativa contenida en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la que se llevó a cabo el 13 de diciembre de 2021, las 10h00; y, una vez que finalizó el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 del COGEP.

13. Como se mencionó en líneas anteriores, el recurso de casación fue admitido a trámite por las causales dos y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por lo que, a continuación se enunciará los argumentos presentados por el casacionista en el escrito del recurso.

i) Respecto de la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

14. La parte casacionista acusa que, la sentencia que impugnada, no cumple con el requisito esencial de motivación, por cuanto inobserva lo determinado en el 76 numeral 7 literal de la Constitución de la República y violenta el derecho consagrado en el artículo 75 ibídem respecto a la tutela judicial efectiva en concordancia con el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

15. Menciona que la sentencia que impugnó no cumple con el requisito esencial de la motivación, respecto del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la debida motivación es un elemento esencial para descartar cualquier indicio de arbitrariedad en la autoridad para suministrar las razones que tiene y otorga credibilidad a las decisiones en el marco de una sociedad democrática, de acuerdo a la sentencia de 01 de julio de 2001.

16. Sostiene que la sentencia de mayoría marca un sesgo a favor de la actora, cuando en el fallo recurrido se advierte que no hay una verdadera ponderación del daño frente a la naturaleza del agravio, sentencia que no contiene motivación alguna que ampare y justifique la decisión de la Sala en cuanto al monto indemnizatorio ni al derecho a recibirlo.

17. Menciona que, la sentencia de instancia no cumple con los presupuestos que la Corte Constitucional del Ecuador ha determinado como elementos de la motivación siendo ausente en el fallo recurrido el elemento de razonabilidad, cuestión que implica que el fallo debe construirse enunciado las fuentes normativas concordantes con el problema jurídico a resolver, indicando en la sentencia cuál es el derecho sustantivo que ampara su decisión, sobre todo al determinar el monto de la reparación pecuniaria.

18. Manifiesta que el tribunal no explica cuál es la gravedad particular del perjuicio y de la falta, siendo totalmente subjetivo e incomprensible el análisis de la Corte Provincial.

19. Alega que el juez de la causa penal que motivó la presentación de la demanda de daño moral, declaró como temeraria la denuncia presentada por el demandado, y que los jueces de la Corte Provincial sustentaron el supuesto daño moral únicamente en la calificación de temeridad de dicha denuncia, sin embargo, la sentencia no contiene una explicación razonable por cuanto no se determina la razón jurídica (norma legal) en virtud de la cual, se establece el monto por indemnización pecuniaria, sin que exista otro basamento para determinar la cuantiosa indemnización que ordenan pagar a la accionante, es decir, no existe el nexo causal entre el razonamiento esbozado por la sala, la conclusión

[3] Art. 190.- Competencia de la sala de lo civil y mercantil.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

[4] Art. 269.- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley.

al estimar semejante indemnización y la norma jurídica aplicable a este caso.

20. Aduce que el tribunal de alzada ha considerado que existe el hecho ilícito y el perjuicio para la actora, sin embargo no ha explicado en su resolución, de qué manera dicho daño moral está configurado, pues nada se dice en el fallo de sentimientos de angustia, pesar, humillación ofensas semejantes, ansiedad, etc., qué monto corresponde a cada uno de los elementos que supuestamente configuran el daño moral que se haya irrogado a la accionante, sin que se explique jurídicamente por qué cabe indemnizar cada rubro y cómo ellos se encuentran concedidos.

21. Agrega que en el fallo se habla de otros aspectos como la intensidad, la fuerza de la afectación, su proyección en el tiempo sin que se establezca la norma legal o constitucional en que se determinan la existencia de estos elementos como componentes o variables que estructuren el daño moral para construir una argumentación razonable sustentada en normas legales establecidas claramente para la acción de daño moral.

ii) Respecto de la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

22. Respecto de esa causal, el recurrente alega errónea interpretación del artículo 2232 del Código Civil, que si bien es la norma sustantiva que cabe aplicarse al presente caso, el alcance de dicha disposición es desacertado en cuanto conceden a la disposición legal un alcance mayor al que debe darse.

23. Menciona que el artículo 2232 del Código Civil, dispone que queda a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, en atención a las circunstancias previstas en el inciso primero del mismo artículo, las cuales hacen referencia a que la indemnización debe hallarse justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

24. Es decir, se refiere a la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta, no es la norma la que permite al sujeto que activa el proceso civil, el aumentar su patrimonio sino un reconocimiento de haber sufrido agravio extrapatrimonial meramente sobre aspectos morales, la indemnización pecuniaria entonces es un reconocimiento de dicho agravio moral mas no una opción que permita castigar económicamente a sujeto pasivo de la contienda bajo una hipótesis totalmente subjetiva del tribunal que interpreta erróneamente la norma pues el alcance supera el contenido de la disposición legal.

25. Manifiesta que la acción indemnizatoria del daño moral es de carácter reparatorio y no sancionador, por lo que no cabe que se mande a pagar sumas exorbitantes de dinero, pues, que la valoración del daño moral esté a 'prudencia del juez', no significa que este tiene una amplia libertad para fijar ese valor de ochenta mil dólares de forma alegre, sino que debe ponderar su decisión, sin que en el caso concreto se haya explicado la norma o principio jurídico sobre la base de la cual se hizo el cálculo de este valor, para determinar la suma descomunal que se manda a pagar, tampoco se explica de qué forma y cuáles fueron los elementos que sirvieron de base para determinar el monto.

III. CONTRADICCIÓN DE LA PARTE ACTORA

26. El abogado de la actora manifiesta que la recurrente acude ante este Tribunal para solicitar que se pronuncie sobre la existencia o no del daño moral cuando eso no fue objeto de la sentencia de la Corte Provincial; en la sentencia los señores jueces de la corte provincial, determinan el objeto de la apelación: que tanto la parte accionada como la parte accionante interpusieron recurso de apelación de la sentencia dictada de forma oral en audiencia y que de forma oportuna dentro del término fue fundamentada por escrito conforme a la ley, así la parte accionada fundamenta su recurso de apelación aludiendo que no existe motivación en el fallo y que se le causa un agravio grave al condenarle al pago de la indemnización, entonces está la parte tratando que este Tribunal de casación vuelva a revisar lo que ya se revisó en primera instancia y en segunda instancia, sin embargo, en apelación el objeto era el análisis del daño indemnizatorio.

27. Sostiene también que no se ha considerado las disculpas, puesto, que no son disculpas sino escritos los que presentó el demandado, de desistimiento, luego de 14 meses luego de estar impulsando la investigación penal dentro del cual pidió pruebas se examinó teléfonos celulares de su defendida, se estableció una vigilancia policial, se intervinieron teléfonos propios de la naturaleza

de este delito, inclusive una grabación telefónica entre la actora y una amiga, lo cual atacó también a la vida privada de la actora.

28. Menciona que la recurrente dice que la indemnización es muy alta en desmedro de la economía del señor Juan José Molina, sin embargo, dentro del expediente y en su recurso de apelación y dentro de la audiencia también de apelación ante la Corte Provincial nunca presentó alguna prueba, algún certificado que diga que no tiene bienes o que es una persona en una pobreza, o que está sin trabajo, entonces mal podría decir, porque al demandado le parece, que es en desmedro de la economía del recurrente el monto fijado por la Corte Provincial. El señor Juan José Molina es conocido, y también dentro de los autos están certificados contundentes de que es dueño de propiedades de Samborondón de Salinas, es dueño de la clínica, etc.

29. Añade que la recurre insiste que se revise, pues no existió el ilícito y que el tribunal de alzada únicamente debía declarar la condena del daño moral, pero no la indemnización, lo cual no es posible de acuerdo a lo que establece el artículo 2214 del Código Civil.

30. Aduce que el artículo 2232 del Código Civil establece que para fijar la indemnización, la ley les da esa facultad a los jueces conforme a la prudencia y que esta prudencia también tiene sus límites, esta prudencia está justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta; en tal sentido, en la sentencia recurrida se cita doctrina y jurisprudencia que son fuentes del Derecho, de acuerdo con el artículo 28 del Código Orgánico del Función Judicial.

31. Menciona que más allá del artículo 2232 del Código Civil no hay ninguna disposición normativa que regule, como pretende el casacionista, un rubro por una humillación, otro por una angustia, otro por un dolor, otro por un sufrimiento; es decir, no es posible un rubro para cada perjuicio, porque sería absurdo.

IV. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

32. De acuerdo con lo expuesto en el recurso de casación, este tribunal para resolver las impugnaciones del presente caso, plantea los siguientes problemas jurídicos, en atención a las dos causales alegadas:

i) Verificar si la sentencia del *ad quem* cumple con lo dispuesto en el artículo 89 del Código Orgánico General del Procesos, esto es, si se encuentra suficientemente motivada, en concordancia con el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República.

ii) Verificar si el tribunal de segunda instancia le dio un alcance diferente al artículo 2232 del Código Civil, que trata del daño moral.

V. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA

33. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas[5]. En la actualidad, la motivación casacional sigue en una constante evolución que exige un análisis de razonabilidad práctica más allá de la racionalidad formal.

34. La motivación es la justificación de la decisión judicial[6] y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión[7], en un sentido u otro[8]; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para

[5] Cfr. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 227-12-SEP, Caso 1212-11-EP, 21 de junio de 2012, la que establece, ciertos parámetros o guías para la determinación de una decisión motivada. Dicha sentencia se cita con frecuencia en el repertorio de jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional, así: (1) Sentencia 020-13-SEP-CC, Caso 0563-12-EP, 30 de mayo de 2013. (2) Sentencia 097-13-SEP-CC, Caso 1614-11-EP, 26 de noviembre de 2013. (3) Sentencia 123-13-SEP-CC, Caso 1542-11-EP, 19 de diciembre de 2013. (4) Sentencia 023-14-SEP-CC, Caso 2044-11-EP, 29 de enero de 2014 (5) Sentencia 048-15-SEP-CC, Caso 1657-12-EP, 25 de febrero de 2015. (6) Sentencia 332-15-SEP-CC, Caso 0418-14-EP, 30 de septiembre de 2015, entre otras. En la actualidad, sobre la motivación cfr. (1) Caso No. 18989-12-EP, 04 de diciembre de 2019. (2) Caso No. 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019.

[6] Entendida en el marco de una concepción racionalista de la motivación.

[7] En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.

[8] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pág. 187-188.

las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho[9].

35. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español, respecto de la concepción racionalista de la motivación –misma que ha sido acogida por aquel- ha sostenido que:

> "[…] lo que […] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho […]".[10]

36. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprocesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar[11]; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso[12] [13] .

37. En la función extraprocesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad[14] de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica[15].

38. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

> "[…] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión […]"[16] […] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede

[9] Nieto, Alejandro, *Arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pág. 157.

[10] Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.

[11] Artículo 8. Garantías Judiciales. (…) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 que determina que: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

[12] Ferrer, Jordi, Ob. cit., pág. 189-191.

[13] A este respecto, es importante mencionar que, inclusive en derecho comparado, específicamente en sistemas de *common law*, se ha establecido en sus precedentes, que el deber de motivar o de justificar las decisiones judiciales es a la vez, una función del debido proceso, y por tanto, de justicia; y, que su fundamento tiene dos funcionalidades. La primera se refiere a que la justicia, exige que los sujetos procesales –especialmente la parte a quien se le ha rechazado su pretensión- sepan por qué han ganado o perdido –coloquialmente hablando- el proceso, pues, si no se justifica la decisión, quien no ha obtenido el resultado esperado en el proceso judicial, no sabrá si el tribunal se ha desviado en la aplicación del derecho, y por lo tanto, pueda considerar que tiene fundamento para impugnar sobre el fondo del asunto. La segunda funcionalidad es que el deber de motivación 'concentra la mente', por lo que, si se cumple, es mucho más probable que la decisión se base sólidamente en la evidencia presentada. (Sentencia de al *Court of Appeal* inglesa, caso *Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*)

[14] El juicio de predecibilidad es una suerte razonamiento argumentativo que parte de las acciones que realiza un sujeto en un determinado momento; que establece cuál es el derecho que corresponde aplicar a esas conductas; y, que infiere con claridad meridiana cuál será el contenido de las decisiones de los servidores públicos si aplican ese derecho a las acciones en cuestión.

[15] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, pág. 191.

[16] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.

variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha […]".[17]

39. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.[18]

40. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.[19]

41. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

42. Por ello, en cumplimiento de dicha obligación convencional, constitucional y legal, dentro del modelo de Estado garantista de derechos, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

5.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

43. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

44. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso.

45. A la vez, el artículo 169 de la Constitución de la República prescribe que:

> "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

46. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

47. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos:

> "[…] el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos".[20]

48. Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.

[17] CASO V.R.P., V.P.C.* Y OTROS VS. NICARAGUA, sentencia de 8 de marzo de 2018 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 254-255.
[18] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción*, pág. 189.
[19] Taruffo, Michele, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba" en *Discusiones: prueba, conocimiento y verdad*, Año III, No. 3, pág. 89-90. http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44675.pdf (Acceso 10/06/2021).
[20] González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), pág. 27.

49. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana –en adelante CC- señala que el derecho a la tutela judicial efectiva,[21] que prescribe el artículo 75 de la Constitución de la República, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

50. A su vez, la CC[22] desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley.[23] Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.[24]

51. Por su parte, la CC vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales.[25]

52. Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

53. A la vez, el artículo 8.1 del texto convencional de la CADH que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

> "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

54. Este artículo tiene relación con el artículo 25 que se refiere a la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la CADH es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

55. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando cuando diversos casos son sometidos a su conocimiento, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y,

[21] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.

[22] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 134-15-SEP-CC, Caso 0342-12-EP, 29 de abril de 2015; (2) Sentencia 278-15-SEP-CC, Caso 0398-15-EP, de 28 de agosto de 2015.

[23] Cfr. En un sentido similar: Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 224-14-SEP-CC, Caso 1836-11-EP, 10 de diciembre de 2014, al establecerse como presupuestos de la tutela: (1) acceso a la justicia; (2) debida diligencia sustanciación causa (inmediación, celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia y economía procesal; (3) defensa; y, (4) motivación y ejecución sentencia.

[24] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014. 2) Sentencia N° 1943-12-EP/19, Caso N° 1943-12-EP. 3) Sentencia N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, de 08 de enero de 2020. De forma similar, se pronuncia en: 1) Sentencia No. 052-13-SEP- CC, caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 006-13-SEP-CC, Caso No. 0614-12-EP; Sentencia No. 012-13-SEP-CC, caso No. 0253-11-EP; Sentencia No. 018-13-SEP-CC, Caso No. 0201-10-EP; Sentencia No. 021-13-SEP-CC, Caso No. 0960-10-EP; Sentencia No. 029-13-SEP-CC, caso No. 2067-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 041-13-SEP-CC, Caso No. 0470-12-EP; Sentencia No. 047-13-SEP-CC, Caso No. 1608-11-EP; Sentencia No. 049-13-SEP-CC, Caso No. 1450-12-EP; Sentencia No. 051-13-SEP-CC, Caso No. 0858-11-EP; Sentencia No. 052-13-SEP-CC, Caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 084-13-SEP-CC, Caso No. 1607-11-EP; Sentencia No. 091-13-SEP-CC, Caso No. 1210-12-EP; Sentencia No. 100-13-SEP-CC, Caso No. 0642-12-EP.

[25] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.

establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

56. Es decir, este derecho complejo –debido proceso- que implica, a su vez, conjunto de otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.[26]

57. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica.[27]

58. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidad la seguridad jurídica en su dimensión objetiva.[28]

59. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna.[29]

60. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.

61. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben —por lo regular— analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

62. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

5.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil

63. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o 'ruptura' de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido.[30]

64. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.[31]

65. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación –en el que los poderes del tribunal *ad quem* no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso-, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y a expresarlo en la fundamentación de su recurso.

[26] Gozaíni, Osvaldo, *Ob. cit.*, pág. 24.
[27] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.
[28] MALEM, Jorge, "Inseguridad jurídica, pobreza y corrupción" en *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, ed. Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2018, pág. 22.
[29] MALEM, Jorge, *Ob. cit.*, pág. 23.
[30] Rodríguez-Zapata, Jorge, *Fundamentos de lo contencioso-administrativo*, Madrid, Tecnos, 2019. ISBN: 978-84-309-7843-4
[31] Ibíd. +

66. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.[32]

67. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*.

68. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".[33]

69. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición –casacional-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva[34]. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.[35]

70. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.

71. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.[36]

72. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber:

i) Son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado;

ii) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para

[32] Taruffo, Michele, *La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile*, Boloña, Il Mulino, 1991, pág. 72-73.
[33] Nájera, Mario, *Derecho Procesal Civil*, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.
[34] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.
[35] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.
[36] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y,

iii) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

5.3. Cuestiones previas sobre el caso segundo del artículo 268 del COGEP

73. La causal segunda se configura cuando la sentencia o auto no contuviere los requisitos exigidos por la ley o cuando en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles, y cuando no cumple con el requisito de motivación; de tal manera que, quien recurre fundamentado en esta causa, necesariamente debe señalar los requisitos que no se han observado, los vicios de incongruencia que considera existen en la sentencia censurada o el incumplimiento del requisito de motivación.

74. Los vicios de incongruencia tienen lugar cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva del fallo, los cuales son considerados como defectos de estructura de la resolución judicial, al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva, los cuales derivan del análisis del auto o sentencia, sin que deba hacerse una confrontación entre estos y la demanda y/o su contestación, pues, de hacerlo, nos encontraríamos frente al caso tercero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.[37]

75. La resolución judicial es incongruente cuando se contradice a sí misma, mientras que es inconsistente cuando la norma individual –conclusión- no está suficientemente respaldada –en términos de justificación- por las proposiciones que se han argumentado respecto de los hechos y por las disposiciones normativas aplicadas.

76. De esta manera, la obligación de quien recurre es realizar un análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado.

77. En adición, dentro de esta causal, además de acusar a la sentencia recurrida por vicios de incongruencia, se puede alegar la falta de motivación de la resolución judicial por inobservancia de la disposición constitucional contenida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución, que establece como garantía del debido proceso, la obligación de que todas las decisiones de los poderes públicos sean motivadas, y cuyo incumplimiento es sancionado con la nulidad de aquellas.

78. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó en líneas anteriores, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

79. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente[38], con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.

80. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.

81. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse

[37] Andrade Ubidia, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Quito, Andrade y Asociados, 2005, pág. 135-138.

[38] Es decir, primero, cada elemento de prueba aportado debe ser valorado por el decisor de manera individual, para luego, realizar un ejercicio de valoración de los elementos de prueba en conjunto.

de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

82. A esto se agrega que, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21, ha explicado cuál es el criterio rector de la garantía de motivación, mismo que se extrae del contenido de la disposición recogida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución de la República, el cual tiene que ver con la exigencia de una argumentación jurídica suficiente que abarca la estructura de una resolución mínimamente completa –y no con la corrección de la misma-, exigencia que impone al órgano jurisdiccional, la obligación de *"i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron los juzgadores y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*[39].

83. El criterio rector en tratándose de la motivación, y respecto de la disposición constitucional, tiene que ver con la exigencia mínima de motivación suficiente que se le exige al juzgador –mas no correcta-, lo cual obliga a este último a no solo enunciar las normas o principios jurídicos en que se apoyaron los jueces, sino también a enunciar los hechos del caso, con la finalidad de que se explique a su vez, la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.

84. En este sentido, para que una resolución se considere motivada, en los términos de la referida disposición constitucional, debe contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.[40]

85. Así, la deficiencia en la motivación puede verificarse a través de tres tipos básicos: a) la inexistencia de motivación; b) la insuficiencia de motivación; y, c) la apariencia de motivación.

86. La inexistencia de motivación tiene lugar cuando la resolución judicial no tiene fundamentación normativa ni fáctica; la insuficiencia de motivación por su parte, se verifica cuando la decisión tiene *"alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica"*, pero alguna de aquellas o ambas no cumplen con el estándar de suficiencia.[41]

87. La apariencia ocurre cuando a primera vista, una resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad.[42]

88. Existe el vicio de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se evidencia una contradicción entre los enunciados que componen aquellas –incoherencia lógica-, o una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión –incoherencia decisional-.[43]

89. La inatinencia se configura cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se dan razones que no tienen relación con la controversia, ni con la conclusión final de la argumentación.[44]

90. La incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.[45]

91. Finalmente, la incomprensibilidad se da cuando un fragmento del texto, ya sea oral o escrito, que contiene la argumentación fáctica o normativa no es inteligible en términos de razonabilidad para un profesional del Derecho o para un ciudadano.[46]

[39] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 58.
[40] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.
[41] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 67-70.
[42] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.
[43] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.73-75.
[44] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.80.
[45] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.
[46] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 95.

5.4. Análisis de los cargos presentados por la parte recurrente en relación a la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

92. El argumento central del casacionista respecto de la causal segunda se circunscribe a que la Sala de la Corte Provincial ha inobservado la garantía de la motivación determinada en el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República, debido a que no cumple con los presupuestos que la Corte Constitucional del Ecuador ha determinado como elementos de la motivación siendo ausente en el fallo recurrido el elemento de razonabilidad, cuestión que implica que el fallo debe construirse enunciando las fuentes normativas concordantes con el problema jurídico a resolver, indicando en la sentencia cuál es el derecho sustantivo que ampara su decisión, sobre todo al determinar el monto de la reparación pecuniaria.

93. A lo que agrega que, el tribunal de alzada ha considerado que existe el hecho ilícito y el perjuicio para la actora, sin embargo no ha explicado en su resolución, de qué manera dicho daño moral está configurado, pues nada se dice en el fallo de sentimientos de angustia, pesar, humillación ofensas semejantes, ansiedad, etc., qué monto corresponde a cada uno de los elementos que supuestamente configuran el daño moral que se haya irrogado a la accionante, sin que se explique jurídicamente por qué cabe indemnizar cada rubro y cómo ellos se encuentran concedidos.

94. Si bien, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21 dejó insubsistente el test de motivación –comprendido por la lógica, razonabilidad y comprensibilidad- establecido por dicho órgano en años anteriores, para reemplazarlo por la exigencia de una estructura mínima de la resolución de suficiencia argumentativa tanto en lo fáctico como en lo normativo, el recurrente al referirse a que no existe en la sentencia recurrida una disposición normativa que ampare la decisión adoptada de existencia de daño moral, ni la cuantificación del monto de la indemnización, se encontraría enlazando su argumento tanto a la suficiencia normativa como a la fáctica desarrollada por el tribunal de apelación, misma que será objeto de revisión por parte de este tribunal.

95. El fundamento de la acción civil es el pretendido daño moral que el demandado ha infligido a la actora, al haberla denunciado penalmente por extorsión, toda vez que aquella ha presentado una acción de protección en la que exigió del hoy demandado una reparación integral de novecientos mil dólares de los Estados Unidos de América (900.000,00 USD) por haberle provocado daños en su salud mediante una cirugía estética realizada por el hoy demandado.

96. La acción civil por daño moral se encuentra regulada en los artículos 2231 a 2234 del Código Civil, y específicamente el artículo 2232 prescribe que:

> "[…] podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.
>
> Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.
>
> La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo."

97. El daño moral nace de un hecho punible, ilícito o delito por lo que es de naturaleza extrapatrimonial, y surge cuando se afecta la esfera personal de la víctima, es decir, se origina cuando el causante vulnera un bien jurídico que recae sobre un derecho de la personalidad diferente a los bienes o intereses materiales, que implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial, así el hecho generador debe vulnerar un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial o recae sobre un derecho de la personalidad.

98. Además del daño, el nexo de causalidad entre el acto u omisión –en este caso ilícito- y el perjuicio causado por el daño, es otro elemento básico de la responsabilidad civil y tiene que ver con la causa previsible o evitable que es la base general para la correspondiente responsabilidad civil por el perjuicio provocado.

99. El nexo de causalidad tiene relación con la imputabilidad, atribución objetiva o vínculo material, que no es otra cosa que el enlace directo

entre un hecho antecedente y un resultado –en este caso daño-.

100. La relación de causalidad permite abarcar los supuestos de responsabilidad civil, ya que vincula la conducta antijurídica del autor o agente dañador, el riesgo o vicio de la cosa o de la actividad, con el daño sufrido, pues, para que se genere la obligación de indemnizar a la víctima no basta que se verifique la existencia de un daño o de un acto ilícito imputable a su autor, sino que además de la presencia de dichos supuestos, debe establecerse que dicho acto es la causa del daño, teniendo en consideración que cualquier condición del hecho no es causa, sino "aquella que generalmente es apta para determinarlo"[47]; de ahí que, es imprescindible el estudio pormenorizado de los elementos de prueba que han sido aportados al proceso.

101. En lo que tiene que ver con la prueba, todo daño, incluso el no patrimonial debe ser probado, teniendo en cuenta que el mismo conlleva la obligación de indemnizar económicamente a la víctima que lo ha sufrido.

102. Sin embargo, en tratándose de daño moral, los medios de prueba directa son difíciles de actuar, si se tiene en cuenta que no es fácil probar el nivel de afectación de la esfera espiritual, moral, sentimental y familiar de la persona, toda vez que el daño sufrido es inmaterial y subjetivo en cada caso, por lo que el nivel de suficiencia y convicción probatoria que se debe conseguir con los elementos de prueba presentados queda a discreción del decisor.

103. Es así que, si bien el decisor de instancia falla en virtud de ese poder discrecional que se la ha otorgado, la cuantificación de lo que debe ser resarcido ha de atender varios criterios, como por ejemplo, la gravedad del hecho que ha provocado el perjuicio, la entidad del 'dolor' o de aflicción de ánimo que se ha causado a la víctima.

104. A lo que se agrega que, para probar los perjuicios derivados de un daño moral, el reconocimiento que de aquellos hace el juzgador, se encuentra condicionado a la prueba de la provocación de estos, puesto que está claro que el poder discrecional otorgado al decisor no puede tornarse en irrazonable ni en arbitrario.

105. De esta manera, actuar medios de prueba directa representa una imposibilidad en términos de probanza del daño moral, por lo que se otorga eficacia probatoria a los indicios que emergen de determinadas circunstancias, de acuerdo con la sana crítica racional, que abarca las reglas de la epistemología, de la lógica y la experiencia común o aceptada generalmente.

106. En este sentido, el razonamiento probatorio que realiza el juzgador de los elementos de prueba aportados para acreditar tanto la existencia de la conducta –antijurídica- dañosa o que eleva un riesgo socialmente aceptado, como los perjuicios morales derivados de aquella, y el nexo de causalidad o de imputabilidad de estos con el agente generador de la conducta ilícita, implica un desarrollo argumentativo mayor y de suficiencia normativa y fáctica respecto de qué elemento de prueba constante en el proceso, acredita qué tipo de perjuicio o afección en la esfera interna, personal y sentimental de la víctima, así como qué elemento de prueba demuestra la causación del pretendido daño.

107. Si se considera que la generación de un daño que deriva en perjuicios morales que deben ser cuantificados económicamente por el juzgador, implica necesariamente la imposición de una sanción que no es otra que la obligación que tiene el agente de resarcir dicho daño a la víctima que lo ha sufrido, teniendo en cuenta que además se genera una declaración de responsabilidad civil en contra de un sujeto que es el obligado a satisfacer el perjuicio moral causado, el análisis y argumentación del decisor debe cumplir con la observancia de las disposiciones normativas aplicables a las proposiciones sobre hechos que han sido suficientemente acreditadas, en términos de la sana crítica racional como sistema de valoración de la prueba.

108. Por regla general, este tribunal señala que, en casación no se puede revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia del ad quem, pues esta labor pertenece en forma exclusiva a los juzgadores de instancia, salvo que, como resultado de esa valoración, el juicio de hecho contravenga parámetros de racionalidad, objetividad y suficiencia, esto es, que la conclusión a la que llegue el juez, sea absurda, arbitraria o existan errores graves en el razonamiento probatorio que ameriten corrección.

109. Con estos antecedentes, se tiene que los hechos fijados por el tribunal de apelación en la sentencia de mayoría son los siguientes:

[47] Jorge Pantoja, *Derecho de daños*, Tomo I, 2da. Ed., Bogotá, Leyer Editores, 2018, pág. 421.

i) Que la actora es mujer, madre y abogada de profesión.
ii) Que una vez declarado el daño moral, el juez debe cuantificar el monto de la reclamación.
iii) Que el sustento de la demanda por daño moral es la calificación de temeridad de la denuncia penal presentada por el demandado por el presunto delito de extorsión.
iv) Que el daño fue causado por un acto ilícito realizado por el demandado, esto es, la presentación de una denuncia penal que fue calificada posteriormente como temeraria –negligente- por el juez correspondiente en contra de la hoy actora, lo cual generó una afectación de gran intensidad, misma que no puede remediarse en corto tiempo sino que subsistirá en aquel, situación que provocó a su vez, cambios en el entorno familiar, profesional y personal de la actora.

110. Sin embargo, de los hechos fijados por el tribunal de apelación en la sentencia de mayoría, se observa que los juzgadores no han argumentado suficientemente cuáles han sido los perjuicios que ha sufrido la actora como consecuencia del presunto daño moral, ni han indicado qué elementos de prueba aportados al proceso han acreditado, en términos de suficiencia probatoria, la conducta generadora del daño moral, los perjuicios provocados por aquella y el nexo de causalidad, ni mucho menos han explicado cuál ha sido la base fáctica sobre la cual se han apoyado para cuantificar el monto de la indemnización en ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América, es decir, se observa que en la sentencia de apelación existe un vicio motivacional de insuficiencia en la argumentación fáctica, razón por la cual, corresponde casar la sentencia censurada por no cumplir con el requisito de motivación.

111. Adicionalmente, se menciona que debido a que el argumento central del casacionista respecto de la presente causal se circunscribe a que la Sala de la Corte Provincial ha inobservado la garantía de la motivación determinada en el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República, la cual –por su naturaleza, entendiéndose que tiene que ver con la exigencia de una argumentación suficiente tanto fáctica como normativa-, tiene mérito, obliga al tribunal de casación a emitir una nueva sentencia en lugar de aquella, en virtud de lo que dispone el numeral 3 del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, enmendando así la deficiencia en la motivación, por lo que los argumentos presentados en virtud de la causal quinta, no serán analizados.

VI. SENTENCIA DE MÉRITO

5.1. Sobre el daño moral.

112. Cuando se está frente al concepto de daño, indudablemente se está a la vez ante el concepto de responsabilidad, en este caso civil, mismo que por el paso del tiempo y la evolución del Derecho, se denomina ahora Derecho de Daños y ya no responsabilidad civil *per se*.

113. En este sentido, dentro del Derecho de Daños, la responsabilidad civil tiene como objetivo la reparación a través del restablecimiento del equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio, sin que tras ese daño existente estén el azar o la desgracia impersonal, sino la conducta de una persona o la creación de un riesgo, lo que implica que sea el daño y no la culpa, el presupuesto de la responsabilidad jurídica civil.[48]

114. Así, quien se reputa autor de un daño que ha provocado un perjuicio se encuentra en la obligación de indemnizar a quien lo padece, pero dicha indemnización no puede ser inferior ni superior al perjuicio proferido a la víctima; de ahí la regla de que la víctima siempre debe ser indemnizada, pues, todo aquel que causa un daño está obligado a repararlo.

115. Regla que tiene estrecha relación con el principio *alterum non laedere* –no dañar a otro- que se aplica a las relaciones de los sujetos de derecho con independencia de que se hayan establecido pautas de comportamiento recíprocas, sino que se constituye en fundamento del orden jurídico y su violación genera responsabilidad como sanción, es decir, este principio viabiliza la vida en sociedad y cuando es transgredido, la sanción a

[48] Jorge Pantoja, *Ob. Cit.*, pág. 19.

ser impuesta se traduce en la obligación jurídica de indemnizar los perjuicios derivados del daño causado. Así, esta sanción se constituye en resarcitoria y no en represiva.

116. El daño es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, sea este un derecho patrimonial o extrapatrimonial, es decir, el daño al ser el elemento nuclear de la responsabilidad civil, es todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, que se encuentren vinculados a su patrimonio, a su personalidad o a su esfera espiritual o afectiva; o, que afecta un valor tutelado por el ordenamiento jurídico.[49]

117. El daño y el perjuicio son conceptos diferentes que no pueden ser tratados como equivalentes, si se tiene en cuenta que el primero es el hecho o situación fáctica, mientras que el segundo es la consecuencia o resultado que afecta al interés patrimonial o extrapatrimonial.

118. En materia de daños, se puede estar frente a dos tipos: el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. El daño patrimonial o material recae sobre un objeto de forma directa o indirecta como consecuencia de o reflejo de un daño causado a quien es titular del mismo.

119. Así, el daño patrimonial genera una disminución de la utilidad de un bien o un interés material que se repara con dinero o con bienes intercambiables por dinero.

120. El daño moral no afecta al patrimonio económico de una persona sino a su personalidad física o moral, o a ambas a la vez. Los daños morales no tienen una naturaleza económica, no son cuantificables en dinero, sino que recaen sobre la persona, sus sentimientos o su cuerpo, como por ejemplo, la honra, la vida, la libertad, la buena imagen, el buen nombre, la familia, la intimidad.

121. Sin embargo, este concepto no debe entenderse restrictivamente, pues, este no se reduce únicamente a los 'dolores' o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en aquel también se incluye todo perjuicio no pecuniario que produzca la lesión de un bien de la persona –como la salud, la libertad, la honestidad, el honor, entre otros-, o de sus sentimientos y afectos más elevados e importantes.[50]

122. Así, el daño moral es aquel que afecta a un bien de la personalidad o de la vida –libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.-, es decir, un detrimento que implica quebranto, privación o vulneración de los bienes incorporales que se encuentran tutelados bajo la categoría de los derechos de la personalidad.[51]

123. El daño moral nace de un hecho punible, ilícito o delito por lo que es de naturaleza extrapatrimonial, y surge cuando se afecta la esfera personal de la víctima, es decir, se origina cuando el causante vulnera un bien jurídico que recae sobre un derecho de la personalidad diferente a los bienes o intereses materiales, que implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial, así el hecho generador vulnera un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial o recae sobre un derecho de la personalidad.

124. Además del daño, el nexo de causalidad entre el acto u omisión –en este caso ilícito- y el perjuicio causado por el daño, es otro elemento básico de la responsabilidad civil y tiene que ver con la causa previsible o evitable que es la base general para la correspondiente responsabilidad civil por el perjuicio provocado.

125. El nexo de causalidad tiene que ver con la imputabilidad, atribución objetiva o vínculo material, que no es otra cosa que el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado –en este caso, el daño-.

126. La relación de causalidad permite abarcar los supuestos de responsabilidad civil, ya que vincula la conducta antijurídica del autor o agente dañador, el riesgo o vicio de la cosa o de la actividad, con el daño sufrido, pues, para que se genere la obligación de indemnizar a la víctima no basta que se verifique la existencia de un daño o de un acto ilícito imputable a su autor, sino que además de la presencia de dichos supuestos, debe establecerse que dicho acto es la causa del daño, teniendo en consideración que cualquier condición del hecho no es causa, sino "aquella que generalmente es apta para determinarlo"[52]; de ahí que, es imprescindible el estudio pormenorizado de los elementos de prueba que han sido aportados al proceso.

5.2. De la prueba y la sana crítica racional.

127. El derecho a la prueba, en términos generales, es el derecho fundamental que tienen las

[49] Jorge Pantoja, *Ob. Cit.*, pág. 389.
[50] Rafael Álvarez, "La responsabilidad por daño moral" en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, fascículo 1, 1966, pág. 85.
[51] Ángel Cristóbal, "El daño moral contractual" en *Revista de Derecho Privado*, tomo LXXIV, 1990, pág. 3.
[52] Jorge Pantoja, *Ob. Cit.*, pág. 421.

partes en el proceso: a ofrecer, a que se admitan, a que se actúen y valoren los elementos de prueba[53]; en extenso, ha sido definido también como el derecho, "en primer lugar, a hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, a admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, a brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, a promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente en su ordenamiento, sino que impone un compromiso del juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, a disponer y practicar aquellos elementos de prueba que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia."[54]

128. El derecho a la prueba es una derivación del derecho a la defensa, por lo que se compone de cuatro elementos; el primero, es el derecho a utilizar todos los elementos de prueba de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos en los que se basa su pretensión –con la relevancia de la prueba propuesta como única limitación-; el segundo, es el derecho a que las pruebas se practiquen en el proceso; el tercero, es el derecho a una valoración racional de las pruebas, que exige por un lado, que las pruebas que han sido admitidas y practicadas en juicio sean tomadas en consideración con la finalidad de justificar la decisión adoptada; y por otro, que la valoración que se realice sea racional; y, el cuarto, es la obligación de motivar las decisiones judiciales.

129. Doctrinariamente, valorar la prueba consiste en "determinar el grado de probabilidad que tienen las hipótesis fácticas de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible; es definir o evaluar el grado de apoyo que una afirmación fáctica –proposición- tiene de acuerdo a las pruebas practicadas en juicio"[55].

130. Así, el objetivo fundamental e institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial es la averiguación de la verdad –pero no el único-, de ahí que la prueba como actividad probatoria tiene la función de "comprobar los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de hechos condicionantes, por lo que el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas"[56]. De esta manera, el mismo ordenamiento jurídico, a través del derecho a la prueba, es el que exige la aplicación de las reglas de la epistemología o la racionalidad generales.

131. La decisión que un órgano jurisdiccional debe adoptar respecto de los hechos probados, no es enteramente libre, pues, el derecho obliga a los juzgadores a observar una serie de reglas que regulan tanto la decisión final como el proceso a través del cual se llega a esa decisión. Así, sobre la prueba se pueden identificar tres tipos de reglas jurídicas: las reglas sobre la actividad probatoria, las reglas sobre los medios y elementos de prueba; y, las reglas sobre el resultado probatorio.

132. Las reglas sobre la actividad probatoria, abarcan disposiciones normativas que determinan el momento en el que se inicia la fase de prueba y en el que finaliza. Las reglas sobre los medios y elementos de prueba, definen los medios y elementos de prueba, establecen cuáles de ellos son admisibles en un determinado procedimiento o la exclusión de aquellos. Las reglas sobre el resultado probatorio, indican al juzgador qué resultado debe extraer a partir de la presencia en el expediente procesal de algún medio de prueba específico o le conceden libertad jurídica para que valore los elementos de juicio que tenga a su disposición[57].

133. El ordenamiento jurídico procesal ecuatoriano se rige por el sistema de la sana crítica racional, en tratándose de valoración de la prueba, conforme lo establece la disposición normativa contenida en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos:

> Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juz-

[53] Priori, Giovanni, "Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica" en *La prueba en el proceso*, Barcelona, Atelier, 2018, pág. 158.
[54] Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia del 28 de junio de 2005, Ref. Expediente No. 7901.
[55] Hunter Ampuero, Iván, "Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba, ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?" en *Ius et Praxis* [online]. 2017, vol.23, n.1 [acceso 2021-12-15], pág. 247-272. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100008.
[56] Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 30-31.
[57] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, pág. 35.

gador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

134. Es necesario entonces que el juzgador, en la valoración de la prueba, decida de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, entendida esta como:

> "[…] un sistema en donde no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni estados subjetivos a que quede enlazada la suficiencia probatoria. Más precisamente, la única regla jurídica relevante es aquella que determina que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, es decir, las de la epistemología general, las reglas del correcto entendimiento humano; brevemente: las de la lógica (entre ellas el principio de razón suficiente) y la experiencia común […] Llevado al marco de la decisión judicial, este último sistema permitiría eliminar el factor de subjetivismo incontrolable del sistema precedente [sistema de la íntima convicción], la rigidez del sistema de la prueba legal (clásico) y, especialmente la eventual arbitrariedad de ambos. […] las reglas de la epistemología, en cualquier contexto empleadas, son indefectiblemente falibles, dado que toda proposición apoyada en pruebas es en todo caso falsable. […] las reglas de la epistemología sirven de ayuda para determinar cuándo, independientemente del estado subjetivo del decisor, la aceptación de un enunciado fáctico está injustificada por irracional […]".[58]

135. La característica de la sana crítica radica, entonces, en la libertad razonable que tiene el juzgador a la hora de valorar los elementos de prueba, sobre la base del principio de independencia y, de los principios propios de la prueba, como son los de inmediación y contradicción.

136. En otras palabras, la libertad y autonomía del juzgador o tribunal para desarrollar un razonamiento probatorio se sujeta a parámetros de racionalidad e incluso razonabilidad en la motivación como límites a la arbitrariedad y objetividad en la valoración de las proposiciones presentadas por los sujetos procesales y que están vinculadas con el supuesto de hecho de una disposición normativa general.

137. En caso de que la valoración probatoria resulte arbitraria —injusta o ilegítima— o absurda —irracional— el juez debe proceder a corregir dicho error. En otras palabras, es necesario que el tribunal de casación verifique que la valoración de la prueba resulte razonable —racional, legítima, aceptable y que goce de suficiencia—.

138. Por otra parte, conviene indicar que para que la prueba pueda producirse y obtenerse válidamente y, por lo tanto, surta los efectos legales procesales es indispensable que reúna ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos.

139. Los requisitos intrínsecos tienen relación con: (a) conducencia del medio escogido, es decir, que legalmente sirve para establecer el hecho que va a probarse con él; (b) pertinencia o relevancia , es decir, que se relacione con el litigio u objeto del proceso; (c) utilidad, es decir, que sea necesaria y no parezca inútil por existir presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho que se ha de probar con ella u otros medios legales análogos que resulten suficientes para establecerlo; (d) ausencia de prohibición legal para investigar el hecho.

140. Esto tiene relación con lo dispuesto en el artículo 160 del COGEP que establece que para ser admitida la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicarán según la ley, con lealtad y veracidad.

141. Los requisitos extrínsecos necesarios para la admisibilidad y la práctica de la prueba, son: (a) oportunidad procesal, tanto de la petición como de la admisión u ordenación o decreto y práctica; (b) formalidad adecuada para su petición, admisión, o decreto u ordenación y práctica; (c) competencia y capacidad del juzgador para recibirla y practicarla, que excluye la ausencia de impedimentos; (d) legitimación de quien la pide y decreta.

142. Por su parte, el artículo 162 del Código Orgánico General de Procesos, dispone: "Debe probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requiera"; y, en este caso

[58] Dei Vecchi, Diego, *Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2014, 37: 246-251.

el artículo 163 *ibídem* establece qué hechos no requieren ser probados.

143. El artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos determina:

> Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

144. A la vez, el Código Orgánico General de Procesos establece los medios probatorios que pueden admitirse en un proceso y la forma legal de introducirlos, es decir, las partes no están en libertad absoluta de escoger los medios que usarán para formar convicción respecto de las proposiciones sobre hechos que son discutidas, ni la forma de presentarlas ante el juzgador; por ello, si bien el juez tiene libertad para apreciar las pruebas rendidas, según se lo dicte su criterio racional, eso no significa que puede aceptar cualquier medio de prueba, sino únicamente los previstos en la normativa legal como tales y siempre conforme a las normas establecidas para su actuación y valoración. Ello, lo ratifica la jurisprudencia[59].

5.3. De la prueba del daño moral y de sus perjuicios: el nexo de causalidad.

145. La relación de causalidad permite abarcar los supuestos de responsabilidad civil, ya que vincula la conducta antijurídica del autor o agente dañador, el riesgo o vicio de la cosa o de la actividad, con el daño sufrido, pues, para que se genere la obligación de indemnizar a la víctima no basta que se verifique la existencia de un daño o de un acto ilícito imputable a su autor, sino que además de la presencia de dichos supuestos, debe establecerse que dicho acto es la causa del daño, teniendo en consideración que cualquier condición del hecho no es causa, sino "aquella que generalmente es apta para determinarlo"[60]; de ahí que, es imprescindible el estudio pormenorizado de los elementos de prueba que han sido aportados al proceso.

146. En lo que tiene que ver con la prueba, todo daño, incluso el no patrimonial debe ser probado, teniendo en cuenta que el mismo conlleva la obligación de indemnizar económicamente a la víctima que lo ha sufrido.

147. Y, esa indemnización de los perjuicios provocados por la conducta ilícita –en el caso bajo examen- no tiene que ver con la reintegración de un patrimonio material, sino que se dirige principalmente a proporcionar una satisfacción como compensación al sufrimiento causado, lo que presupone que la determinación del monto de la cuantía debe atender necesariamente a las circunstancias presentes en cada caso.[61]

148. Sin embargo, en tratándose de daño moral, los medios de prueba directa son difíciles de actuar, si se tiene en cuenta que no es fácil probar el nivel de afectación de la esfera espiritual, moral, sentimental y familiar de la persona, toda vez que el daño sufrido es inmaterial y subjetivo en cada caso, por lo que el nivel de suficiencia probatoria que se debe conseguir con los elementos de prueba presentados queda a discreción del decisor, pero limitado por la sana crítica racional.

149. Es así que, si bien el decisor de instancia falla en virtud de ese poder discrecional que se la ha otorgado, la cuantificación de lo que debe ser resarcido ha de atender varios criterios, como por ejemplo, la gravedad del hecho que ha provocado el perjuicio, la entidad del 'dolor' o de aflicción de ánimo que se ha causado a la víctima.

150. A lo que se agrega que, para probar los perjuicios derivados de un daño moral, el reconocimiento que de aquellos hace el juzgador, se encuentra condicionado a la prueba de la causación de estos, puesto que está claro que el poder discrecional otorgado al decisor no puede tornarse en irrazonable ni en arbitrario.

151. De esta manera, actuar medios de prueba directa representa una imposibilidad en términos de probanza del daño moral, por lo que se otorga eficacia probatoria a los indicios que emergen de determinadas circunstancias, de acuerdo con la sana crítica racional, que abarca las reglas de la epistemología, de la lógica y la experiencia común.

152. En este sentido, el razonamiento probatorio que realiza el juzgador de los elementos de

[59] Ecuador. Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3, 583, 25 de febrero de 2000.
[60] Jorge Pantoja, *Ob. Cit.*, pág. 421.
[61] Sala Primera del Tribunal Supremo Español, sentencia de 10 de febrero de 2006.

prueba aportados para acreditar tanto la existencia de la conducta –antijurídica- dañosa o que eleva un riesgo socialmente aceptado, como los perjuicios morales derivados de aquella, y el nexo de causalidad o de imputabilidad de estos con el agente generador de la conducta ilícita, implica un desarrollo argumentativo mayor y de suficiencia normativa y fáctica respecto de qué elemento de prueba constante en el proceso, acredita qué tipo de perjuicio o afección en la esfera interna, personal y sentimental de la víctima, así como qué elemento de prueba demuestra la causación del pretendido daño.

153. Si se considera que la generación de un daño que deriva en perjuicios morales que deben ser cuantificados económicamente por el juzgador, implica necesariamente la imposición de una sanción que no es otra que la obligación que tiene el agente de resarcir dicho daño a la víctima que lo ha sufrido, teniendo en cuenta que además se genera una declaración de responsabilidad civil en contra de un sujeto que es el obligado a satisfacer el perjuicio moral causado, el análisis y argumentación del decisor debe cumplir con la observancia de las disposiciones normativas aplicables a las proposiciones sobre hechos que han sido suficientemente acreditadas, en términos de la sana crítica racional como sistema de valoración de la prueba.

154. Con estos antecedentes, cabe mencionar que como el recurso se circunscribió únicamente a la justificación del aumento del monto de indemnización fijado por el ad quem, este será el punto al que centrará el Tribunal su análisis, teniendo como justificado y fijado en sentencia de segundo nivel, la conducta generadora del daño.

155. En lo referente a la ilicitud o antijuridicidad de la conducta activa u omisiva del agente que provoca el daño, en el caso bajo examen y de acuerdo a lo sostenido por el tribunal de instancia, esta se fundamenta en la denuncia penal por el presunto delito de extorsión presentada por Juan José Guadalupe Molina Hernández –demandado-, en contra de Roxana Isabel Navas Vargas –actora-, misma que conforme consta de fojas 329 a 330 de cuaderno de primera instancia, fue archivada por el juez de la Unidad Judicial Norte 1 Penal con sede en el cantón Guayaquil, José López Torres, por pedido de la fiscal del caso, juzgador que además, calificó aquella como temeraria.

156. En toda conducta ilícita dañosa se enfrentan tanto el bien jurídico protegido que ha sido dañado (vida, libertad, salud, propiedad, etc.,) y la libertad del agente infractor que provoca el daño, con la finalidad de que, a partir de ese enfrentamiento se pueda extraer qué conducta es lícita o ilícita.

157. De esta manera, las disposiciones normativas que determinan la responsabilidad civil extracontractual tienen como característica la imposición de deberes de actuación o de prohibición de conductas, de tal forma que, únicamente la infracción de estas más el daño y otros requisitos, determinan la existencia de la obligación civil de indemnizar que debe ser satisfecha por el agente del daño.

158. Adicionalmente de lo antes mencionado, de la revisión de las actuaciones procesales, se evidencia que los elementos de prueba practicados por la actora en la audiencia de juicio, y que consistieron en medios de prueba documental y testimonial, como declaración de parte del demandado, testimonio de Francisco Guillermo Landeta Álava; y, copias certificadas del expediente correspondiente a la investigación previa 090101816024772, específicamente la denuncia de extorsión, acta de reconocimiento de la denuncia, impulsos fiscales (fs. 44-51, 62 vta., entre otras), solicitud de archivo y auto de archivo, se circunscribieron a justificar la pretendida existencia de un hecho ilícito que provocó daño moral a la actora.

159. Sin embargo, de los elementos de prueba practicados en la audiencia de juicio, no consta alguno que justifique la existencia de los perjuicios derivados del supuesto daño moral provocado, y teniendo en cuenta que el juzgador no

[62] En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.
Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.
La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.

puede emitir una decisión irracional ni arbitraria, a pesar de que la naturaleza del daño[62] moral le otorga discrecionalidad para emitir una resolución; el mismo artículo 2232 del Código Civil establece que la indemnización debe otorgarse cuando se encuentre justificada –suficientemente- la gravedad particular del daño –la conducta ilícita- y del perjuicio derivado de aquel, por lo que, la prudencia –o discreción- del juzgador para fijar el monto de indemnización, también está determinado por los criterios de gravedad y entidad del dolor o de la aflicción moral causada en la víctima.

160. Dichos criterios deben ser observados cuando el juzgador valore los elementos de prueba actuados en juicio; sin embargo, en el presente caso, al no existir elemento alguno que tenga por finalidad probar de manera racional y suficiente la causación de un daño, los perjuicios derivados de aquel y el nexo de imputabilidad de estos con el supuesto agente del daño, el tribunal ad quem no contaba con los elementos de prueba necesarios y requeridos para tener como justificado el daño moral, sus perjuicios, el nexo de causalidad, ni mucho menos el monto de la indemnización, pues, quien presenta una demanda aduciendo la existencia de daño moral y pretendiendo una indemnización que repare sus perjuicios, si busca que la misma prospere, debe actuar elementos de prueba suficientes que justifiquen suficientemente tanto la conducta ilícita productora del daño moral, el daño moral y sus perjuicios y el nexo de causalidad para que el juzgador pueda formular el criterio de imputación en contra del agente dañoso y cuantificar el monto de la indemnización, ejercicio que no fue realizado por el juez de segundo nivel, pero sí por el de primer nivel, quien al tener inmediación con la prueba actuada encontró justificado cuantificar el monto de quince mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 15.000,00), dividido de la siguiente manera: $ 5,000.00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norte América), por el padecimiento que tuvo al enfrentar una investigación previa; $ 5,000.00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norte América), por el padecimiento que tuvo que enfrentar dentro del proceso jurisdiccional en el que se archivó la denuncia presentada en su contra; y, $ 5,000.00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norte América), por el padecimiento durante la instauración del juicio civil de daño moral materia de la presente causa; razonamiento con el que este Tribunal de Casación coincide.

VII. DECISIÓN DE LA SENTENCIA

161. *Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia,* ***"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"****, resuelve:*

1) Aceptar parcialmente el recurso de casación presentado por el demandado, Juan José Guadalupe Molina Hernández, únicamente en lo que tiene que ver con el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, insuficiencia del requisito de motivación en la sentencia de segunda instancia.

2) Casar parcialmente la sentencia de segunda instancia emitida por el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Guayas, el cual con voto de mayoría, dictó sentencia el 19 de agosto de 2019, las 14h14, aceptando parcialmente el recurso de apelación de la actora, y reformando la sentencia de primer nivel en lo referente al monto de la indemnización.

3) Cuantificar el monto de indemnización por daño moral, en quince mil dólares de los Estados Unidos de América, de conformidad con el párrafo 160 del presente fallo.

4) Sin costas que declarar.

5) Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al tribunal de origen.

VIII. PEDIDO DE ACLARACIÓN DE LA DECISIÓN ORAL

162. El abogado de la parte actora presenta solicitud de aclaración en los siguientes términos, ¿en qué bases legales o principios en el derecho los jueces de casación hacen este análisis para disminuir el monto indemnizatorio, toda vez que hay un proceso que ya fue analizado?
163. El artículo 255 del Código Orgánico General de Procesos establece el pedido de aclaración de las decisiones judiciales, mismo que al interponerse deberá expresar con claridad y precisión las razones que lo sustenten, de no hacerlo se lo rechazará de plano.
164. Dicha disposición determina además, que al ser expuesto dicho pedido de manera oral en audiencia, como ha ocurrido, la contraparte deberá ser escuchada, misma que en el presente caso no se ha pronunciado al respecto.
165. La solicitud de aclaración tiene lugar cuando un pasaje de la sentencia no goza de suficiente claridad o presenta ambigüedad; sin embargo, en el presente caso, este Tribunal de Casación avizora que quien recurre en aclaración, no ha demostrado que exista alguna duda, obscuridad u ambigüedad que aclarar.
166. Por el contrario, este Tribunal ha sido muy claro en sostener que la sentencia del ad quem no explica o justifica sobre qué base fáctica, documental, ni normativa fija el monto de USD$ 80,000,00, ni ningún otro monto; es decir, esta es la razón por la que se debe corregir este sustento motivacional en la sentencia del ad quem.
167. Al realizar la revisión de los sustentos fácticos, corrigiendo el error de la sentencia, que es lo que procede hacer una vez que se casa la sentencia por falta de motivación, en este caso, en relación al monto indemnizatorio, se evidencia que no se ha justificado suficientemente la fijación de un monto; por esta razón, corresponde aplicar el artículo 2232 del Código Civil, el cual deja a criterio de la prudencia del juzgador el monto indemnizatorio –lo cual no significa arbitrariedad sino razonabilidad en la decisión-.
168. Es así que, el Tribunal de Casación coincide con el criterio que aplicó el juzgador de primer nivel, lo cual no quiere decir que se confirma la de primer nivel, sino que los tres criterios de cuantificación empleados por el juzgador a quo son razonables y prudentes en señalar un monto indemnizatorio por USD$ 15.000,00, como ya se explicó anteriormente; razón por la cual, se rechaza la petición de aclaración. ***Notifíquese y devuélvase****.*

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 17113-2014-2492

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Roberto Guzmán Castañeda**

ACCIÓN
DAÑO MORAL

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El tribunal de casación, luego del respectivo análisis de los argumentos del recurso de casación presentado por el recurrente, aceptó el cargo de falta de motivación (causal 5 art. 3 LC); aclaró los criterios de fuero e inmunidad que fueron confundidos por el tribunal de segunda instancia y determinó que el hecho generador de daño moral acusado por el actor, se encontraba blindado por la inmunidad parlamentaria del demandado, en aplicación de la normativa vigente a la época de los hechos; por lo que, negó la demanda presentada.

Quito, jueves 10 de febrero del 2022, las 11h30

I. ANTECEDENTES

a) Relación de la decisión impugnada

1. En el juicio ordinario que sigue Juan Eduardo Falconí Puig en contra de Fernando Rosero González, el juez décimo de lo Civil de Quito emitió sentencia aceptando la demanda por daño moral y determinando en un millón de dólares de los Estados Unidos de América (USD 1´000 000,00) la indemnización, a título de reparación pecuniaria.

2. De esta sentencia, tanto actor como demandado interpusieron recurso de apelación, mismos que fueron conocidos por el tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la cual dictó sentencia el 15 de noviembre de 2018, las 15h39, rechazando el recurso de apelación presentado por el actor y aceptando parcialmente el presentado por el demandado, por lo que, reformó la sentencia de primer nivel en relación con el monto de la indemnización, el cual se determinó en doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 200 000,00).

b) Actos de sustanciación del recurso de casación

3. Inconforme con la sentencia dictada, Fernando Rosero González, interpone recurso de casación por los casos uno y cinco del artículo 3 de la Ley de Casación, mismo que fue admitido a trámite, mediante auto de 18 de octubre de 2019, las 08h52, emitido por el abogado Luis Antonio Cando Arévalo, conjuez nacional.

c) Normas jurídicas infringidas y cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada

4. El casacionista impugna la sentencia de apelación por las siguientes causales:

i) Causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva, y respecto de dicha causal, cita la infracción de las disposiciones normativas contenidas en los artículos: 137 de la Constitución Política de 1998; 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa vigente a la época de los hechos; 2232 del Código Civil.

ii) Causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, que tiene lugar cuando la sentencia o auto recurrido no contiene los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles, para lo cual, cita como infringida la disposición normativa contenida en el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia

5. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); Wilman Terán Carrillo; y, David Jacho Chicaiza, es competente para conocer y resolver este proceso, de conformidad con la Resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

6. Sobre la base de esta Resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-P-CNJ-2021, y 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

7. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto

en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución de la República[1]; 184[2] y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial[3]; y, 1 de la Ley de Casación.

2.2. Validez procesal

8. En la tramitación de este proceso, no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad el mismo, ni inobservancia por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución; y, por otro, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

2.3. Fundamentos del recurso de casación

9. Como se mencionó en líneas anteriores, el recurso de casación fue admitido a trámite por las causales uno y cinco del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que, a continuación, se enunciará los argumentos presentados por el casacionista en el escrito del recurso.

i) Respecto de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación

10. La parte casacionista acusa la falta de aplicación de los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa vigente a la época de los hechos, ya que no se toma en cuenta que al momento en que realizó las declaraciones, gozaba de inmunidad parlamentaria, de la cual que no podía despojarse en los sets televisivos, pues, la inmunidad parlamentaria era propia de todos los diputados y no se circunscribían únicamente al recinto legislativo, sino a cualquier lugar del país.

11. Manifiesta que por salir del recinto legislativo no dejaba de ser diputado, así como tampoco dejaba de serlo al dar declaraciones a la prensa, pues, la función de diputado y la inmunidad van juntas mientras la primera se ejerce, con la finalidad de poder fiscalizar y denunciar las actuaciones de los funcionarios públicos y de la Administración; razón por la cual, al dar las opiniones en las referidas entrevistas, estaba en el desempeño de sus funciones y protegido con la inmunidad parlamentaria, establecida tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, vigentes.

12. Afirma que, por estas consideraciones, el tribunal de apelación aplicó indebidamente el artículo 2232 del Código Civil, lo cual es determinante en la sentencia recurrida, ya que, si se hubiesen aplicado los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica referida, se habría rechazado la demanda planteada en su contra.

13. Sostiene que existe errónea interpretación del artículo 137 de la Constitución Política vigente a esa época, puesto que los jueces de apelación consideran que las opiniones vertidas por los diputados en el ejercicio de sus funciones, se circunscriben únicamente cuando aquel se encuentra en el recinto legislativo, lo cual no se corresponde con el texto del artículo, debido a que el diputado mientras está en funciones no pierde la calidad de tal, en cualquier lugar que se encuentre.

ii) Respecto de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación

14. El demandado sostiene que para determinar el daño moral se debe tomar en cuenta que aquel existe cuando el bien lesionado es de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, es decir, no apreciable en dinero.

15. Menciona que no atentó contra el honor, reputación, ni integridad psicológica o física, libertad, afectos, estabilidad y unidad familiar del actor; por lo que, no puede existir daño moral si no se ha causado dolor o sufrimiento moral, sobre lo cual no ha reflexionado el tribunal ad quem para emitir su sentencia.

16. Manifiesta que la carrera política del actor se ha visto permanente beneficiada, de tal manera que, escribe una página editorial para el Diario El Universo, El Comercio y Diario Hoy; que inclusive fue embajador de Ecuador ante el Reino Unido desde el 10 de junio de 2013; y, representante del país ante la Organización Mundial del Comercio con sede en Ginebra.

17. Adiciona que el actor ha recibido reconocimientos y también ha realizado publicaciones de

[1] Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.

[2] Art. 184.- Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

[3] Art. 190.- Competencia de la sala de lo civil y mercantil.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

literatura jurídica, con lo cual, se demuestra que no ha existido el daño moral derivado de las declaraciones que realizó en entrevistas dadas en ECUAVISA y TC TELEVISION.

18. Puntualiza que, de haber existido daño moral en contra del actor, aquel hubiese sufrido depresión o angustia, trastorno físico o psicológico, lo cual se vería reflejado en su trabajo y en sus responsabilidades, así como en un detrimento patrimonial, lo que no ha existido.

19. Sostiene que la sentencia recurrida no guarda relación alguna con el daño moral, pues, no existen reflexiones sobre la naturaleza de dicha figura jurídica, por lo que no se encontraría motivada.

20. Indica que con la indemnización que se ha ordenado pagar en favor del actor, se estaría originando un enriquecimiento injusto.

21. Señala que en la sentencia no se hace una clara fundamentación o motivación de lo que constituye daño moral, así como tampoco explica ningún parámetro de prudencia para este absurdo desagravio, que cae en el campo de la arbitrariedad, debido a que, no se analiza cuáles son los criterios de prudencia, cautela, moderación, sensatez, buen juicio, entre otros, que supuestamente ha utilizado el tribunal de apelación para dictar una sentencia fuera de toda lógica.

22. Agrega que en el supuesto no consentido de que haya lugar al pago de una indemnización, la Sala debió motivar y argumentar cuáles son los criterios de prudencia y cautela utilizados para llegar al absurdo monto ordenado a pagar.

23. Solicita que se case la sentencia y se la anule por falta de motivación.

III. CUESTIONES PREVIAS

a) Sobre la técnica del recurso presentado

24. De la lectura y examen del recurso de casación presentado por la parte actora se observa, que la fundamentación de las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, no se apega en forma estricta a las exigencias de la técnica casacional, pues a pesar que se individualiza los cargos presentados en virtud de cada causal, quien recurre pretende que a través de la alegación de falta de motivación –como requisito de la decisión- de la sentencia de segunda instancia, se cambien los hechos dados por probados en la referida sentencia, por considerar que en la misma no existe análisis ni argumentación jurídica alguna; sin embargo, la parte demandada recurre también por la causal primera, la cual únicamente puede ser invocada cuando quien activa este recurso se encuentra de acuerdo con los hechos probados en instancia y, por consiguiente, fijados en la sentencia de apelación –situación que no sucede en el presente caso-, lo cual en sentido formal no procedería.

25. Al respecto, es necesario recordar que cada causal de casación es autónoma excluyente e independiente entre sí, en cuanto a los motivos que impulsan el recurso, por lo que no se las puede confundir o alegar de manera simultánea, considerando que cada una de ellas tiene una consecuencia diferente, así persigan la misma finalidad: casar la sentencia de segunda instancia.

26. Es así que, quien recurre por la causal primera se encuentra de acuerdo con los hechos fijados en sentencia de segunda instancia, por lo que busca únicamente la aplicación, la interpretación o aplicación correcta de una norma de derecho o de un precedente jurisprudencial obligatorio; quien recurre en virtud de la causal segunda, pretende que se declare una nulidad procesal para retrotraer el proceso hasta antes de la existencia del vicio; quien recurre por la causal tercera, si bien no pretende que se valore nuevamente los elementos de prueba evacuados en instancia, busca que se aplique, se interprete o se aplique correctamente una disposición normativa que contenga un precepto jurídico sobre valoración de la prueba; quien recurre en virtud de la causal cuarta, pretende que se corrija la violación del principio de congruencia respecto de la traba de la *Litis*, cuando se ha concedido a una de las partes más de lo pedido, menos de lo pedido, o algo no pedido en la demanda o en la contestación a aquella; y, quien recurre por la causal quinta, busca que la sentencia incongruente respecto de las decisiones adoptadas en la parte dispositiva o que no contiene los requisitos de ley, sea modificada, emitiendo en su lugar una que se ajuste al principio de congruencia de la parte dispositiva, o que cumpla con los requisitos que manda la ley, entre ellos, el de motivar la decisión judicial, con suficiencia de las justificaciones que fundamentan la resolución sobre la relación jurídica sustancial.

27. De esta manera, al contravenir la técnica casacional, se impediría al tribunal de casación realizar su labor de control de legalidad de la sentencia. Sin embargo, toda vez que el recurso ha sido admitido a trámite con estas deficiencias formales, es decir,

que ha superado ya la fase de admisibilidad, considerando lo resuelto por la Corte Constitucional en reiterados fallos[4], la cual en su momento argumentó lo que sigue:

> *"[…] Esta obligación, sin embargo, debe ser tasada en su justo peso, tomando en cuenta la naturaleza excepcional de un recurso extraordinario, como es la casación […] ahora bien, la forma de presentación del recurso debió ser analizada en un momento procesal anterior, que es la fase de admisibilidad del recurso. […] Es así que, una vez admitido a trámite el recurso, existe una declaración expresa de la judicatura de casación de que el recurso cumplió con los requisitos formales requeridos para su presentación. Lo que corresponde al dictar sentencia es, entonces, resolver si la sentencia o auto impugnado por medio del recurso de casación incurre en alguna de las causales determinadas por la ley para el efecto. Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo:*
>
> *'...esta Corte considera importante hacer notar que los argumentos señalados por la Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, y sobre los cuales se resolvió negar el recurso de casación, responden a circunstancias relacionadas con la forma de presentación del recurso, los cuales debieron ser analizados dentro del proceso de calificación y admisión con el que cuenta el recurso de casación (...). Ante lo señalado, dentro del presente caso, en donde la negativa al recurso de casación está fundamentada en falencias de forma sobre las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, cabe notar que dicha improcedencia debió ser señalada por la propia Corte Nacional de Justicia dentro del proceso de calificación y admisión antes descrito, circunstancia que al no haber acontecido, obliga a la Corte a conocer y resolver sobre los argumentos y pretensiones del recurrente, pues de lo contrario, estaríamos ante la vulneración de la tutela judicial efectiva…' […]"*

28. Se procede a analizar las alegaciones presentadas en virtud de las causales primera y quinta, con la finalidad de cumplir tanto con los razonamientos de la Corte Constitucional, como con el deber de motivar la decisión y dar respuesta a las pretensiones del recurrente.

b) Orden de análisis de las causales alegadas

29. Sobre el orden de estudio y resolución de las causales que se invocan, la doctrina casacional sostiene:

> "[…] Estudiar el orden lógico implica que la Corte analiza los cargos, no en el orden de presentación como aparezcan en la demanda, sino que, por lógica, empieza por los cargos formulados por vicios in procedendo, y dentro de estos, por las causales constitutivas de la denuncia de nulidades procesales, la quinta en materia civil […] Si se proponen varias causales, el examen debe realizarse primero a las causales constitutivas de vicios in procedendo, partiendo de las causales consagratorias de nulidades procesales, y luego de hace a las causales in iudicando […]"[5].

30. En este sentido, el orden de examen de las causales es el siguiente: en primer lugar, la causal segunda, a continuación, la quinta y la cuarta, para proseguir con la tercera y concluir con la primera, por considerar que este es el orden lógico que deben aplicar los juzgadores al momento de resolver el recurso.

IV. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

31. De acuerdo con lo expuesto en el recurso de casación, este tribunal de justicia para resolver las impugnaciones del presente caso, plantea los siguientes problemas jurídicos:

i) ¿Existe falta de motivación en la sentencia de segunda instancia emitida por el tribunal *ad quem*?

ii) ¿El tribunal *ad quem* ha incurrido en falta de aplicación de los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa vigente a la época?

iii) ¿El tribunal *ad quem* ha incurrido en indebida aplicación del inciso tercero del artículo 2232 del Código Civil?

iv) ¿El tribunal *ad quem* ha incurrido en errónea interpretación del artículo 137 de la Constitución Política vigente a la época?

[4] Ver Sentencia No. 092-13-SEP-CC, caso No. 538-13-EP, de 12 de noviembre de 2013, Sentencia No. 008-14-SEP-CC, Caso No. 0729-13-EP, de 09 de enero de 2014 y Sentencia No. 057-14-SEP-CC, Caso No. 421-13-EP, de 02 de abril de 2014.

[5] Luis Tolosa Villabona, *Teoría y técnica de la casación*, 2ª. ed., (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2008), 312.

V. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA

32. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas[6]. En la actualidad, la motivación casacional sigue en una constante evolución que exige un análisis de razonabilidad práctica más allá de la racionalidad formal.

33. La motivación es la justificación de la decisión judicial[7] y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión[8], en un sentido u otro[9]; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho[10].

34. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español, respecto de la concepción racionalista de la motivación –misma que ha sido acogida por aquel- ha sostenido que:

> *"[…] lo que […] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho […]".*[11]

35. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprocesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar[12]; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso[13],[14].

36. En la función extraprocesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad[15] de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica[16].

---

[6] Cfr. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 227-12-SEP, Caso 1212-11-EP, 21 de junio de 2012, la que establece, ciertos parámetros o guías para la determinación de una decisión motivada. Dicha sentencia se cita con frecuencia en el repertorio de jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional, así: (1) Sentencia 020-13-SEP-CC, Caso 0563-12-EP, 30 de mayo de 2013. (2) Sentencia 097-13-SEP-CC, Caso 1614-11-EP, 26 de noviembre de 2013. (3) Sentencia 123-13-SEP-CC, Caso 1542-11-EP, 19 de diciembre de 2013. (4) Sentencia 023-14-SEP-CC, Caso 2044-11-EP, 29 de enero de 2014 (5) Sentencia 048-15-SEP-CC, Caso 1657-12-EP, 25 de febrero de 2015. (6) Sentencia 332-15-SEP-CC, Caso 0418-14-EP, 30 de septiembre de 2015, entre otras. En la actualidad, sobre la motivación cfr. (1) Caso No. 18989-12-EP, 04 de diciembre de 2019. (2) Caso No. 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019.

[7] Entendida en el marco de una concepción racionalista de la motivación.

[8] En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.

[9] Jordi Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso,* (Madrid: Marcial Pons, 2021), 187-188.

[10] Alejandro Nieto, *Arbitrio judicial*, (Barcelona: Ariel, 2000), 157.

[11] Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.

[12] Artículo 8. Garantías Judiciales. (…) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 que determina que: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

[13] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, 189-191.

[14] A este respecto, es importante mencionar que, inclusive en derecho comparado, específicamente en sistemas de *common law*, se ha establecido en sus precedentes, que el deber de motivar o de justificar las decisiones judiciales es a la vez, una función del debido proceso, y por tanto, de justicia; y, que su fundamento tiene dos funcionalidades. La primera se refiere a que la justicia, exige que los sujetos procesales –especialmente la parte a quien se le ha rechazado su pretensión- sepan por qué han ganado o perdido –coloquialmente hablando- el proceso, pues, si no se justifica la decisión, quien no ha obtenido el resultado esperado en el proceso judicial, no sabrá si el tribunal se ha desviado en la aplicación del derecho, y por lo tanto, pueda considerar que tiene fundamento para impugnar sobre el fondo del asunto. La segunda funcionalidad es que el deber de motivación 'concentra la mente', por lo que, si se cumple, es mucho más probable que la decisión se base sólidamente en la evidencia presentada. (Sentencia de al *Court of Appeal* inglesa, caso *Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*)

[15] El juicio de predictibilidad es una suerte razonamiento argumentativo que parte de las acciones que realiza un sujeto en un determinado momento; que establece cuál es el derecho que corresponde aplicar a esas conductas; y, que infiere con claridad meridiana cuál será el contenido de las decisiones de los servidores públicos si aplican ese derecho a las acciones en cuestión.

[16] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, 191.

37. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

> *"[…] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión […]"*[17] *[…] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha […]".*[18]

38. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente.

39. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.[19]

40. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.[20]

41. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

42. Por ello, en cumplimiento de dicha obligación convencional, constitucional y legal, dentro del modelo de Estado garantista de derechos, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

5.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

43. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

44. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de

[17] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.
[18] CASO V.R.P., V.P.C.* Y OTROS VS. NICARAGUA, sentencia de 8 de marzo de 2018 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 254-255.
[19] Ferrer, Jordi, Ob. cit., 189.
[20] Michele Taruffo, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba" Discusiones: prueba, conocimiento y verdad, Año III, No. 3, pág. 89-90. http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44675.pdf (Acceso 29/12/2021).

derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso.

45. A la vez, el artículo 169 de la Constitución de la República prescribe que:

> *"El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".*

46. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

47. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos:

> *"[…] el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos".*[21]

48. Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.

49. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana –en adelante CC- señala que el derecho a la tutela judicial efectiva,[22] que prescribe el artículo 75 de la Constitución de la República, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

50. A su vez, la CC[23] desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley.[24] Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.[25]

51. Por su parte, la CC vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales.[26]

52. Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

---

[21] Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), 27.

[22] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.

[23] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 134-15-SEP-CC, Caso 0342-12-EP, 29 de abril de 2015; (2) Sentencia 278-15-SEP-CC, Caso 0398-15-EP, de 28 de agosto de 2015.

[24] Cfr. En un sentido similar: Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 224-14-SEP-CC, Caso 1836-11-EP, 10 de diciembre de 2014, al establecerse como presupuestos de la tutela: (1) acceso a la justicia; (2) debida diligencia sustanciación causa (inmediación, celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia y economía procesal; (3) defensa; y, (4) motivación y ejecución sentencia.

[25] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014. 2) Sentencia N° 1943-12-EP/19, Caso N° 1943-12-EP. 3) Sentencia N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, de 08 de enero de 2020. De forma similar, se pronuncia en: 1) Sentencia No. 052-13-SEP- CC, caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 006-13-SEP-CC, Caso No. 0614-12-EP; Sentencia No. 012-13-SEP-CC, caso No. 0253-11-EP; Sentencia No. 018-13-SEP-CC, Caso No. 0201-10-EP; Sentencia No. 021-13-SEP-CC, Caso No. 0960-10-EP; Sentencia No. 029-13-SEP-CC, caso No. 2067-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 041-13-SEP-CC, Caso No. 0470-12-EP; Sentencia No. 047-13-SEP-CC, Caso No. 1608-11-EP; Sentencia No. 049-13-SEP-CC, Caso No. 1450-12-EP; Sentencia No. 051-13-SEP-CC, Caso No. 0858-11-EP; Sentencia No. 052-13-SEP-CC, Caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 084-13-SEP-CC, Caso No. 1607-11-EP; Sentencia No. 091-13-SEP-CC, Caso No. 1210-12-EP; Sentencia No. 100-13-SEP-CC, Caso No. 0642-12-EP.

[26] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.

53. A la vez, el artículo 8.1 del texto convencional de la CADH que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

> *"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."*

54. Este artículo tiene relación con el artículo 25 que se refiere a la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la CADH es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

55. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando cuando diversos casos son sometidos a su conocimiento, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el corpus iuris interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

56. Es decir, este derecho complejo –debido proceso- que implica, a su vez, conjunto de otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.[27]

57. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica[28].

58. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidad la seguridad jurídica en su dimensión objetiva[29].

59. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna[30].

60. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.

61. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben —por lo regular— analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

62. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

5.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil

63. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o 'ruptura' de la resolución judicial de la que se recurre, y

[27] Gozaíni, Osvaldo, *Ob. cit.*, 24.
[28] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia Nº 189-14-SEP-CC, Caso Nº 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.
[29] MALEM, Jorge, "Inseguridad jurídica, pobreza y corrupción" en *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, ed. Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2018, pág. 22.
[30] *Ibíd.*, 23.

no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido.[31]

64. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.[32]

65. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación –en el que los poderes del tribunal ad quem no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso-, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y a expresarlo en la fundamentación de su recurso.

66. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.[33]

67. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*.

68. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".[34]

69. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición –casacional-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva[35]. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.[36]

70. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación

[31] Jorge Rodríguez-Zapata, *Fundamentos de lo contencioso-administrativo*, (Madrid: Tecnos, 2019). ISBN: 978-84-309-7843-4. (Acceso 29/12/2021)
[32] Ibíd.
[33] Michele Taruffo, *La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile*, (Boloña: Il Mulino, 1991), 72-73.
[34] Mario Nájera, *Derecho Procesal Civil*, 2da. Ed., (Guatemala: IUS Ediciones, 2006), pág. 649.
[35] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.
[36] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.

entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.

71. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.[37]

72. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber:

i) Son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado;

ii) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y,

iii) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

5.3. Cuestiones previas sobre el caso quinto del artículo 3 de la Ley de Casación.

73. La causal quinta se configura cuando la sentencia o auto no contiene los requisitos exigidos por la ley, o cuando en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles, o cuando no cumple con el requisito de motivación; de tal manera que, quien recurre fundamentado en esta causal, necesariamente debe señalar los requisitos que no se han observado, los vicios de incongruencia que considera existen en la sentencia censurada o el incumplimiento del requisito de motivación.

74. Los vicios de incongruencia tienen lugar cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva del fallo, los cuales son considerados como defectos de estructura de la resolución judicial, al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva, los cuales derivan del análisis del auto o sentencia, sin que deba hacerse una confrontación entre estos y la demanda y/o su contestación, pues, de hacerlo, nos encontraríamos frente al caso cuarto del artículo 3 de la Ley de Casación.[38]

75. La resolución judicial es incongruente cuando se contradice a sí misma, mientras que es inconsistente cuando la norma individual –conclusión- no está suficientemente respaldada –en términos de justificación- por las proposiciones que se han argumentado respecto de los hechos y por las disposiciones normativas aplicadas.

76. De esta manera, la obligación de quien recurre es realizar un análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado.

77. En adición, dentro de esta causal, además de acusar a la sentencia recurrida por vicios de incongruencia, se puede alegar la falta de motivación de la resolución judicial por inobservancia de la disposición constitucional contenida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución, que establece como garantía del debido proceso, la obligación de que todas las decisiones de los poderes públicos sean motivadas, y cuyo incumplimiento es sancionado con la nulidad de aquellas.

78. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó en líneas anteriores, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

[37] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

[38] Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, (Quito: Andrade y Asociados, 2005), 135-138.

79. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente[39], con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.

80. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.

81. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos.

82. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

83. A esto se agrega que, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21, se ha alejado de forma explícita y argumentada del test de motivación establecido por la misma Corte en años anteriores, el cual estaba compuesto por los requisitos de lógica, razonabilidad y comprensibilidad; y, además, ha explicado cuál es el criterio rector de la garantía de motivación que se extrae del contenido de la disposición normativa recogida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución de la República, el cual tiene que ver con la exigencia de una argumentación jurídica suficiente que abarca la estructura de una resolución mínimamente completa –y no con la corrección de la misma-, exigencia que impone al órgano jurisdiccional, la obligación de *"i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron los juzgadores y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*[40].

84. El criterio rector en tratándose de la motivación, y respecto de la disposición constitucional, tiene que ver con la exigencia mínima de motivación suficiente que se le exige al juzgador –mas no correcta-, lo cual obliga a este último a no solo enunciar las normas o principios jurídicos en que se apoyaron los jueces, sino también a enunciar los hechos del caso, con la finalidad de que se explique a su vez, la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.

85. En este sentido, para que una resolución se considere motivada, en los términos de la referida disposición constitucional, debe contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.[41]

86. Así, la deficiencia en la motivación puede verificarse a través de tres tipos básicos: a) la inexistencia de motivación; b) la insuficiencia de motivación; y, c) la apariencia de motivación.

87. La inexistencia de motivación tiene lugar cuando la resolución judicial no tiene fundamentación normativa ni fáctica; la insuficiencia de motivación por su parte, se verifica cuando la decisión tiene *"alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica"*, pero alguna de aquellas o ambas no cumplen con el estándar de suficiencia[42].

88. La apariencia ocurre cuando a primera vista, una resolución tiene una fundamentación

[39] Es decir, primero, cada elemento de prueba aportado debe ser valorado por el decisor de manera individual, para luego, realizar un ejercicio de valoración de los elementos de prueba en conjunto.

[40] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 58.

[41] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.

[42] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 67-70.

normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad[43].

89. Existe el vicio de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se evidencia una contradicción entre los enunciados que componen aquellas –incoherencia lógica-, o una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión –incoherencia decisional-.[44]

90. La inatinencia se configura cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se dan razones que no tienen relación con la controversia, ni con la conclusión final de la argumentación.[45]

91. La incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.[46]

92. Finalmente, la incomprensibilidad se da cuando un fragmento del texto, ya sea oral o escrito, que contiene la argumentación fáctica o normativa no es inteligible en términos de razonabilidad para un profesional del Derecho o para un ciudadano.[47]

5.4. Análisis de los cargos presentados por la parte recurrente en relación a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

93. El actor sostiene que para determinar el daño moral se debe tomar en cuenta que aquel existe cuando el bien lesionado es de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, es decir, no apreciable en dinero.

94. Menciona que no atentó contra el honor, reputación, ni integridad psicológica o física, libertad, afectos, estabilidad y unidad familiar del actor; por lo que, no puede existir daño moral si no se ha causado dolor o sufrimiento moral, sobre lo cual no ha reflexionado el tribunal *ad quem* para emitir su sentencia.

95. Manifiesta que la carrera política del actor se ha visto permanente beneficiada, de tal manera que, escribe una página editorial para el Diario El Universo, El Comercio y Diario Hoy; que inclusive fue embajador de Ecuador ante el Reino Unido desde el 10 de junio de 2013; y, representante del país ante la Organización Mundial del Comercio con sede en Ginebra.

96. Adiciona que el actor ha recibido reconocimientos y también ha realizado publicaciones de literatura jurídica, con lo cual, se demuestra que no ha existido el daño moral derivado de las declaraciones que realizó en entrevistas dadas en ECUAVISA y TC TELEVISION.

97. Puntualiza que, de haber existido daño moral en contra del actor, aquel hubiese sufrido depresión o angustia, trastorno físico o psicológico, lo cual se vería reflejado en su trabajo y en sus responsabilidades, así como en un detrimento patrimonial, lo que no ha existido.

98. Sostiene que la sentencia recurrida no guarda relación alguna con el daño moral, pues, no existen reflexiones sobre la naturaleza de dicha figura jurídica, por lo que no se encontraría motivada.

99. Indica que con la indemnización que se ha ordenado pagar en favor del actor, se estaría originando un enriquecimiento injusto.

100. Señala que en la sentencia no se hace una clara fundamentación o motivación de lo que constituye daño moral, así como tampoco explica ningún parámetro de prudencia para este absurdo desagravio, que cae en el campo de la arbitrariedad, debido a que, no se analiza cuáles son los criterios de prudencia, cautela, moderación, sensatez, buen juicio, entre otros, que supuestamente ha utilizado el tribunal de apelación para dictar una sentencia fuera de toda lógica.

101. Agrega que en el supuesto no consentido de que haya lugar al pago de una indemnización, la Sala debió motivar y argumentar cuáles son los criterios de prudencia y cautela utilizados para llegar al absurdo monto ordenado a pagar.

102. Es decir, el argumento central en que se fundamenta la causal quinta alegada por el recurrente, se refiere a la falta de motivación de la sentencia de apelación.

103. En este sentido, si bien, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21 dejó insubsistente el test de motivación –comprendido por la lógica, razonabilidad y comprensibilidad-

[43] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.
[44] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.73-75.
[45] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.80.
[46] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.
[47] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 95.

establecido por dicho órgano en años anteriores, para reemplazarlo por la exigencia de una estructura mínima de la resolución de suficiencia argumentativa tanto en lo fáctico como en lo normativo, el recurrente al referirse a que no existe daño moral alguno, así como tampoco la explicación de lo que constituye daño moral, ni los criterios de prudencia utilizados por el tribunal para cuantificar el monto de la indemnización, se encontraría enlazando su argumento tanto a la argumentación normativa como a la fáctica desarrollada por el tribunal de apelación, misma que será objeto de revisión por parte de este tribunal.

104. El fundamento de la acción civil es el pretendido daño moral que el demandado ha infligido al actor, al haber emitido opiniones en dos entrevistas concedidas a dos medios de comunicación: ECUAVISA y TC TELEVISION, en las cuales el demandado sostuvo lo siguiente:

> *"[…] **Narváez:** La revista Vistazo que ya está en circulación trae reveladores datos respecto al llamado acuerdo de fusión entre los bancos Cofiec y Progreso. El diputado Fernando Rosero, quien denunció este caso durante la interpelación al entonces Superintendente de Bancos Juan Falconi, es nuestro invitado a partir este momento, aquí en vivo, en Contacto Directo. Vistazo ha logrado establecer que los españoles Santiago Toleu y Juan Carlos Contreras, aceptaron convertirse en dueños del 72% de las acciones de Cofiec, acciones que meses atrás ya fueron trasladadas al banquero Fernando Azpiazu por el grupo Avellán Arteta, principal accionista de Cofiec. Doctor, qué mismo ocurre con todo este lio y cual el papel por ejemplo de estos señores españoles. **Ab. Rosero:** Muchas gracias a usted por esta invitación. Bien, esa….. esos….. ese grupo español aparece en un documento privado que lo suscribe por una parte el señor Juan José Avellan Arteta y Felipe Avellan Arteta por los sus propios derechos y por los que representa de la compañía Trading eh ... Hausner Trading sociedad anónima en su calidad de vendedores, y por otra el doctor Fernando Aspiazu Seminario y el señor Ernesto Balda Hernández, en su calidad de compradores. - **Narvaez:** este es un documento privado? **Ab Rosero**: Esto es un documento privado, obviamente se trató de mantener la mayor reserva de este documento y tiene con fecha como fecha el día 15 de marzo de 1999, luego ya que Fernando Aspiazu de fondos del Banco del Progreso y quiero reiterar este hecho, paga al grupo Falavé, Falconi Avellan, suma de TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SIETE MIL CIENTO NUEL DOLARES e Inclusive en este documento privado, los vendedores señalan haber recibido íntegramente dicho valor; al parecer la cosa quedaban como usted bien lo señala en una tentativa de este grupo español, que hay que indagar también, como así aparecen de la noche a la mañana este contrato privado, pero lo único cierto es que se pagó la suma de TREINTA Y SIETE MILLONES DE DOLARES que lo recibieron por parte del grupo Falavé, Avellán Arteta y posteriormente ello y este es un hecho que recién lo conozco, en virtud de que he continuado e indagación del tema. Narváez: una nueva revelación? - Ab. Rosero: Es una nueva revelación y dice relación respecto de un documento que me llega de la propia Superintendencia de Bancos cuando no está Juan Falconi Puig y se me da la información que con fecha 19 de abril de 1999 y este hecho no consta en Vistazo porque no, no conocía de este documento, de tal suerte que es un, es un…- **Narvaez:** qué dice este documento? - **Ab. Rosero:** es un nuevo ingrediente a este ... a este ... a estos actos, el 19 de abril de 1999 se deja sin efecto la fusión del Banco Cofiec con el Banco del Progreso. Los la Junta Extraordinaria de Accionistas del Banco Cofiec reunida el 19 de abril de 1999 comunicada esta junta al entonces Superintendente de Bancos, Jorge Egas Peña, por parte del Presidente Ejecutivo del Directorio deja sin efecto la fusión, si, se deja sin efecto la fusión.- **Narvaez:** qué significa esto? - **Ab. Rosero:** que obviamente tenían que devolver la plata recibida el grupo Falavé, - **Narvaez:** tenían que devolver o tienen que devolver? - **Ab. Rosero:** tienen que devolver, lo que yo realmente no me explico es como ha pasado tanto tiempo 19 de abril de 1999 y posteriormente cuando este he,cho se denunció en el juicio político el 7 de noviembre del año pasado, han transcurrido más de tres meses desde ese entonces y más de un año, obviamente, de la fecha en que se declaró sin efecto la fusión y aún más que el propio señor Presidente Constitucional de la República en una cadena de radio y televisión dijo que él iba a indagar y que iba a disponer que se investigue este escandaloso hecho y sin embargo hasta el momento no pasa nada, la justicia no actúa, el grupo Falavé continúa con los TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS MIL DOLARES en sus bolsillos. - **Narvaez:** cuál es su teoría? -*

Ab. Rosero: *y con las acciones-* ***Narvaez:*** *por que se tiene pendiente todo esto? -* ***Ab. Rosero:*** *mire mi querido amigo yo quiero recoger un refrán popular por un millón de dólares baila el perro y por TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS MIL DOLARES perro y perra. Yo veo muy difícil que en este país donde aún o se aplica la justicia donde no existe un funcionario, especialmente el grupo de la AGP también que estuvieron y formaron parte del grupo de Juan Falconi Puig no se lograr no se va a lograr la de devolución de los TREINTA Y SIETE MILLONES-* ***Narváez:*** *por qué doctor?* ***Ab Rosero:*** *porque la justicia es para los de poncho para los de cuello blanco no hay justicia eh eh… digamos no se aplica la justicia usted puede creer que un hecho tan claro donde ya se dejó sin efecto el convenio de fusión entre el Banco Cofiec y el Banco del Progreso, lo lógico, lo decente, lo ético, lo legítimo era que el grupo Falavé que tenía en su poder las acciones y los TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS MIL DÓLARES procediera a devolver el dinero y el Superintendente de Bancos de ese entonces, Jorge Egas Peña, con conocimiento de todos estos antecedentes, así lo dispusiera. -***Narvaez:*** *y es un dinero que sale de la cuenta personal del señor Aspiazu, o pertenece al Banco del Progreso?* ***Ab. Rosero:*** *yo he justificado con cheques, con instrumentos que los fondos con los que se pagó estas acciones, hoy se frustró en definitiva la fusión Cofiec Progreso, salieron de los fondos de los depositantes del Banco del Progreso, fondos del Banco eso que fueron malversados y que hoy son sujetos estos fondos de una presunta, indebida apropiación por parte de quien? por parte del grupo que los retiene que los tiene en su bolsillo, que las mismas autoridades de control conocen que es obligación de ellos disponer su inmediato reintegro. Fíjese usted de dónde salió el dinero para pagar a los depositantes de aquellos fondos congelados, que el señor Presidente había ofrecido. -* ***Narvaez:*** *de dónde salió? –* ***Ab. Rosero:*** *del presupuesto general del estado, de lo que usted aporte de lo que yo aporto, de lo que aportamos los ecuatorianos, por qué no salió este dinero mediante el reintegro de fondos de un grupo que tiene en su poder que ha utilizado TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS MIL DÓLARES y que, adicionalmente, al dinero que lo tiene en sus bolsillos tiene también las acciones de Cofiec, este es un hecho que tiene ya que motivar una reacción del poder judicial, de la Ministra Fiscal, del propio Superintendente de Bancos y del propio Presidente de la República, quien está públicamente señalando que debe de perseguirse judicialmente a los banqueros corruptos, que debe ordenarse extradiciones yo pregunto y por qué no dispone el reintegro de fondos que lo tiene en sus bolsillos un ex-funcionario del gobierno del Dr. Gustavo Noboa, el Dr. Falconi Puig. -***Narvaez:*** *y es que todo esto debe asumirlo finalmente AGD? -* ***Ab. Rosero:*** *No, esto tiene no solamente la que la AGD que asumir la potestad o la facultad de iniciar los procesos legales para lograr el reintegro de estos fondos, aquí está de por medio el Presidente de la Corte Suprema de Justicia quien tiene que actuar, está de por medio Mariana Yépez, la Ministra Fiscal General que tiene que actuar, está de por medio el propio Presidente de la República que … que él en una cadena nacional señaló la obligación de devolver esos fondos y sin embargo, hasta el momento no hace absolutamente nada para ello. -* ***Narvaez:*** *y otro dato final para configurar todo esta este esta problemática y que lo cita Vistazo doctor, entre septiembre y octubre de 1998, es decir antes de la llamada fusión, el Banco del Pacifico vende sus inmuebles a Cofiec y luego Cofiec le arrienda esos mismos bienes al Pacífico por veinte años y en quinientos mil dólares mensuales, qué le dice este tipo de operaciones? -* ***Ab. Rosero:*** *que tiene que investigarse, yo estoy haciendo la investigación respecto a este tema. Dentro de pocos días el país conocerá los pormenores de este nuevo escandaloso hecho, de este nuevo atraco que aconteció. -***Narvaez:*** *también hay un atraco? -***Ab. Rosero:*** *Evidentemente y lo vamos a señalar con documentos, por eso yo no he permitido… hasta el momento no hago una rueda de prensa respecto de este tema, estoy haciendo la indagación, estoy haciendo la investigación y dentro de poco lo conocerá el país. -* ***Narvaez:*** *Doctor, muchas gracias. La presencia del diputado Fernando Rosero, aquí, en vivo, en Contacto Directo, refiriéndose a este polémico caso: la llamada fusión entre Cofiec y el Banco del Progreso. Ya volvemos después de la pausa comercial, lo haremos con los movimientos sociales aqui en Contacto Directo. […] en fecha reciente, en entrevista que hiciera el locutor Jimmy Jairala al demandado, el día lunes 15 de julio de 2002 en TC TELEVISION […]* ***Jairala:***

Siete y treinta y siete, ustedes deben recordar que en febrero del año 2001 el diputado Fernando Rosero González cuestionó el proceso de fusión que se siguió en este tema, la fusión a la que me refiero es Filanbanco y la Previsora. Hace pocos días el 20 de junio, el Procurador ha dado la razon al diputado Rosero cuando ya emitió pues, una providencia, un escrito en el que señala presuntas responsabilidades. Doctor Rosero que nos puede decir a este respecto. ***Ab. Rosero:*** *Muchas gracias, mire. Yo durante el año 1999, el 2000 y el 2001 venía señalando las graves incorrecciones que detecté al interior de la administración Banco La Previsora. Señalaba que era un banco que palatinamente iba perdiendo liquidez y solvencia en el mercado, no obstante sus principales personeros con Alvaro Guerrero Ferber a la cabeza hacían pues, sus ruedas de prensa, señalaban que La Previsora era un banco solvente, un banco, un banco que tenía suficiente liquidez, no obstante, reitero, que los índices señalados en los balances que tenían ellos internet donde yo accedía.* ***Jairala:*** *Eran negativos.* ***Ab. Rosero:*** *Eran totalmente negativos, con un patrimonio técnico que paulatinamente se iba depreciando y que ya estaba por debajo del 9% mínimo requerido para poder operar. Entonces señalé esas incorrecciones y le denuncié tanto al Procurador General del Estado cuanto a la Ministra Fiscal estas incorrecciones para que inmediatamente vengan los correctivos. Sin embargo de aquello, en un afán de cubrirles las espaldas a Alvaro Guerrero Ferber y a los directivos del Banco La Previsora, tanto Jorge Guzman, en ese tiempo Superintendente de Bancos, cuanto posteriormente Juan Falconi Pug, que también fue oportunamente abogado personal del propio Alvaro Guerrero Ferber, hicieron una serie de o resolvieron ellos, eh, mediante eh, las debidas anotaciones, que se dan en la Superintendencia de Bancos, darle una especie de...eh... de un exagerado paternalismo al Banco La Previsora.* ***Jairala:*** *Protección.* ***Ab. Rosero:*** *Le dieron protección, habían resoluciones dedicadas al Banco La Previsora, y entre estas fue justamente un convenio, de ... de… asociación con miras a una fusión ordinaria posterior entre La Previsora y Filanbanco. Jairala: Dónde estuvo esa presunta irregularidad?* ***Ab. Rosero:*** *Le voy a señalar. Filanbanco en 1999 el 20 de febrero de 1999 una consultora internacional contratada para el efecto, la ING Baring señala que está apta para la venta. Sin embargo se comienza a utilizar a Filanbanco para que a su vez Filanbanco entregue, entreque dinero, entreque una serie de aportaciones a La Previsora que eh ... habia generado un hueco en sus actividades de alrededor de 180 millones de dólares. Jairala: O sea que … sea la caja, que Filanbanco sea la caja chica más o menos.* ***Ab. Rosero:*** *Filanbanco aparentemente estaba ya saneada y lista para la venta, entonces que es lo que procede a entregarle, recursos, recursos públicos porque Filanbanco ya estaba en poder de la AGD. Entonces les entregan recursos públicos de 37 millones de 27 millones, totalizando alrededor de 77 millones de dólares.* ***Jairala:*** *Se produce la iliquidez de Filanbanco.* ***Ab. Rosero:*** *Se produce la iliquidez de Filanbanco, yo realmente … va arrastrando La Previsora en ese convenio de fusión que luego lo vuelven extraordinario. Fijese usted, con todas las dedicatorias en favor de La Previsora, convierten una fusión ordinaria en extraordinaria, por qué razón, porque la deficiencia patrimonial que tenía La Previsora. Jairala: La Previsora.* ***Ab. Rosero:*** *…impedía la fusión ordinaria. Entonces generan una figura única en la legislación ecuatoriana.* ***Jairala:*** *Nueva* ***Ab. Rosero:*** *Nueva para que una institución cuyo patrimonio técnico sea negativo o que se está depreciando pueda acceder a la fusión con Filanbanco.* ***Jairala:*** *Con una que tenía patrimonio positivo.* ***Ab. Rosero:*** *Con una que tenía patrimonio positivo.* ***Jairala:*** *Muy bien.* ***Ab. Rosero:*** *Mire usted, en estas circunstancias había una disyuntiva que perfitamente, perfectamente las autoridades, eh …, del control bancario podían hacerla. Había la disyuntiva de proceder a la liquidación de La Previsora, que era lo procedente... Jairala: cual era la otra. Ab. Rosero: A un costo, a un costo de 405 millones de dólares para el estado ecuatoriano, pero optaron por la segunda que era la peor y con ella no solamente que se llevaron a La Previsora sino también a Filanbanco, que a la final el estado gastó 1470 millones de dólares, entonces con recursos.* ***Jairala:*** *Le costó tres veces y medio más.* ***Ab. Rosero:*** *Tres veces y medio más con recursos públicos para que?, para alimentar y para tapar las espaldas del señor Guerrero Ferber, que había dejado con su administración, desastrosa por cierto, un hueco de alrededor de 187.* ***Jairala:*** *Ahora el Procurador qué ha dicho a este respecto, ya en la medida más reciente.* ***Ab. Rosero:*** *Bueno yo, yo redigo una*

cosa, yo no tengo fe en lo que está haciendo el Procurador del Estado y posteriormente se lo señalo por qué no tengo fe, pero en todo caso ha acogido el señor Procurador General del Estado, ha acogido esta denuncia, estos antecedentes, estos fundamentos que ya han sido evacuados a través de una instrucción fiscal por parte del Ministerio Público y presenta el pasado 20 de junio su acusación. Contra quien, a quienes acusa al Gerente General de Filanbanco de ese entonces, Carlos Gonzalo Hidalgo Terán, por haber apoyado este convenio de fusión. Al señor Luis Villacis Guillen que era como Presidente, como Gerente General de la AGD. ***Jairala:*** *De la AGD.* ***Ab. Rosero:*** *... que era el accionista mayoritario del Banco, Filanbanco, a Jorge Guzman Ortega a Juan Alfredo Trujillo Bustamante a Juan Falconi Pug, a Alvaro Guerrero Ferber, a Nicolás Ulloa Figueroa, a Jaime Eduardo Cisneros León.* ***Jairala:*** *A los ex Directores no.* ***Ab. Rosero:*** *A los directores de las dos instituciones a Filanbanco y el Banco La Previsora, y yo le decía a usted por que no confío tanto en este informe porque en este… en esta acusación formulada por él, por la, por el señor Procurador, el que pretenden señalar o graduar la responsabilidad de Juan Falconi Puig, señalándolo como cómplice del delito de peculado, cuando el debió ser Juan Falconi Pug ...* ***Jairala:*** *Autor.* ***Ab. Rosero:*** *Y el propio Alvaro Guerrero debieron ser los coautores del delito de peculado. De tal suerte que, adicionalmente, en este mismo documento no observo que se haya pedido la detención de los implicados, cuanto de acuerdo al Art. 378 del Código de Procedimiento Penal cuando se dicte el auto de llamamiento a juicio debe inmediatamente procederse a la detención de todos los implicados en este proceso, de tal suerte que aspiramos que este juicio tenga la cabida pertinente, la acogida pertinente por parte del Presidente de la Corte Suprema de Justicia y alguna vez aquí, en el Ecuador, hay justicia, se haga justicia y los implicados en esta quiebra anunciada de Filanbanco y La Previsora, vayan todos a parar por sus huesos en la cárcel.* ***Jairala:*** *Gracias Dr. Fernando Rosero Gonzalez. 7 y 44 siguen entonces las investigaciones y ya algunas consecuencias por la fusión que cuestionó entre Filanbanco y La Previsora […]" [sic].*

105. La acción civil por daño moral se encuentra regulada en los artículos 2231 a 2234 del Código Civil, y específicamente el artículo 2232 prescribe que:

"[…] podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo."

106. El daño moral nace de un hecho punible, ilícito o delito por lo que es de naturaleza extrapatrimonial, y surge cuando se afecta la esfera personal de la víctima, es decir, se origina cuando el causante vulnera un bien jurídico que recae sobre un derecho de la personalidad diferente a los bienes o intereses materiales, que implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial, así el hecho generador vulnera un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial o recae sobre un derecho de la personalidad.

107. Además del daño, el nexo de causalidad entre el acto u omisión –en este caso ilícito- y el perjuicio causado por el daño, es otro elemento básico de la responsabilidad civil y tiene que ver con la causa previsible o evitable que es la base general para la correspondiente responsabilidad civil por el perjuicio provocado.

108. El nexo de causalidad tiene relación con la imputabilidad, atribución objetiva o vínculo material, que no es otra cosa que el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado –en este caso daño-.

109. La relación de causalidad permite abarcar los supuestos de responsabilidad civil, ya que vincula la conducta antijurídica del autor o agente dañador, el riesgo o vicio de la cosa o de la actividad, con el daño sufrido, pues, para que

se genere la obligación de indemnizar a la víctima no basta que se verifique la existencia de un daño o de un acto ilícito imputable a su autor, sino que, además de la presencia de dichos supuestos, debe establecerse que dicho acto es la causa del daño, teniendo en consideración que cualquier condición del hecho no es causa, sino "aquella que generalmente es apta para determinarlo"[48]; de ahí que, es imprescindible el estudio pormenorizado de los elementos de prueba que han sido aportados al proceso.

110. En lo que tiene que ver con la prueba, todo daño, incluso el no patrimonial debe ser probado, teniendo en cuenta que el mismo conlleva la obligación de indemnizar económicamente a la víctima que lo ha sufrido.

111. Sin embargo, en tratándose de daño moral, los medios de prueba directa son difíciles de actuar, si se tiene en cuenta que no es fácil probar el nivel de afectación de la esfera espiritual, moral, sentimental, emocional y familiar de la persona, toda vez que el daño sufrido es inmaterial y subjetivo en cada caso, por lo que el nivel de suficiencia probatoria que se debe conseguir con los elementos de prueba presentados queda a discreción del decisor.

112. Es así que, si bien el decisor de instancia falla en virtud de ese poder discrecional que se la ha otorgado, la cuantificación de lo que debe ser resarcido ha de atender varios criterios, como, por ejemplo, la gravedad del hecho que ha provocado el perjuicio, la entidad del 'dolor' o de aflicción de ánimo que se ha causado a la víctima.

113. A lo que se agrega que, para probar los perjuicios derivados de un daño moral, el reconocimiento que de aquellos hace el juzgador, se encuentra condicionado a la prueba de la causación de estos, puesto que está claro que el poder discrecional otorgado al decisor no puede tornarse en irrazonable ni en arbitrario.

114. De esta manera, actuar medios de prueba directa representa una imposibilidad en términos de probanza del daño moral, por lo que se otorga eficacia probatoria a los indicios que emergen de determinadas circunstancias, de acuerdo con la sana crítica racional, que abarca las reglas de la epistemología, de la lógica y la experiencia común.

115. En este sentido, el razonamiento probatorio que realiza el juzgador de los elementos de prueba aportados para acreditar tanto la existencia de la conducta –antijurídica- dañosa o que eleva un riesgo socialmente aceptado, como los perjuicios morales derivados de aquella, y el nexo de causalidad o de imputabilidad de estos con el agente generador de la conducta ilícita, implica un desarrollo argumentativo mayor y de suficiencia normativa y fáctica respecto de qué elemento de prueba constante en el proceso, acredita qué tipo de perjuicio o afección en el fuero interno de la víctima, así como qué elemento de prueba demuestra la causación del pretendido daño.

116. Si se considera que la generación de un daño que deriva en perjuicios morales que deben ser cuantificados económicamente por el juzgador, implica necesariamente la imposición de una sanción que no es otra que la obligación que tiene el agente activo de resarcir dicho daño a la víctima que lo ha sufrido, teniendo en cuenta que además se genera una declaración de responsabilidad civil en contra de un sujeto que es el obligado a satisfacer el perjuicio moral causado, el análisis y argumentación del decisor debe cumplir con la observancia de las disposiciones normativas aplicables a las proposiciones sobre hechos que han sido suficientemente acreditadas, en términos de la sana crítica racional como sistema de valoración de la prueba.

117. Por regla general, este tribunal señala que, en casación no se puede revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia, pues esta labor pertenece en forma exclusiva a los juzgadores de instancia, salvo que, como resultado de esa valoración, el juicio de hecho contravenga parámetros de racionalidad, objetividad y suficiencia, esto es, que la conclusión a la que llegue el juez, sea absurda, arbitraria o existan errores graves en el razonamiento probatorio que ameriten corrección.

118. Con estos antecedentes, se tiene que los hechos fijados por el tribunal de apelación en la sentencia son los siguientes:

i) Que el demandado concurrió a dos canales de televisión a dar entrevistas en las que emitió opiniones que causaron daño moral al actor, pues, se refirió a aquel como sujeto activo del delito de peculado en el grado de coautor.

ii) Que los casetes que contienen las entrevistas en cuestión no son los únicos elementos

[48] Jorge Pantoja, *Derecho de daños*, Tomo I, 2da. Ed., (Bogotá: Leyer Editores, 2018), 421.

de prueba que acreditan el daño moral irrogado al actor, sino también las copias certificadas del periódico el Líder, elementos con los cuales el tribunal de segundo nivel arriba al convencimiento de que existe daño a la honra del actor, un perjuicio a su reputación por haber sido funcionario público reconocido a nivel nacional.

iii) Que mientras más alto es el grado de preparación cultural y académica de la persona y más exigente el medio en el que desarrolla sus actividades y las distinciones del cargo que ostenta, se vuelve más sensible y vulnerable a cualquier ataque u ofensa dirigido contra su honor y su honra.

iv) Que una vez establecida la existencia del daño, concluyen que el demandando, de manera libre y voluntaria, atentó al honor del actor al imputarle el delito de peculado en grado de coautor sin que exista una sentencia en firme, inobservando el principio constitucional de inocencia.

v) Que respecto de la imputabilidad, que tiene que ver con la capacidad del demandado de responder por un cuasidelito que ha causado daño al honor del actor, si bien el demandado ha alegado inmunidad parlamentaria por ser diputado al momento de los hechos, dicha situación no tiene asidero debido a que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, indicó en su momento que el demandado no goza de fuero especial para estos juicios; a lo que agregaron que dicha inmunidad únicamente aplica para opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones y, que de acuerdo al artículo 130 de la Constitución Política –vigente a la época de los hechos- dar declaraciones públicas en los medios de comunicación no es un deber y/o atribución de los diputados.

119. Sin embargo, de los hechos fijados por el tribunal de apelación en la sentencia de mayoría, se observan dos situaciones:

i) que los juzgadores, al momento de realizar el juicio de imputación en contra del demandado, asimilan dos instituciones jurídicas que tienen efectos diferentes, la inmunidad parlamentaria y el fuero.

ii) que los juzgadores no han argumentado suficientemente cuáles han sido los perjuicios que ha sufrido el actor como consecuencia del presunto daño moral, ni han indicado qué elementos de prueba aportados al proceso han acreditado, en términos de suficiencia probatoria, la conducta generadora del daño moral, los perjuicios provocados por aquella y el nexo de causalidad, ni mucho menos han explicado cuál ha sido la base fáctica sobre la cual se han apoyado para cuantificar el monto de la indemnización en doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América;

120. De esta manera, se deja en claro que, del análisis de las instituciones jurídicas de inmunidad parlamentaria y fuero, dependerá que la acción civil prospere, puesto que, si el demandado tiene fuero, esta situación acarrearía la nulidad de las actuaciones, mientras que, si tiene inmunidad parlamentaria, no podrá realizarse el juicio de imputación de la pretendida conducta ilícita al supuesto agente del daño, al no haber mérito legal para atribuirle responsabilidad.

121. Solo si el demandado no goza de fuero y no tiene inmunidad parlamentaria, este tribunal de casación podrá pronunciarse respecto de la insuficiencia en la argumentación respecto de los supuestos perjuicios causados, el nexo de causalidad, y la base fáctica disponible para el cálculo del monto de indemnización.

122. Adicionalmente, se menciona que debido a que el argumento central del casacionista respecto de la presente causal se circunscribe a que la Sala de la Corte Provincial ha inobservado la garantía de la motivación determinada en el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República, la cual –por su naturaleza, entendiéndose que tiene que ver con la exigencia de una argumentación suficiente tanto fáctica como normativa-, tiene mérito, obliga al tribunal de casación a emitir unanueva sentencia en lugar de aquella, en virtud de lo que dispone el artículo 16 de la Ley de Casación, enmendando así la deficiencia en la motivación, por lo que los argumentos presentados en virtud de la causal primera, no serán analizados.

V. SENTENCIA DE MÉRITO

5.1. Sobre el daño moral.

123. Cuando se está frente al concepto de daño, indudablemente se está a la vez ante el concepto de responsabilidad, en este caso civil, mismo que por el paso del tiempo y la evolución del Derecho, se denomina ahora Derecho de Daños y ya no responsabilidad civil *per se*.

124. En este sentido, dentro del Derecho de Daños, la responsabilidad civil tiene como objetivo la reparación a través del restablecimiento del equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio, sin que tras ese daño existente estén el azar o la desgracia impersonal, sino la conducta de una persona o la creación de un riesgo, lo que implica que sea el daño y no la culpa, el presupuesto de la responsabilidad jurídica civil.[49]

125. Así, quien se reputa autor de un daño que ha provocado un perjuicio se encuentra en la obligación de indemnizar a quien lo padece, pero dicha indemnización no puede ser inferior ni superior al perjuicio proferido a la víctima; de ahí la regla de que la víctima siempre debe ser indemnizada, pues, todo aquel que causa un daño está obligado a repararlo.

126. Regla que tiene estrecha relación con el principio *alterum non laedere* –no dañar a otro- que se aplica a las relaciones de los sujetos de derecho con independencia de que se hayan establecido pautas de comportamiento recíprocas, sino que se constituye en fundamento del orden jurídico y su violación genera responsabilidad como sanción, es decir, este principio viabiliza la vida en sociedad y cuando es transgredido, la sanción a ser impuesta se traduce en la obligación jurídica de indemnizar los perjuicios derivados del daño causado. Así, esta sanción se constituye en resarcitoria y no en represiva.

127. El daño es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, sea este un derecho patrimonial o extrapatrimonial, es decir, el daño al ser el elemento nuclear de la responsabilidad civil, es todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, que se encuentren vinculados a su patrimonio, a su personalidad o a su esfera espiritual o afectiva; o, que afecta un valor tutelado por el ordenamiento jurídico.[50]

128. El daño y el perjuicio son conceptos diferentes que no pueden ser tratados como equivalentes, si se tiene en cuenta que el primero es el hecho o situación fáctica, mientras que el segundo es la consecuencia o resultado que afecta al interés patrimonial o extrapatrimonial.

129. En materia de daños, se puede estar frente a dos tipos: el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. El daño patrimonial o material recae sobre un objeto de forma directa o indirecta como consecuencia de o reflejo de un daño causado a quien es titular del mismo.

130. Así, el daño patrimonial genera una disminución de la utilidad de un bien o un interés material que se repara con dinero o con bienes intercambiables por dinero.

131. El daño moral no afecta al patrimonio económico de una persona sino a su personalidad física o moral, o a ambas a la vez. Los daños morales no tienen una naturaleza económica, no son cuantificables en dinero, sino que recaen sobre la persona, sus sentimientos o su cuerpo como, por ejemplo, la honra, la vida, la libertad, la buena imagen, el buen nombre, la familia, la intimidad.

132. Sin embargo, este concepto no debe entenderse restrictivamente, pues, este no se reduce únicamente a los 'dolores' o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en aquel también se incluye todo perjuicio no pecuniario que produzca la lesión de un bien de la persona –como la salud, la libertad, la honestidad, el honor, entre otros-, o de sus sentimientos y afectos más elevados e importantes.[51]

133. Así, el daño moral es aquel que afecta a un bien de la personalidad o de la vida –libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.-, es decir, un detrimento que implica quebranto, privación o vulneración de los bienes incorporales que se encuentran tutelados bajo la categoría de los derechos de la personalidad.[52]

134. El daño moral nace de un hecho punible, ilícito o delito por lo que es de naturaleza extrapatrimonial, y surge cuando se afecta la esfera

[49] Jorge Pantoja, *Ob. Cit.*, 19.
[50] Jorge Pantoja, *Ob. Cit.*, 389.
[51] Rafael Álvarez, "La responsabilidad por daño moral" en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, fascículo 1, 1966, pág. 85.
[52] Ángel Cristóbal, "El daño moral contractual" en *Revista de Derecho Privado*, tomo LXXIV, 1990, pág. 3.

personal de la víctima, es decir, se origina cuando el causante vulnera un bien jurídico que recae sobre un derecho de la personalidad diferente a los bienes o intereses materiales, que implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial, así el hecho generador vulnera un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial o recae sobre un derecho de la personalidad.

135. Además del daño, el nexo de causalidad entre el acto u omisión –en este caso ilícito- y el perjuicio causado por el daño, es otro elemento básico de la responsabilidad civil y tiene que ver con la causa previsible o evitable que es la base general para la correspondiente responsabilidad civil por el perjuicio provocado.

136. El nexo de causalidad tiene que ver con la imputabilidad, atribución objetiva o vínculo material, que no es otra cosa que el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado –en este caso, el daño-.

137. La relación de causalidad permite abarcar los supuestos de responsabilidad civil, ya que vincula la conducta antijurídica del autor o agente dañador, el riesgo o vicio de la cosa o de la actividad, con el daño sufrido, pues, para que se genere la obligación de indemnizar a la víctima no basta que se verifique la existencia de un daño o de un acto ilícito imputable a su autor, sino que además de la presencia de dichos supuestos, debe establecerse que dicho acto es la causa del daño, teniendo en consideración que cualquier condición del hecho no es causa, sino "aquella que generalmente es apta para determinarlo"[53]; de ahí que, es imprescindible el estudio pormenorizado de los elementos de prueba que han sido aportados al proceso.

5.2. Fuero

138. El fuero es una prerrogativa establecida constitucional y/o legalmente a favor de determinados funcionarios públicos para exigir que un proceso en el que se encuentran vinculados, sea investigado y juzgado por altas autoridades –o autoridades de mayor jerarquía dentro de la estructura estatal- de la Fiscalía y de la rama judicial.[54]

139. Es un "privilegio" que busca preservar la inviolabilidad del servidor público desde la visión de la función que ejerce, mas no desde el ámbito personal, lo cual explica que, por ejemplo, la máxima autoridad de la Fiscalía de un estado o los magistrados de la Corte Suprema, puedan retener la competencia respecto del aforado, únicamente en aquellos casos en los que se demuestre que aquel llevó a cabo una conducta que tiene una relación de imputación concreta con la función realizada, así dicha calidad ya no la tenga en otro momento.

140. En suma, esta prerrogativa es también una característica de los estados democráticos, misma que busca garantizar la dignidad del cargo y de sus instituciones, así como su independencia y autonomía.

141. Así, el fuero no tiene por objeto la protección personal del funcionario encausado sino la preservación de su investidura y el aseguramiento del máximo nivel de independencia en el proceso. [55]

142. De esta manera, el fuero se considera como una garantía del debido proceso –entendido como derecho complejo-, pues, los funcionarios aforados tienen el derecho de ser investigados y/o juzgados por el juez natural que la Constitución y la ley predetermina, cuya inobservancia constituye un vicio *in procedendo* que afecta la validez de todo el proceso o de ciertas actuaciones.

5.3. Inmunidad parlamentaria

143. Por su parte, la inmunidad parlamentaria presenta dos dimensiones, una amplia y otra restringida. La primera hace referencia al derecho inherente a la condición parlamentaria en virtud de la cual, se otorga a los legisladores una suerte de indemnidad respecto de las acciones judiciales de diferente índole que promuevan en su contra los particulares o el gobierno de turno; este derecho se concreta de distinta manera en función de si se está frente a la inviolabilidad o a la inmunidad en *stricto sensu*.[56]

144. Mientras que la segunda tiene que ver con la autorización que debe emitir el Congreso de

[53] Jorge Pantoja, *Ob. Cit.*, 421.

[54] Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Francisco Javier Farfán Molina, "El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado. Problemas procesales", (online) *Derecho Penal y Criminología*, ISSN 0121-0483, ISSN-e 2346-2108, Vol. 36, Nº. 101, (2015), 87-132. (Acceso 06/01/2022).

[55] Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-025 de 1993, m.p. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-222 de 1996, m.p. Fabio Morón Díaz. En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso Nº 26585, 17 de septiembre de 2008, Magistrado Augusto Ibáñez, y Corte Constitucional, sentencia C-545 de 2008, m.p. Nilson Pinilla Pinilla.

[56] Eloy García, *La Inmunidad Parlamentaria y Estado de Partidos*, (Tecnos: Madrid, 1989), 64.

manera previa, sea para su detención o su procesamiento, la cual no tiene que ver con una pretendida impunidad o sustracción de toda acción penal, sino más bien con la exigencia de un requisito adicional que consiste en el levantamiento de esa inmunidad para que el legislador en cuestión pueda ser procesado en el fuero común.[57]

145. La inmunidad en sentido amplio es conocida también como inmunidad de fondo o inviolabilidad y tiene como objeto proteger al parlamentario desde el punto de vista de la función que ejerce, volviéndolo penal y civilmente irresponsable por las decisiones, actos y opiniones que emita en el ejercicio de su cargo, inclusive cuando ha concluido el periodo para el cual fue electo o cuando ha perdido la calidad de legislador por un hecho superviniente, con la finalidad de que no se lo enjuicie cuando no es legislador por asuntos referentes al ejercicio de dicha función.[58]

146. Es decir, en atención a este tipo de inmunidad, el legislador ejerce sus funciones –entre ellas las de fiscalizar y legislar- con libertad absoluta, sin que pueda ser encausado civilmente por daños y perjuicios, en el caso que una ley que expida irrogue algún perjuicio a determinado sector o grupo de personas; ni penalmente, en el caso que emita comentarios que puedan ser catalogados de injuriosos, a propósito de una acción fiscalizadora.[59]

147. La inmunidad en sentido estricto hace referencia a la inmunidad de forma o antejuicio, y tiene por finalidad

> *"[…] condicionar el procesamiento penal a la autorización legislativa y restringir la posibilidad que los parlamentarios sean sujetos de privación de libertad […]"*[60]

148. Misma que es una inmunidad ante procesos y que busca proteger al legislador de enjuiciamientos penales por cuestiones imputables al ejercicio de su cargo y respecto de órdenes de privación de libertad; en otras palabras, para que pueda procesarse penalmente a un legislador, se necesita que el Congreso lo autorice.

149. Dicha autorización no constituye un pronunciamiento de la legislatura respecto del fondo del proceso –de la culpabilidad o no del parlamentario-, sino una garantía formal de carácter procesal, pues, aquella se constituye en un requisito de procedibilidad de la causa penal, que por principio de excepcionalidad aplica únicamente en los procesos penales que puedan provocar la privación de libertad del legislador.

150. Así, cuando se verifique que el fin último del encausamiento penal o de la privación de libertad es político o de persecución, estará suficientemente justificada la aplicación de la inmunidad de forma.

151. La inmunidad parlamentaria en general, tiene por objeto la protección de la integridad del Congreso, así como la independencia de aquel para el desempeño de sus funciones, puesto que esta no constituye un privilegio personal ni un derecho subjetivo del legislador; de ahí que, esta protección sea otorgada a los legisladores en la medida en que representan al órgano legislativo y exclusivamente en su calidad de tales.[61]

5.4. Análisis del caso en examen

152. El tribunal de apelación, en la sentencia recurrida, sostuvo lo siguiente:

> *"[…] En las referidas entrevistas que dio el demandado y que ha sido analizado en extenso, se identifica claramente al Dr. Fernando Rosero, como el entrevistado y es quien públicamente en los medios de televisión nacional voluntariamente, refiere los hechos alegados por el actor que es materia de esta acción, que no han sido negados por el demandado, quien sostiene en su defensa que por ser Diputado, goza de inmunidad parlamentaria conforme lo previsto en el Art. 137 de la Constitución de la República del Ecuador del año 1998, pero sobre este tema ya se pronunció el Presidente de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional) al indicar que el demandado no goza de fuero especial para estos juicios, de lo que se desprende que podía ser juzgado en el ámbito civil que nos ocupa, más aun tomando en cuenta que dicha norma legal exime de responsabilidad penal y civil a los Diputados, pero en las opiniones vertidas únicamente en el ejercicio de sus funciones […]"*

[57] Derik Latorre Boza, Inmunidad Parlamentaria. Derecho & Sociedad, n.º 31 (2008), 163-76. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17402. (Acceso 06/01/2022)
[58] Rafael Oyarte, Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 500-501.
[59] *Ibíd*.
[60] *Ibíd*.
[61] Derik Latorre Boza, Ob. Cit.

153. Es decir, confunde la institución jurídica del fuero con la de la inmunidad parlamentaria, considerando que significan lo mismo, lo cual no corresponde, pues, el fuero y la inmunidad parlamentaria son instituciones jurídicas disimiles, pero que son aplicables a funcionarios públicos que ejercen altas funciones dentro de la estructura estatal.
154. El fuero tiene que ver con la competencia del juzgador que va a conocer de una causa penal en la que se encuentra inmerso un alto funcionario público, en este caso, un diputado; mientras que la inmunidad tiene que ver, si es de fondo, con la irresponsabilidad del legislador tanto en lo penal como en lo civil; y si es de forma, con el requisito de procedibilidad que constituye el levantamiento de la inmunidad para que sea procesado en el fuero común, es decir, ante cualquier juez de primer nivel.

155. Así las cosas, corresponde analizar las disposiciones normativas vigentes a la época de los hechos y que regulaban tanto el fuero como la inmunidad de los legisladores, con la finalidad de resolver respecto de la competencia del juzgador, o de la irresponsabilidad del legislador demandado, o del requisito de procedibilidad, como exigencia previa a analizar la argumentación del tribunal de apelación respecto de los elementos del daño moral alegado, pues, de verificarse la existencia de alguno de los tres, no se podría emitir criterio respecto del mérito de la controversia civil.
156. La Ley Orgánica de la Función Judicial –vigente a la época-, establecía en su artículo 13 numeral 2 que, la Corte Suprema de Justicia de ese entonces era competente para:

> Art. 13.- Son atribuciones y deberes de la Corte Suprema: […] 2.- **Conocer, en primera y segunda instancia, de toda causa penal que se promueva contra** el Presidente de la República o quien haga sus veces; los Ministros de la Corte Suprema, los Ministros de Estado; **los Legisladores principales y suplentes cuando estuvieren subrogando a aquellos**, los vocales de la Comisión de Legislación, del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Tribunal Supremo Electoral, los Ministros del Tribunal Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, el Procurador General de la Nación, el Superintendente de Bancos, el Superintendente de Compañías, y los Ministros de las Cortes Superiores, en los casos y con los requisitos señalados por la Constitución y las leyes". [Énfasis fuera de texto]

157. Es decir, el juez natural determinado previamente para conocer de causas penales en las que se encontraban inmersos legisladores –en esa época-, eran los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, con lo que se cumplía con el principio en torno al cual, la competencia del juzgador proviene de la ley.
158. Lo anterior se reforzaba con la Ley Orgánica de la Función Legislativa, la cual establecía en su artículo 62 que los legisladores únicamente pueden ser detenidos en virtud de un delito flagrante, debiendo cumplir la detención bajo la modalidad de arresto domiciliario y estando bajo las órdenes del Presidente de la Corte Suprema, quien debía solicitar al Congreso dentro de las veinticuatro horas siguientes, que resuelva sobre la flagrancia del delito, y de ser el caso, autorice el enjuiciamiento.
159. A esto se agregaba que, de existir mérito para la prisión preventiva, la misma también debía ser cumplida mediante arresto domiciliario, de lo contrario, el Presidente de la Corte Suprema dispondría la inmediata libertad del diputado.
160. Asimismo, el artículo 63 *ibídem* prescribía que el Presidente de la Corte Suprema debía enviar de manera conjunta el pedido de declaración de flagrancia al Congreso, con todos los antecedentes del caso al Presidente de la Legislatura, para que este último designara una comisión especial que elaboraría el informe de calificación de flagrancia que sería conocido por el Pleno del Congreso Nacional.
161. Con estos antecedentes normativos, y teniendo en cuenta que el fuero es una suerte de privilegio que se otorga normativamente –vía constitución y/o la ley- a favor de determinados funcionarios públicos para exigir que un proceso penal en el que se encuentran vinculados, sea investigado y juzgado por altas autoridades –o autoridades de mayor jerarquía dentro de la estructura estatal- de la Fiscalía y de los órganos jurisdiccionales, se puede concluir que para las **causas penales**, los **diputados** estaban sujetos a fuero de Corte Suprema, es decir, **para procesarlos por infracciones penales, su juez natural era dicho organismo.**
162. Sin embargo, la causa que se encuentra bajo examen de este Tribunal de Casación, es de orden civil, en consecuencia, conforme lo sostuvo en su momento el doctor Armando Bermeo Castillo, Presidente de la Corte Suprema de Justicia (foja 22 del cuaderno de primer nivel), el conocimiento de procesos civiles instaurados en contra

de diputados no es de competencia de la referida Corte, teniendo en cuenta que, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente en ese entonces –y referido en líneas anteriores- no existe fuero en materia civil, sino únicamente en materia penal; razón por la cual, la demanda derivada de la acción de daño moral debía tramitarse en el fuero común, es decir, ante cualquier juez civil de primera instancia, como en efecto se hizo, en razón que la causa fue tramitada y sentenciada en primer nivel por el juez décimo de lo Civil de Pichincha; es decir, el juzgador que conoció la misma era el juez natural competente para el demandado, por lo que no existe causa de nulidad en lo que a la competencia se refiere.

163. Ahora bien, respecto de la inmunidad parlamentaria, la Constitución Política vigente en 1998, en su artículo 137, establecía que:

> *"Art. 137.- Los diputados no serán civil ni penalmente responsables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones.*
>
> *No podrán iniciarse causas penales en su contra sin previa autorización del Congreso Nacional, ni serán privados de su libertad, salvo en el caso de delitos flagrantes. Si la solicitud en que el juez competente hubiera pedido autorización para el enjuiciamiento no fuere contestada en el plazo de treinta días, se la entenderá concedida. Durante los recesos se suspenderá el decurso del plazo mencionado.*
>
> *Las causas penales que se hayan iniciado con anterioridad a la posesión del cargo, continuarán tramitándose ante el juez competente.*

164. Asimismo, la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en sus artículos 60 y 61 prescribía que:

> *Art. 60.- Los diputados gozarán de inmunidad parlamentaria durante el período para el cual fueron elegidos, salvo el caso de delito flagrante, que deberá ser calificado por el Congreso Nacional.*
>
> *Art. 61.- Los diputados no serán penal ni civilmente responsables por las opiniones, y votos emitidos en el desempeño de sus funciones.*

165. Es decir, con estas disposiciones normativas, se establecía inviolabilidad a favor de los diputados, pues, aquellos eran irresponsables tanto en el ámbito civil como en el penal por los votos y opiniones que emitían a propósito del cargo que ejercían en el parlamento.

166. Mientras que la inmunidad de forma o antejuicio, quedaba únicamente reservada para los procesos penales y para las detenciones, siendo un requisito de procedibilidad, la autorización del Congreso Nacional para que puedan ser procesados ante el juez competente del fuero común.

167. De lo anterior, se concluye claramente que el tribunal de apelación de manera equivocada, estableció que el fuero y la inmunidad parlamentaria son lo mismo, sin tener en cuenta que cada una de estas instituciones jurídicas es de naturaleza diferente, y por lo tanto, sus consecuencias también lo son, pues, como se dijo en líneas anteriores, la una ataca a la competencia del juzgador que conoce de una causa penal en la que un legislador se encuentra inmerso; y, la otra se refiere a la irresponsabilidad del legislador en los ámbitos civil y penal –inmunidad de fondo-, por un lado; y, por otro, al requisito de procedibilidad (autorización del Parlamento) para poder procesar a un legislador –inmunidad de forma- ante cualquier juzgador que sea competente, de acuerdo a las reglas previamente establecidas en las disposiciones normativas respectivas que regulan la competencia.

168. Ahora bien, tanto el artículo 137 de la Constitución Política como el artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, vigentes a la época, establecen en su texto la irresponsabilidad del legislador en lo civil y en lo penal, por los votos y opiniones que emitan en ejercicio/desempeño de sus funciones.

169. En efecto, de acuerdo al análisis que realiza la sala de apelación sobre la expresión normativa "en ejercicio de sus funciones", el artículo 130 de la Constitución que determina los deberes y atribuciones del Congreso Nacional, no establece el emitir opiniones en medios de comunicación como uno de aquellos; así:

> *"Art. 130.- El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones:*
>
> *1. Posesionar al Presidente y Vicepresidente de la República proclamados electos por el Tribunal Supremo Electoral. Conocer sus renuncias; destituirlos, previo enjuiciamiento político; establecer su incapacidad física o mental o abandono del cargo, y declararlos cesantes.*
>
> *2. Elegir Presidente de la República en el caso del Art. 168, inciso segundo, y Vicepresidente, de la terna propuesta por el Presidente de la República, en caso de falta definitiva.*
>
> *3. Conocer el informe anual que debe presentar el Presidente de la República y pronunciarse al respecto.*
>
> *4. Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria.*
>
> *5. Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.*

6. Establecer, modificar o suprimir, mediante ley, impuestos, tasas u otros ingresos públicos, excepto las tasas y contribuciones especiales que corresponda crear a los organismos del régimen seccional autónomo.
7. Aprobar o improbar los tratados internacionales, en los casos que corresponda.
8. Fiscalizar los actos de la Función Ejecutiva y los del Tribunal Supremo Electoral y solicitar a los funcionarios públicos las informaciones que considere necesarias.
9. Proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional, del Presidente y Vicepresidente de la República, de los ministros de Estado, del Contralor General y Procurador del Estado, del Defensor del Pueblo, del Ministro Fiscal General; de los superintendentes, de los vocales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral, durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas.
El Presidente y Vicepresidente de la República sólo podrán ser enjuiciados políticamente por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, y su censura y destitución sólo podrá resolverse con el voto conforme de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso. No será necesario enjuiciamiento penal para iniciar este proceso.
Los demás funcionarios referidos en este número podrán ser enjuiciados políticamente por infracciones constitucionales o legales, cometidas en el desempeño del cargo. El Congreso podrá censurarlos en el caso de declaratoria de culpabilidad, por mayoría de sus integrantes.
La censura producirá la inmediata destitución del funcionario, salvo en el caso de los ministros de estado, cuya permanencia en el cargo corresponderá decidir al Presidente de la República.
Si de la censura se derivaren indicios de responsabilidad penal del funcionario, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento del juez competente.
10. Autorizar, con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal del Presidente y Vicepresidente de la República cuando el juez competente lo solicite fundadamente.
11. Nombrar al Procurador General del Estado, al Ministro Fiscal General, al Defensor del Pueblo, a los superintendentes; a los vocales del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Electoral y a los miembros del directorio del Banco Central; conocer sus excusas o renuncias, y designar a sus reemplazos.
En los casos en que los nombramientos procedan de ternas, éstas deberán ser presentadas dentro de los veinte días subsiguientes a la vacancia del cargo. De no recibirse tales ternas en este plazo, el Congreso procederá a los nombramientos, sin ellas.
El Congreso Nacional efectuará las designaciones dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de recepción de cada terna. De no hacerlo, se entenderá designada la persona que conste en el primer lugar de dicha terna.
12. Elegir por mayoría de las dos terceras partes de sus integrantes la terna para la designación del Contralor General del Estado. Se procederá de la misma manera para reemplazarlo, en caso de falta definitiva.
13. Aprobar el presupuesto general del Estado y vigilar su ejecución.
14. Fijar el límite del endeudamiento público, de acuerdo con la ley.
15. Conceder amnistías generales por delitos políticos, e indultos por delitos comunes, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes. En ambos casos, la decisión se justificará cuando medien motivos humanitarios. No se concederá el indulto por delitos cometidos contra la administración pública y por los delitos mencionados en el inciso tercero del número 2 del Art. 23.
16. Conformar las comisiones especializadas permanentes.
17. Las demás que consten en la Constitución y en las leyes.

170. Sin embargo, no podemos abstraernos del hecho constante en la sentencia de segundo nivel según el cual, el demandado concurrió en calidad de diputado a las entrevistas en las que emitió las opiniones que, según el actor, configurarían daño moral en su contra, de acuerdo a la trascripción de las entrevistas que el tribunal ad quem reproduce de los fundamentos del contenido de la demanda presentada:

*"[…] **Narváez:** La revista Vistazo que ya está en circulación trae reveladores datos respecto al llamado acuerdo de fusión entre los bancos Cofiec y Progreso. **El diputado Fernando Rosero, quien denunció este caso durante la interpelación al entonces Superintendente de***

Bancos Juan Falconi, es nuestro invitado a partir este momento, aquí en vivo, en Contacto Directo […] Jairala: Siete y treinta y siete, ustedes deben recordar que en febrero del año 2001 ***el diputado Fernando Rosero González cuestionó el proceso de fusión que se siguió en este tema, la fusión a la que me refiero es Filanbanco y la Previsora****. Hace pocos días el 20 de junio,* ***el Procurador ha dado la razon al diputado Rosero*** *cuando ya emitió pues, una providencia, un escrito en el que señala presuntas responsabilidades […] [sic] [énfasis fuera de texto]."*

171. De tal manera que, si bien el conceder entrevistas a medios de comunicación y emitir opiniones en las mismas no consta taxativamente como una atribución de las establecidas en el artículo 130 de la Constitución, no se puede soslayar el hecho de que la calidad de diputado es inescindible de la persona que ejerce dicha función, más aun cuando el demandado fue invitado como diputado por los medios de comunicación, para dar sus opiniones respecto de la facultad fiscalizadora que ejerció en su momento en contra del hoy actor.

172. Es decir, no se puede esperar que cuando un legislador emita opiniones en un medio de comunicación respecto a la función que ejerce, abandone momentáneamente dicha calidad para dar la entrevista, y vuelva a tenerla cuando esta finalice, sino que por el contrario, en el presente caso, las opiniones vertidas en los medios de comunicación –ECUAVISA y TC TELEVISION- fueron realizadas con ocasión de la atribución fiscalizadora que ostentaba el demandado, determinada en los numerales 8[62] y 9[63] del artículo 130 de la Constitución Política, que la ejerció al ser diputado y miembro de la Comisión de Fiscalización y Control Político del Congreso desde agosto de 1998 hasta el 4 de enero de 2003, conforme consta a fojas 68 con la copia certificada del oficio 3286-SCN de 21 de septiembre de 2001, suscrito por el doctor Andrés Aguilar Moscoso, Secretario General del Congreso Nacional.

173. Mediante dicha atribución fiscalizadora, no solo del hoy demandado, sino del Congreso Nacional en su conjunto, se llamó a juicio político al hoy actor como Superintendente de Bancos, en el cual el demandado actuó como interpelante, juicio en el que se lo censuró y destituyó de su cargo.

174. En este orden de cosas, queda en evidencia que las opiniones emitidas por el demandado en los medios de comunicación referidos, fueron realizadas en su calidad de legislador, miembro de la Comisión de Fiscalización y Control Político del Congreso Nacional, y de legislador interpelante en el juicio político iniciado en contra del actor, por lo que, dichas opiniones emitidas se encontraban protegidas por la inviolabilidad que tanto el artículo 137 de la Constitución Política como el 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, confería a los legisladores.

175. De tal manera que, la inviolabilidad o inmunidad de fondo concedida constitucional y legalmente a los legisladores –como se explicó en líneas anteriores- no permite realizar el juicio de atribución de responsabilidad civil en contra del hoy demandado, razón por la cual, la acción de daño moral no puede prosperar en este contexto de irresponsabilidad establecida por el ordenamiento jurídico aplicable a los hechos debatidos.

[62] 8. Fiscalizar los actos de la Función Ejecutiva y los del Tribunal Supremo Electoral y solicitar a los funcionarios públicos las informaciones que considere necesarias.

[63] 9. Proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional, del Presidente y Vicepresidente de la República, de los ministros de Estado, del Contralor General y Procurador del Estado, del Defensor del Pueblo, del Ministro Fiscal General; de los superintendentes, de los vocales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral, durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas.

VI. DECISIÓN DE LA SENTENCIA

176. Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ***"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"****, resuelve:*

1) Aceptar parcialmente el recurso de casación presentado por el demando Fernando Rosero González, únicamente en lo que tiene ver con el caso quinto del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es, incumplimiento del requisito de motivación en la sentencia de segunda instancia.

2) Casar la sentencia de segunda instancia emitida por el tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 15 de noviembre de 2018, las 15h39.

3) Negar la demanda presentada por el actor Juan Falconí Puig, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.

4) Devuélvase el monto consignado como caución a la parte recurrente.

5) Sin costas que declarar.

6) Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al tribunal de origen. ***Notifíquese y devuélvase.***

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 07333-2019-01514

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Roberto Guzmán Castañeda**

ACCIÓN
COBRO DE DINERO

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En la presente sentencia, el tribunal de casación resolvió negar el recurso interpuesto en contra de la resolución de última instancia, toda vez que el mismo no se encontraba debidamente sustentado, en atención a la causal alegada, y porque luego del análisis respectivo no se encontró ningún error en la valoración de la prueba.

Quito, martes 19 de septiembre del 2023, las 16h14

I. ANTECEDENTES

a) Relación de la decisión impugnada.

1. En el juicio ordinario que sigue Carlos Alberto Jorge Espinosa Montalvo, gerente general de la compañía MELITRAN S.A. DE TRANSPORTE POR CARGA DE CARRETERA en contra de Kelvin Jefferson Gonzalez Suarez y Alfonso Liborio Gonzalez Cum, presidente y gerente general, respectivamente, de la compañía DIALINSPEC S.A., el juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Machala, emitió sentencia en la que declaró parcialmente con lugar la demanda presentada por cobro de dinero.

2. En contra de esta sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, mismo que fue conocido por el tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, el cual rechazó el recurso de apelación presentado mediante sentencia de 10 de diciembre de 2020, a las 16h53, en la que confirmó la sentencia subida en grado.

b) Actos de sustanciación del recurso de casación.

3. Inconforme con la sentencia dictada por el tribunal de apelación, el demandado interpone recurso de casación dentro del término establecido por el artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, y, en base al caso contenido en el numeral 4 del artículo 268 *ibídem*.

4. En dicho recurso, el casacionista solicitó que se fije caución para suspender la ejecución de la sentencia recurrida, monto que fue fijado y caucionado por el recurrente, de tal modo, que la ejecución de la sentencia se encuentra suspendida.

5. La doctora Rita Annabel Bravo Quijano, conjueza nacional, mediante auto de 12 de abril de 2021, a las 15h42, admitió el recurso interpuesto.

c) Normas jurídicas infringidas y cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada.

6. De acuerdo al auto de admisión del recurso, el casacionista impugna la sentencia de apelación por el caso cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

7. El caso cuarto se refiere a cuando se ha incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia.

8. El recurrente, en su fundamentación oral, cita la infracción de las siguientes disposiciones normativas: artículos 152, 161, inciso primero y segundo del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos; artículo 818 del Código de Comercio; y, artículos 1671 y 1672 del Código Civil.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia.

9. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); David Jacho Chicaiza; y, Wilman Terán Carrillo, es competente para conocer y resolver este proceso, de conformidad con la resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

10. Sobre la base de esta Resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-P-CNJ-2021, y 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

11. El doctor Wilman Terán, presentó su renuncia al ser elegido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social como vocal del Consejo de la Judicatura, por lo que mediante acción de personal 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo de 2023, se designó al doctor Luis Adrián Rojas Calle, conjuez nacional, para que lo reemplace definitivamente.

12. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la

Constitución de la República[1]; 184[2] y 190 numeral 1[3] del Código Orgánico de la Función Judicial; y, primer inciso del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos[4].

2.2. Validez procesal.

13. En la tramitación de este proceso, no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad el mismo, ni inobservancia por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución de la República; y, por otro, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

2.3. Audiencia pública y de fundamentación del recurso de casación.

14. Según la disposición contenida en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos y de conformidad con las reglas generales previstas, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la que se llevó a cabo el 21 de agosto de 2023, a las 14h30; y, una vez que finalizó el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *ibídem*.

III. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO PRESENTADO POR LA PARTE DEMANDADA

15. El demandado menciona que el artículo 152 del COGEP, determina que la parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación; y, el artículo 161 ibídem, establece que la conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.

16. Manifiesta que en base a estos artículos, cuando se contestó la demanda, se propuso la compensación, porque el transportista incurrió en dos hechos: un accidente de tránsito/transporte que no permitió que se exporten 960 cajas de banano y, como consecuencia, la empresa demandada tuvo que pagar las pérdidas; y, por otra parte, la irresponsabilidad del transportista que no entregó a tiempo la fruta y que no permitió que se embarquen 1080 cajas de banano, por lo que la suma que debía compensarse era de $ 44.363.72.

17. En esta virtud, contestó la demanda de acuerdo a los artículos 1671 y 1672 del Código Civil, para que opere la compensación por el solo ministerio de la ley y se declare extinguida la obligación, pues se trataba de dos cosas fungibles de igual género y calidad, esto es, la deuda de valores que mutuamente se debían entre actor y el demandado.

18. Que consecuentemente, se incumplió el artículo 818 del Código de Comercio, que prescribe: "Las pérdidas y averías que sufra la mercancía durante el transporte, y que sean ocasionadas por caso fortuito o fuerza mayor en la operación de traslado, serán asumidas por el generador de carga, destinatario o consignatario. El transportista será responsable únicamente en los siguientes casos: a) Si por dolo o culpa suya o de sus dependientes o auxiliares, se hubieren ocasionado los daños a la mercancía; b) Si en caso de accidente o avería no se emplean to-

[1] Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.

[2] Art. 184.- Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

[3] Art. 190.- Competencia de la sala de lo civil y mercantil.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

[4] Art. 269.- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley.

dos los cuidados necesarios para precautelar y atenuar los efectos de los mismos en el estado la carga trasladada; y, c) Si durante la carga, traslado, custodia o descarga de la mercancía no se hubieran empleado las recomendaciones, cuidados y atenciones proporcionadas por el generador, remitente, destinatario o consignatario de la carga".

19. Que respecto a los dos hechos antes mencionados, aquellos provocaron daños y perjuicios en un monto de $ 44.363.72.

20. Sobre este particular, al contestar la demanda, adjuntó como anuncio de prueba, documentos electrónicos, documentos digitales, considerados como documentos originales, conforme lo manda el artículo 202 del COGEP; sin embargo, en la sentencia se los toma como copias simples, a los correos electrónicos que fueron agregados oportunamente.

21. Que la deuda que tenía la Compañía MELITRAN S.A., parte accionante, a favor de la Compañía DIALINSPEC S.A., demandada, fue aceptada en su momento oportuno, y por este motivo, se realizaron descuentos mensuales durante dieciocho meses, aceptados en forma expresa y tácita por la compañía accionante. En forma expresa porque reconocieron que la misma tenía que devolver el valor antes referido, y aceptó el descuento permanente que por 18 meses se realizó.

22. Estos hechos fueron debidamente fundamentados con la documentación que oportunamente se presentó como prueba, y que el juez de primera instancia no aceptó, al igual que el tribunal de apelación, dejándole en indefensión.

23. Que no se aplicó debidamente los preceptos jurídicos establecidos en los artículos 152 y 161 del COGEP al rechazar las pruebas, aduciendo la Corte Provincial, que: "... si el juez determinó que la prueba de copias simples de correos electrónicos, fotografías y discos no era conducente, no era pertinente y no era útil para el objeto del proceso, podría en base a la sana crítica inadmitirlas...", con lo cual, se le dejó en indefensión y no se aceptó la compensación aducida en la contestación a la demanda.

24. Para probar la compensación, se solicitó se agregue la documentación y la práctica de las diligencias tendientes a demostrar los hechos alegados y probados oportunamente, sin embargo de ello, la Corte Provincial no aceptó las pruebas anunciadas y presentadas, por lo que, al negársele esas pruebas, se lo dejó en completa indefensión.

25. Por ello, al negarse el recurso de apelación, se incurrió en aplicación indebida de lo dispuesto por los artículos 152 y 161 del Código Orgánico General de Procesos, y consecuentemente, no se aplicó las normas de derecho sustantivo establecidas en los artículos 1671 y 1672 del Código Civil, al haberse hecho una aplicación indebida del artículo 169, incisos primero y segundo del Código Orgánico General de Procesos, que indica que es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.

26. En aplicación de estas normas, en otras sentencias que se han dictado, se ha aceptado la compensación de crédito, como por ejemplo, en las emitidas en Gaceta Judicial, COMPENSACION DE CREDITOS, 23-nov-1993; Gaceta Judicial, PAGO POR COMPENSACION, 05-abr-1994; Gaceta Judicial, COMPENSACION DE DEUDA EN ORO, 17-jun-1930; Gaceta Judicial, PAGO POR COMPENSACION, 21-may-1959.

27. Solicita que se case la sentencia recurrida, se la revoque, rectificando los errores en que han incurrido los juzgadores de segunda instancia, y se declare extinguida la obligación por medio de la compensación.

IV. CONTRADICCIÓN DE LA PARTE ACTORA

28. La parte actora menciona que en el recurso de casación no procede solicitar que se tome en cuenta la prueba, conforme el último inciso del artículo 270 del COGEP.

29. La parte demandada no cumplió con el artículo 142 numeral 7 del COGEP, pues, el juez no puede convertirse en oficioso y aportar la prueba.

30. Que respecto al inciso primero del artículo 164 del COGEP, el recurrente no realizó ni lo uno ni lo otro, pues, alega que se anexó documentos digitales tal como lo determina el artículo 202 *ibídem*, y la prueba digital debe ser evaluada por un perito, conforme lo establece el artículo 221.

31. Que en la contestación de la demanda, el demandado ha alegado la compensación, y tal como lo establece el artículo 1672 del Código Civil, aquella opera por el solo ministerio de la ley, y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas

se extinguen recíprocamente en sus respectivos valores, desde que una y otra reúnen las calidades siguientes: 1.- Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas, de igual género y calidad; 2.- Que ambas deudas sean líquidas; y, 3.- Que ambas sean actualmente exigibles. Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.

32. Asimismo, el artículo 1673 *ibídem* establece que para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras. Sin embargo, en el presente caso, la parte actora no le adeudaba valor alguno a la parte demandada, sino que de manera arbitraria, se le descontaron valores.

33. El recurso no ha sido sustentado técnicamente, porque se está pidiendo que se valore nuevamente la prueba, por lo que solicita que se deseche el mismo y se confirme la sentencia de segunda instancia.

V. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

34. De acuerdo con lo expuesto en el recurso de casación, este tribunal de justicia para resolver las impugnaciones del presente caso, plantea el siguiente problema jurídico:

i) Verificar si el tribunal de alzada aplicó indebidamente los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 152, 161, 169 incisos primero y segundo del Código Orgánico General de Procesos, inaplicando, como consecuencia, los artículos 1671 y 1672 del Código Civil.

VI. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA

35. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas[5].

36. La motivación es la justificación de la decisión judicial[6] y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión[7], en un sentido u otro[8]; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho[9].

37. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español, respecto de la concepción racionalista de la motivación –misma que ha sido acogida por aquel- ha sostenido que:

> "[…] lo que […] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho […]".[10]

38. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprocesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la

[5] Cfr. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 227-12-SEP, Caso 1212-11-EP, 21 de junio de 2012, la que establece, ciertos parámetros o guías para la determinación de una decisión motivada. Dicha sentencia se cita con frecuencia en el repertorio de jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional, así: (1) Sentencia 020-13-SEP-CC, Caso 0563-12-EP, 30 de mayo de 2013. (2) Sentencia 097-13-SEP-CC, Caso 1614-11-EP, 26 de noviembre de 2013. (3) Sentencia 123-13-SEP-CC, Caso 1542-11-EP, 19 de diciembre de 2013. (4) Sentencia 023-14-SEP-CC, Caso 2044-11-EP, 29 de enero de 2014 (5) Sentencia 048-15-SEP-CC, Caso 1657-12-EP, 25 de febrero de 2015. (6) Sentencia 332-15-SEP-CC, Caso 0418-14-EP, 30 de septiembre de 2015, entre otras. En la actualidad, sobre la motivación cfr. (1) Caso No. 18989-12-EP, 04 de diciembre de 2019. (2) Caso No. 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019.

[6] Entendida en el marco de una concepción racionalista de la motivación.

[7] En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.

[8] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pág. 187-188.

[9] Nieto, Alejandro, *Arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pág. 157.

[10] Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.

decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar[11]; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso[12],[13].

39. En la función extraprocesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad[14] de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica[15].

40. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

> "[…] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión […]"[16] […] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha […]".[17]

41. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente.

42. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.[18]

43. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que

---

[11] Artículo 8. Garantías Judiciales. (…) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 que determina que: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

[12] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, pág. 189-191.

[13] A este respecto, es importante mencionar que, inclusive en derecho comparado, específicamente en sistemas de *common law*, se ha establecido en sus precedentes, que el deber de motivar o de justificar las decisiones judiciales es a la vez, una función del debido proceso, y por tanto, de justicia; y, que su fundamento tiene dos funcionalidades. La primera se refiere a que la justicia, exige que los sujetos procesales –especialmente la parte a quien se le ha rechazado su pretensión- sepan por qué han ganado o perdido –coloquialmente hablando- el proceso, pues, si no se justifica la decisión, quien no ha obtenido el resultado esperado en el proceso judicial, no sabrá si el tribunal se ha desviado en la aplicación del derecho, y por lo tanto, pueda considerar que tiene fundamento para impugnar sobre el fondo del asunto. La segunda funcionalidad es que el deber de motivación 'concentra la mente', por lo que, si se cumple, es mucho más probable que la decisión se base sólidamente en la evidencia presentada. (Sentencia de al *Court of Appeal* inglesa, caso *Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*)

[14] El juicio de predictibilidad es una suerte razonamiento argumentativo que parte de las acciones que realiza un sujeto en un determinado momento; que establece cuál es el derecho que corresponde aplicar a esas conductas; y, que infiere con claridad meridiana cuál será el contenido de las decisiones de los servidores públicos si aplican ese derecho a las acciones en cuestión.

[15] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, pág. 191.

[16] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.

[17] CASO V.R.P., V.P.C.* Y OTROS VS. NICARAGUA, sentencia de 8 de marzo de 2018 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 254-255.

[18] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción*, pág. 189.

obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.[19]

44. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

45. A esto se agrega que, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21, ha explicado cuál es el criterio rector de la garantía de motivación, mismo que se extrae del contenido de la disposición recogida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución de la República, el cual tiene que ver con la exigencia de una argumentación jurídica suficiente que abarca la estructura de una resolución mínimamente completa –y no con la corrección de la misma-, exigencia que impone al órgano jurisdiccional, la obligación de "i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron los juzgadores y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho".[20]

46. El criterio rector en tratándose de la motivación, y respecto de la disposición constitucional, tiene que ver con la exigencia mínima de motivación suficiente que se le exige al juzgador –mas no correcta-, lo cual obliga a este último a no solo enunciar las normas o principios jurídicos en que se apoyaron los jueces, sino también a enunciar los hechos del caso, con la finalidad de que se explique a su vez, la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.

47. En este sentido, para que una resolución se considere motivada, en los términos de la referida disposición constitucional, debe contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.[21]

48. Así, la deficiencia en la motivación puede verificarse a través de tres tipos básicos: a) la inexistencia de motivación; b) la insuficiencia de motivación; y, c) la apariencia de motivación.

49. La inexistencia de motivación tiene lugar cuando la resolución judicial no tiene fundamentación normativa ni fáctica; la insuficiencia de motivación por su parte, se verifica cuando la decisión tiene "alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica", pero alguna de aquellas o ambas no cumplen con el estándar de suficiencia.[22]

50. La apariencia ocurre cuando a primera vista, una resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad.[23]

51. Existe el vicio de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se evidencia una contradicción entre los enunciados que componen aquellas –incoherencia lógica-, o una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión –incoherencia decisional-.[24]

52. La inatinencia se configura cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se dan razones que no tienen relación con la controversia, ni con la conclusión final de la argumentación.[25]

[19] Taruffo, Michele, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba" en *Discusiones: prueba, conocimiento y verdad*, Año III, No. 3, pág. 89-90. http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44675.pdf (Acceso 05/09/2022).
[20] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 58.
[21] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.
[22] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 67-70.
[23] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.
[24] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.73-75.
[25] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.80.

53. La incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.[26]

54. Finalmente, la incomprensibilidad se da cuando un fragmento del texto, ya sea oral o escrito, que contiene la argumentación fáctica o normativa no es inteligible en términos de razonabilidad para un profesional del Derecho o para un ciudadano.[27]

55. Por ello, en cumplimiento de dicha obligación convencional, constitucional y legal, dentro del modelo de Estado garantista de derechos, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

6.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

56. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

57. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso.

58. A la vez, el artículo 169 de la Constitución de la República prescribe que:

> El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

59. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

60. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos:

> "[…] el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos".[28]

61. Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.

62. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana señala que el derecho a la tutela judicial efectiva,[29] que prescribe el artículo 75 de la Constitución de la República, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

63. A su vez, la Corte Constitucional[30] desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley.[31] Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así

[26] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.
[27] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 95.
[28] González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), pág. 27.
[29] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.
[30] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 134-15-SEP-CC, Caso 0342-12-EP, 29 de abril de 2015; (2) Sentencia 278-15-SEP-CC, Caso 0398-15-EP, de 28 de agosto de 2015.
[31] Cfr. En un sentido similar: Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 224-14-SEP-CC, Caso 1836-11-EP, 10 de diciembre de 2014, al establecerse como presupuestos de la tutela: (1) acceso a la justicia; (2) debida diligencia sustanciación causa (inmediación, celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia y economía procesal; (3) defensa; y, (4) motivación y ejecución sentencia.

como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.[32]

64. Por su parte, la Corte Constitucional vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se presenta como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales.[33]

65. Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

66. El artículo 8.1 del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

67. Este artículo tiene relación con el artículo 25 sobre la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

68. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando cuando diversos casos son sometidos a su conocimiento, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

69. Es decir, este derecho complejo –debido proceso- que implica, a su vez otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.[34]

70. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica .

71. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidad la seguridad jurídica en su dimensión objetiva.[35]

72. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación

[32] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014. 2) Sentencia N° 1943-12-EP/19, Caso N° 1943-12-EP. 3) Sentencia N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, de 08 de enero de 2020. De forma similar, se pronuncia en: 1) Sentencia No. 052-13-SEP- CC, caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 006-13-SEP-CC, Caso No. 0614-12-EP; Sentencia No. 012-13-SEP-CC, caso No. 0253-11-EP; Sentencia No. 018-13-SEP-CC, Caso No. 0201-10-EP; Sentencia No. 021-13-SEP-CC, Caso No. 0960-10-EP; Sentencia No. 029-13-SEP-CC, caso No. 2067-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 041-13-SEP-CC, Caso No. 0470-12-EP; Sentencia No. 047-13-SEP-CC, Caso No. 1608-11-EP; Sentencia No. 049-13-SEP-CC, Caso No. 1450-12-EP; Sentencia No. 051-13-SEP-CC, Caso No. 0858-11-EP; Sentencia No. 052-13-SEP-CC, Caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 084-13-SEP-CC, Caso No. 1607-11-EP; Sentencia No. 091-13-SEP-CC, Caso No. 1210-12-EP; Sentencia No. 100-13-SEP-CC, Caso No. 0642-12-EP.

[33] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.

[34] Gozaíni, Osvaldo, *Ob. cit.*, pág. 24.

[35] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.

uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna.[36]

73. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.[37]

74. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben —por lo regular— analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

75. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

6.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil

76. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o 'ruptura' de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido.[38]

77. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.[39]

78. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación –en el que los poderes del tribunal *ad quem* no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso-, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y a expresarlo en la fundamentación de su recurso.

79. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.[40]

80. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*.

81. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que

[36] MALEM, Jorge, "Inseguridad jurídica, pobreza y corrupción" en *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, ed. Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2018, pág. 22.

[37] MALEM, Jorge, *Ob. cit.*, pág. 23.

[38] Rodríguez-Zapata, Jorge, *Fundamentos de lo contencioso-administrativo*, Madrid, Tecnos, 2019. ISBN: 978-84-309-7843-4

[39] Ibíd.

[40] Taruffo, Michele, *La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile*, Boloña, Il Mulino, 1991, pág. 72-73.

se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".[41]

82. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición –casacional-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva[42]. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.[43]

83. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.

84. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.[44]

85. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber:

i) Son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado;

ii) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y,

iii) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

6.3. Análisis y resolución.

86. El demandado menciona que el artículo 152 del COGEP, determina que la parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación; y, el artículo 161 ibídem, establece que la conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.

87. Manifiesta que en base a estos artículos, cuando se contestó la demanda, se propuso la compensación, porque el transportista incurrió en dos hechos: un accidente de tránsito/transporte que no permitió que se exporten 960 cajas de banano y, como consecuencia, la empresa demandada tuvo que pagar las pérdidas; y, por otra parte, la irresponsabilidad del transportista que no entregó a tiempo la fruta y que no permitió que se embarquen 1080 cajas de banano, por lo que la suma que debía compensarse era de $ 44.363.72.

[41] Nájera, Mario, *Derecho Procesal Civil*, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.
[42] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.
[43] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.
[44] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

88. En esta virtud, contestó la demanda de acuerdo a los artículos 1671 y 1672 del Código Civil, para que opere la compensación por el solo ministerio de la ley y se declare extinguida la obligación, pues se trataba de dos cosas fungibles de igual género y calidad, esto es, la deuda de valores que mutuamente se debían entre actor y el demandado.
89. Que consecuentemente, se incumplió el artículo 818 del Código de Comercio, que prescribe: "Las pérdidas y averías que sufra la mercancía durante el transporte, y que sean ocasionadas por caso fortuito o fuerza mayor en la operación de traslado, serán asumidas por el generador de carga, destinatario o consignatario. El transportista será responsable únicamente en los siguientes casos: a) Si por dolo o culpa suya o de sus dependientes o auxiliares, se hubieren ocasionado los daños a la mercancía; b) Si en caso de accidente o avería no se emplean todos los cuidados necesarios para precautelar y atenuar los efectos de los mismos en el estado la carga trasladada; y, c) Si durante la carga, traslado, custodia o descarga de la mercancía no se hubieran empleado las recomendaciones, cuidados y atenciones proporcionadas por el generador, remitente, destinatario o consignatario de la carga".
90. Que respecto a los dos hechos antes mencionados, aquellos provocaron daños y perjuicios en un monto de $ 44.363.72.
91. Sobre este particular, al contestar la demanda, adjuntó como anuncio de prueba, documentos electrónicos, documentos digitales, considerados como documentos originales, conforme lo manda el artículo 202 del COGEP; sin embargo, en la sentencia se los toma como copias simples, a los correos electrónicos que fueron agregados oportunamente.
92. Que la deuda que tenía la Compañía MELITRAN S.A., parte accionante, a favor de la Compañía DIALINSPEC S.A., demandada, fue aceptada en su momento oportuno, y por este motivo, se realizaron descuentos mensuales durante dieciocho meses, aceptados en forma expresa y tácita por la compañía accionante. En forma expresa porque reconocieron que la misma tenía que devolver el valor antes referido, y aceptó el descuento permanente que por 18 meses se realizó.
93. Estos hechos fueron debidamente fundamentados con la documentación que oportunamente se presentó como prueba, y que el juez de primera instancia no aceptó, al igual que el tribunal de apelación, dejándole en indefensión.
94. Que no se aplicó debidamente los preceptos jurídicos establecidos en los artículos 152 y 161 del COGEP al rechazar las pruebas, aduciendo la Corte Provincial, que: "... si el juez determinó que la prueba de copias simples de correos electrónicos, fotografías y discos no era conducente, no era pertinente y no era útil para el objeto del proceso, podría en base a la sana crítica inadmitirlas...", con lo cual, se le dejó en indefensión y no se aceptó la compensación aducida en la contestación a la demanda.
95. Para probar la compensación, se solicitó se agregue la documentación y la práctica de las diligencias tendientes a demostrar los hechos alegados y probados oportunamente, sin embargo de ello, la Corte Provincial no aceptó las pruebas anunciadas y presentadas, por lo que, al negársele esas pruebas, se lo dejó en completa indefensión.
96. Por ello, al negarse el recurso de apelación, se incurrió en aplicación indebida de lo dispuesto por los artículos 152 y 161 del Código Orgánico General de Procesos, y consecuentemente, no se aplicó las normas de derecho sustantivo establecidas en los artículos 1671 y 1672 del Código Civil, al haberse hecho una aplicación indebida del artículo 169, incisos primero y segundo del Código Orgánico General de Procesos, que indica que es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.
97. En aplicación de estas normas, en otras sentencias que se han dictado, se ha aceptado la compensación de crédito, como por ejemplo, en las emitidas en Gaceta Judicial, COMPENSACION DE CREDITOS, 23-nov-1993; Gaceta Judicial, PAGO POR COMPENSACION, 05-abr-1994; Gaceta Judicial, COMPENSACION DE DEUDA EN ORO, 17-jun-1930; Gaceta Judicial, PAGO POR COMPENSACION, 21-may-1959.
98. Solicita que se case la sentencia recurrida, se la revoque, rectificando los errores en que han incurrido los juzgadores de segunda instancia, y se declare extinguida la obligación por medio de la compensación.
99. La causal cuarta hace relación a la infracción de preceptos jurídicos de valoración de la prueba que provocan, de manera indirecta, la no aplicación o equivocada aplicación de normas sustantivas, lo cual tiene que ver necesariamente con los casos de yerro en la valoración probatoria.
100. De tal manera que, no le corresponde al tribunal de casación, revalorizar prueba, ni mucho

menos controlar o juzgar los motivos que formaron el razonamiento probatorio del tribunal *ad quem*, respecto de un determinado cúmulo de medios de prueba, toda vez que, el proceso de valoración de aquellos es una atribución reservada únicamente a los jueces y tribunales de instancia. Así, la potestad que tiene el tribunal de casación se circunscribe solamente a controlar que en ese proceso de valoración probatoria, no se hayan aplicado indebidamente o dejado de aplicar o interpretado erróneamente normas procesales que regulan la valoración de la prueba, yerros que han conducido o traído como consecuencia la transgresión de normas sustantivas o materiales.[45]

101. De ahí que, quien recurre con base en esta causal, debe argumentarla técnicamente, es decir, se debe evidenciar un yerro probatorio con exactitud, cumpliendo con los siguientes requisitos[47]: a) identificar con exactitud el medio de prueba específico que, a su juicio, ha sido valorado defectuosamente; 2) identificar con exactitud la **norma procesal que regula la valoración de la prueba** que, a juicio del recurrente, no ha sido aplicada, o ha sido aplicada indebidamente o ha sido interpretada erróneamente; 3) demostrar con lógica jurídica el nexo o vinculación entre los medios de prueba y las normas procesales que regulan la valoración, que han conducido al yerro alegado; y, 4) identificar con exactitud la norma sustancial o material que, como consecuencia del yerro probatorio, ha sido aplicada indebidamente o no ha sido aplicada.

102. Circunstancias que no han sido determinadas por el recurrente, quien únicamente ha manifestado que no se valorado la prueba documental presentada para justificar que la deuda se ha extinguido por compensación, pues, no se verifica argumento alguno que se refiera a un medio de prueba en específico en el que existiría un yerro probatorio; así como tampoco, se ha identificado cuál de los cuatro yerros probatorios posibles ha operado como consecuencia de la indebida aplicación de los artículos 152, 161 y 169 incisos primero y segundo del Código Orgánico General de Procesos.

103. Es decir, el recurrente debía identificar de manera clara y específica, si el error en que incurrió el tribunal de segunda instancia se dio porque: a) se valoró un medio de prueba que no estaba incorporado en el proceso; b) se omitió valorar un medio de prueba que está incorporado en el proceso que es de importancia para la decisión de la causa; c) se valoró medios de prueba que no han sido pedidos, presentados o practicados de acuerdo con la ley; o, d) se valoró un medio de prueba con transgresión de la norma específica que lo regula.[47]

104. Y, evidentemente, enlazarlo con la infracción de una disposición normativa que regule la valoración de un medio de prueba en específico –sea testimonial, documental o pericial-, puesto que, la alegación genérica de que se ha rechazado los medios de prueba presentados por el recurrente, no es un argumento debidamente sustentado, ni se corresponde con la naturaleza del recurso de casación.

105. A esto se agrega que, el vicio de indebida aplicación que ha sido acusado por el recurrente, en cuanto a la violación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba determinados en los artículos 152, 161 y 169 incisos primero y segundo del Código Orgánico General de Procesos, obliga a que aquel indique, de manera complementaria, los preceptos jurídicos aplicables a la valoración a la prueba que debieron ser aplicados en lugar de los indebidamente aplicados.

106. Sin embargo, el recurrente no ha señalado cuáles serían los preceptos que debieron aplicarse en lugar de los equivocados, lo que evidencia una incorrección en la fundamentación del recurso, la cual no puede ser subsanada por el tribunal de casación, pues, en virtud del principio dispositivo, el casacionista es quien debe determinar de manera clara dichos requisitos, para que el tribunal de casación pueda resolver sobre los mismos, sin incurrir en interpretación analógicas, extensivas, ni mucho menos intentar corregir los errores de fundamentación del recurso interpuesto.

107. En adición, los artículos constantes en el Código Orgánico General de Procesos, y que han sido señalados como indebidamente aplicados, son:

> Art. 152.- Anuncio de la prueba en la contestación. La parte demandada al contestar la

[45] Corte Suprema de Justicia, resolución 178 de 24 de junio de 2003, juicio 19-2003 Bravo vs. Palma. Ver también, Resolución 568 de 08 de noviembre de 1999, juicio 109-98 (Sarango vs. Merino), Registro Oficial 349 de 29 de diciembre de 1999.

[46] Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 178 de 24 de junio de 2003, juicio 19-2003 Bravo vs. Palma.

[47] Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 178 de 24 de junio de 2003, juicio 19-2003 Bravo vs. Palma.

demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación.
A este efecto, se acompañará la nómina de testigos indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otros similares.
Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.
Art. 161.- Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso.
La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.
Art. 169.- Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.
La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. […]

108. Dichos artículos se refieren a: a) que el anuncio de prueba para sustentar la contradicción, debe constar en la misma contestación a la demanda, indicando con precisión toda la información necesaria para su actuación; b) en qué circunstancias la prueba es considerada como conducente y pertinente; y, c) las reglas de la carga de la prueba.

109. En relación con el artículo 152 del COGEP que tiene que ver con el anuncio de la prueba en la contestación de la demanda, el recurrente –demandado-, en efecto, presentó el anuncio de los medios de prueba que iba a actuar para justificar su contradicción en la contestación a la demanda, medios sobre los cuales se pronunció el juez *a quo* en la audiencia preliminar, conforme consta de la respectiva acta, audiencia en la que decidió inadmitir algunos medios de prueba presentados por el demandado, conforme ha sido establecido y ratificado por el tribunal *ad quem* en su sentencia, en la que se menciona que el referido juez los inadmitió por no cumplir con los requisitos legales para su validez, ni tener relación con el objeto de la controversia.

110. Y, en aplicación de dicho artículo, el tribunal de segunda instancia, analizó el recurso de apelación con efecto diferido, que presentó el demandado respecto del auto interlocutorio de inadmisión de medios de prueba pronunciado en la audiencia preliminar, pues, el demandado sí presentó su anuncio probatorio conforme lo establece el artículo 152, el cual sí fue tomado en cuenta para su análisis en la audiencia preliminar, pero luego de aquel, varios medios de prueba fueron inadmitidos por considerarse que no tenían relación con la controversia y por no cumplir con los requisitos legales para su validez, por lo que dicho artículo fue debidamente aplicado por los jueces de apelación al momento de analizar el recurso de apelación de la inadmisión de la prueba, y de decidir rechazar el mismo por coincidir con las razones esbozadas por el juez de primer nivel.

111. De igual manera, el artículo 161 del COGEP que establece la conducencia y pertinencia de los medios de pruebas, como condición para su admisión, fue debidamente aplicado por el tribunal de segunda instancia, toda vez que, como se explicó en líneas anteriores, dicho tribunal analizó la decisión del juez *a quo*, de inadmitir varios medios de prueba por considerar que aquellos no tenían relación con la controversia –pertinencia-, conclusión a la que también arribó el tribunal de apelación, y lo cual devino en el rechazo del recurso de apelación en contra de la referida inadmisión.

112. Los incisos primero y segundo del artículo 169 del COGEP, determinan las reglas de la carga de la prueba, según las cuales: a) es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación; y, b) la parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

113. Es decir, dependiendo del contenido tanto de la demanda como de la contestación a aquella, corresponde establecer a quien le corresponde probar una proposición sobre hechos durante el proceso judicial, así, la pretensión de la parte actora es el cobro de dinero constante en unas

facturas, fundamentado en un contrato verbal de transporte de mercadería; mientras que la contradicción de la parte demandada se circunscribe a la extinción de dicha obligación por compensación, toda vez que, la parte actora le debe la cantidad de $ 44.363,72 a la parte demandada por concepto de daños y perjuicios ocasionados por pérdidas y/o averías que sufrió la mercadería objeto del contrato de transporte.

114. Así, al haber sostenido la parte demandada, que la obligación ha sido extinguida por compensación de créditos, se encuentra afirmando de manera explícita sobre la extinción de la obligación, por lo que le correspondía actuar medios de prueba que acrediten lo sostenido en su contestación, en aplicación del artículo 169 del COGEP.

115. En este sentido, se evidencia que, dicho artículo se encuentra debidamente aplicado por el tribunal de apelación, pues, en efecto, al recurrente –demandado- le correspondía, presentar medios de prueba para justificar su alegación de extinción de la obligación, por lo que, el referido tribunal al analizar dicha alegación estableció como hecho suficientemente justificado, en razón de la prueba constante en el proceso, la existencia de un acuerdo verbal entre los sujetos procesales, en el que tuvieron lugar actos de comercio, como es el traslado de la mercancía, en específico, el transporte de contenedores con fruta para exportación por puertos del país.

116. Sin embargo, para el tribunal de segunda instancia, no operó la compensación de créditos, pues, no se cumplía con los requisitos legales para el efecto: a) que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; b) que ambas deudas sean líquidas; y, c) que ambas deudas sean actualmente exigibles.

117. Y, para explicar aquello, el *ad quem* estableció que el presunto crédito compensado no ha sido reconocido por la otra parte, por lo que al cuestionarse su procedencia, le correspondía a la parte demandada justificar que dicho crédito respondía a las relaciones comerciales existentes entre las partes, o que la deuda había sido aceptada de manera expresa para que proceda la extinción de la obligación por compensación de créditos.

118. Pero, que la alegación de la parte demandada tiene que ver con que habría operado la compensación por los daños y perjuicios ocasionados por la parte actora por el accidente de tránsito y el retraso en la entrega de la mercancía que se transportaba.

119. De acuerdo con el tribunal de apelación, los daños y perjuicios no constituyen una deuda líquida ni cierta, debido a que la indemnización por estos conceptos debe ser declarada en vía judicial o haber sido reconocida de manera expresa por la parte que los causó, y que en el presente caso, la parte demandada ha aplicado la compensación por presuntos daños y perjuicios que no han sido reconocidos expresamente por la parte actora, ni determinado su monto exacto en sentencia.

120. Con estos antecedentes, queda claro que no se dejó en indefensión a la parte demandada –recurrente-, sino que los medios de prueba que fueron anunciados en la contestación a la demanda, no fueron admitidos por no cumplir con los requisitos legales para su validez, y por no tener relación con el objeto de la controversia, es decir, dicho pronunciamiento fue el resultado de la aplicación de las reglas que regulan la admisión de la prueba, constantes en el código procesal aplicable.

121. Por estas razones, conforme se ha explicado a lo largo del presente fallo, se rechaza el cargo casacional formulado con base en la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, al no existir indebida aplicación de los artículos 152, 161 y 169 incisos primero y segundo, *ibídem*.

122. Respecto de la violación indirecta, esto es, la no aplicación de los artículos 1671 y 1672 del Código Civil, no cabe pronunciamiento alguno, toda vez que se ha negado la existencia de la violación directa, como se ha explicado.

VII. DECISIÓN DE LA SENTENCIA

123. Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ***"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"****, por unanimidad resuelve:*

1) Declarar improcedente el recurso de casación presentado por el señor Alfonso Liborio Gonzalez Cum, gerente general de la compañía DIALINSPEC S.A., parte demandada, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.

2) En consecuencia, no casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, emitida el 10 de diciembre de 2020, a las 16h53.

3) Sin costas.

4) Entréguese el monto caucionado a la parte actora.

5) Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al tribunal de origen. ***Notifíquese y devuélvase****.*

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 20332-2018-00101

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Roberto Guzmán Castañeda**

ACCIÓN
NULIDAD DE CONTRATO Y ESCRITURA

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El tribunal de casación, luego del respectivo análisis de los argumentos del recurso presentado, rechazó el mismo por considerar que la sentencia recurrida sí se encontraba motivada (caso 2°), y además, porque no existió violación al principio de congruencia (caso 3°).

Quito, martes 25 de julio del 2023, las 11h18

I. ANTECEDENTES

a) Relación de la decisión impugnada.
1. En el juicio ordinario que sigue Victoria Flores Carrillo en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz, representado legalmente por Leopoldo Salomón Bucheli Mora y abogado Luis Enrique Portalanza Cali, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico; Luis Antonio Ayala Chaca y Cecilia Narcisa Egas Sellan; y, Francisco Rafael Lima Jara, notario público del cantón Santa Cruz, el juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, emitió sentencia rechazando la demanda presentada por nulidad de contrato y de escritura pública.
2. En contra de esta sentencia, la parte actora interpuso recurso de apelación, mismo que fue conocido por el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el cual rechazó el recurso de apelación presentado por la parte actora y confirmó la sentencia subida en grado.
b) Actos de sustanciación del recurso de casación.
3. Inconforme con la sentencia dictada por el tribunal de apelación, la actora interpone recurso de casación dentro del término establecido por el artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, y, en base a los casos 1, 2 y 3 del artículo 268 *ibídem*.
4. El doctor Pablo Loayza Ortega, conjuez nacional, mediante auto de 23 de septiembre de 2021, a las 09h21, dispuso a la recurrente que complete el escrito de fundamentación del recurso.
5. Una vez que la casacionista dio cumplimiento a lo dispuesto, el mencionado conjuez nacional, admitió a trámite el recurso, únicamente por las causales 2 y 3, mediante auto de 15 de noviembre de 2021, a las 12h31.
c) Normas jurídicas infringidas y cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada.
6. De acuerdo al escrito de fundamentación del recurso, el casacionista impugna la sentencia de apelación por los casos segundo y tercero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.
7. El caso segundo tiene lugar cuando la sentencia o auto no contiene los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se han adoptado decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumple con el requisito de motivación.
8. El caso tercero se verifica cuando se ha resuelto en la sentencia o auto lo que no es materia del litigio o se ha concedido más allá de lo demandado, o se ha omitido resolver algún punto de la controversia.
9. Y, en el referido escrito, cita la infracción de las siguientes disposiciones normativas: artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República; artículos 95 numeral 7 y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 89 y 90 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos.
10. En la audiencia de fundamentación del recurso señala los numerales 2, 3, 6 y del artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos, en concordancia con los artículos 89, 90, 91 y 92 *ibídem*.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia.
11. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); David Jacho Chicaiza; y, Wilman Terán Carrillo, es competente para conocer y resolver este proceso, de conformidad con la resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.
12. Sobre la base de esta Resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-P-CNJ-2021, y

114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

13. El doctor Wilman Terán, presentó su renuncia al ser elegido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social como vocal del Consejo de la Judicatura, por lo que mediante acción de personal 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo de 2023, se designó al doctor Luis Adrián Rojas Calle, conjuez nacional, para que lo reemplace definitivamente.

14. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución de la República[1]; 184[2] y 190 numeral 1[3] del Código Orgánico de la Función Judicial; y, primer inciso del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos[4].

2.2. Validez procesal.

15. En la tramitación de este proceso, no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad el mismo, ni inobservancia por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución de la República; y, por otro, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

2.3. Audiencia pública y fundamentos del recurso de casación.

16. Según la disposición contenida en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos y de conformidad con las reglas generales previstas, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la que se llevó a cabo el 03 de julio de 2023, a las 09h30; y, una vez que finalizó el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *ibídem*.

III. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO PRESENTADO POR LA PARTE ACTORA

a. Sobre el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

17. Sostiene que la sentencia recurrida no contiene en la parte superior, la fecha de su emisión, sino que aquella se obtuvo cuando se verificó la notificación de la sentencia al correo electrónico, el 17 de mayo de 2021.

18. Asegura que también carece del numeral 3 del artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, la identificación de las partes procesales, expuestas en el considerando tercero de la sentencia recurrida, la cual está incompleta e incorrecta respecto a la identificación de las partes que comparecieron a la audiencia del 6 de mayo de 2021, es decir, que ese contenido es incorrecto en la forma que consta en la parte dispositiva de la sentencia, pues, no corresponde a la información.

19. De igual manera, en lo referente al numeral 6 del artículo 95 *ibídem*, la sentencia no contiene motivación alguna en referencia a la motivación de los hechos probados que son relativos para toda resolución, pues, en el numeral 6 de la sentencia que consta de doce líneas, se hace una descripción general, y no explica la pertinencia de los fundamentos de hecho en concordancia con los artículos 89, 90, 91 y 92 *ibídem*.

20. Es decir, que la motivación no es clara respecto al razonamiento táctico y jurídico, tampoco existe una clara valoración e interpretación de lo actuado en el proceso y la aplicación directa de las normas vigentes, no tiene congruencia en su contenido.

[1] Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.

[2] Art. 184.- Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

[3] Art. 190.- Competencia de la sala de lo civil y mercantil.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

[4] Art. 269.- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley.

21. Que dentro del expediente, la Secretaria de la Sala de la Corte Provincial, sentó la razón de que dicha sentencia, la notificación del 1 de julio se basa en la fecha que consta en el ESATJE, mas no en la sentencia escrita.
22. Que respecto de la identificación de las partes procesales, en el considerando tercero de la sentencia recurrida, está incorrecta, por lo que no cumple con el contenido del numeral 3 del artículo 95, toda vez que a la audiencia de segunda instancia comparecieron otras personas.
23. Que cuando menciona que no existe motivación, se refiere a las doce líneas constantes en el considerando sexto de la sentencia, en las que se realiza una descripción superficial de una parte de la documentación que existe en el expediente, pero no existe una explicación clara. El contenido no cumple con lo establecido en el numeral 6 del artículo 95 del COGEP, esto es, que la sentencia en la parte dispositiva adopta decisiones contradictorias a lo expuesto por la actora en la demanda inicial, así como en la subsanación dispuesta cuando se admitió las excepciones presentadas por la parte demandada.
24. Que lo que se demanda es la nulidad de contrato en escritura pública, objeto de la controversia, que en la segunda instancia no fue observada cuando fue subsanada la demanda.
25. Que se demandó la nulidad absoluta de contrato de compraventa en escritura pública, en base al artículo 215 del COGEP, que determina que los documentos públicos serán declarados nulos cuando no se han observado solemnidades prescritas por la ley, las ordenanzas o reglamentos respectivos, en concordancia con el artículo 205 *ibídem*.
26. Solicita que declare sin lugar la sentencia de segunda instancia porque no se ha cumplido lo establecido en el artículo 268 numeral 2, esto es, artículo 95 numerales 2, 3, 4 y 6, así como el artículo 268 numeral 3, esto es, que se omitió resolver sobre el punto de la controversia y la sentencia carece de motivación conforme se observa del expediente.
b. Sobre el caso tercero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.
27. Sostiene que se omitió resolver un punto de la controversia, pues, no se determinó si se cumplió o no las solemnidades de la ordenanza para la suscripción del contrato de compraventa y los defectos del cumplimiento de la ordenanza.

IV. CONTRADICCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

a. Abogada Karina Morales, defensa técnica de Francisco Rafael Lima Jara, Notario Público del cantón Santacruz.
28. Menciona que respecto al artículo 95, numerales 2 y 3 del COGEP, son temas formales, respecto de los cuales pudo solicitarse la respectiva aclaración.
29. Que, sobre la motivación, manifiesta que la sentencia cumple con los requisitos formales establecidos para la motivación, tanto por el COGEP como en la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia.
30. Sostiene que existe una confusión jurídica por parte de la recurrente, que se manifestó desde la primera audiencia, pues, el objeto de la controversia fue la nulidad de contrato en escritura pública, en este contexto, en el proceso debió hacerse un análisis sobre la nulidad de contrato, sin embargo, se habló de posesión, reivindicación, en base a una ordenanza, y en el análisis jurídico que realizó el tribunal de apelación, consta una distinción entre lo que es nulidad de contrato y de escritura pública, para establecer cuál es la naturaleza y para establecer que no podía caber la nulidad en este caso por ninguna de estas causales.
31. Que incluso en la parte expositiva y en la resolutiva, los jueces pese a establecer una distinción entre esos dos tipos de nulidades, establecen que no existe ningún tipo de vicio que posibilite declarar nulidad de ninguno de estos dos actos.
32. Que la casacionista no probó las causales 2 y 3 del artículo 268 del COGEP, por lo que solicita que se niegue el recurso interpuesto.
b. María Lorena Santillán, procuradora judicial de la alcaldesa y del procurador síndico del GAD municipal de Santacruz.
33. Sostiene que la recurrente no ha podido demostrar en qué parte existe la errónea interpretación, la falta de interpretación, ni la indebida aplicación.
34. Que la casación es un recurso técnico, y no es una tercera instancia para que se revisen hechos como pretende la actora.
35. Que respecto de la causal tercera el argumento se refiere a las solemnidades de una ordenanza, lo que evidencia una confusión de la parte que recurre, pues, si aquella es la pretensión, se debe

acudir a la vía contencioso administrativa y no la vía civil.

36. Sobre las formalidades de la sentencia que no se habrían cumplido, la actora no ha demostrado sus argumentos, y por el contrario, el tribunal de apelación ha identificado y aclarado los puntos de la Litis, toda vez que, desde la presentación de la demanda ha existido un desorden, por lo que la sentencia sí se encuentra motivada.

37. Solicita que se deseche el recurso de casación por no cumplir con las formalidades técnicas y específicas.

c. Dr. Ángel Chalem, defensa técnica de los codemandados, Luis Antonio Ayala Chaca y Cecilia Narcisa Egas Sellan.

38. Manifiesta que sí consta la hora y la fecha de la sentencia, y que también sí se identifica a las partes que participaron en el proceso.

39. Indica que hay una confusión respecto a la nulidad de un contrato contenido en la escritura pública y la nulidad de la escritura pública, la sentencia de segunda instancia establece claramente la distinción entre estos dos tipos de nulidad.

40. Solicita que no se case la sentencia porque no se han justificado las causales que supuestamente han sido infringidas en la sentencia.

c. Abg. Vicente Vallejo, representante de la Procuraduría General del Estado.

41. Sostiene que, respecto a la causal segunda, en el mismo recurso como en la audiencia, la casacionista menciona que ataca el numeral 6 de la sentencia, que se refiere a la relación de los hechos probados para la resolución, cuando el numeral que se refiere a la motivación es el 7, el cual no ha sido atacado.

42. Sobre la causal tercera, señala que no existen argumentos, y que, por el contrario, el núcleo del recurso se dirige a un ámbito que no corresponde al recurso de casación, en el que debía demostrarse la existencia de las causales que fueron admitidas, por lo que, solicita que se rechace el recurso de casación.

V. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

43. De acuerdo con lo expuesto en el recurso de casación, este tribunal de justicia para resolver las impugnaciones del presente caso, plantea el siguiente problema jurídico:

i) Verificar si la sentencia de segunda instancia se encuentra motivada.

ii) Determinar si el tribunal de apelación omitió resolver un punto de la controversia en la sentencia recurrida.

VI. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA

44. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas[5].

45. La motivación es la justificación de la decisión judicial[6] y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión[7], en un sentido u otro[8]; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión

[5] Cfr. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 227-12-SEP, Caso 1212-11-EP, 21 de junio de 2012, la que establece, ciertos parámetros o guías para la determinación de una decisión motivada. Dicha sentencia se cita con frecuencia en el repertorio de jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional, así: (1) Sentencia 020-13-SEP-CC, Caso 0563-12-EP, 30 de mayo de 2013. (2) Sentencia 097-13-SEP-CC, Caso 1614-11-EP, 26 de noviembre de 2013. (3) Sentencia 123-13-SEP-CC, Caso 1542-11-EP, 19 de diciembre de 2013. (4) Sentencia 023-14-SEP-CC, Caso 2044-11-EP, 29 de enero de 2014 (5) Sentencia 048-15-SEP-CC, Caso 1657-12-EP, 25 de febrero de 2015. (6) Sentencia 332-15-SEP-CC, Caso 0418-14-EP, 30 de septiembre de 2015, entre otras. En la actualidad, sobre la motivación cfr. (1) Caso No. 18989-12-EP, 04 de diciembre de 2019. (2) Caso No. 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019.

[6] Entendida en el marco de una concepción racionalista de la motivación.

[7] En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.

[8] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pág. 187-188.

es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho[9].

46. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español, respecto de la concepción racionalista de la motivación –misma que ha sido acogida por aquel- ha sostenido que:

> "[…] lo que […] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho […]".[10]

47. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprocesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar[11]; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso[12],[13].

48. En la función extraprocesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad[14] de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica.[15]

49. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

> "[…] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión […]"[16] […] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha […]".[17]

50. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es

---

[9] Nieto, Alejandro, *Arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pág. 157.

[10] Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.

[11] Artículo 8. Garantías Judiciales. (…) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 que determina que: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

[12] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, pág. 189-191.

[13] A este respecto, es importante mencionar que, inclusive en derecho comparado, específicamente en sistemas de *common law*, se ha establecido en sus precedentes, que el deber de motivar o de justificar las decisiones judiciales es a la vez, una función del debido proceso, y por tanto, de justicia; y, que su fundamento tiene dos funcionalidades. La primera se refiere a que la justicia, exige que los sujetos procesales –especialmente la parte a quien se le ha rechazado su pretensión- sepan por qué han ganado o perdido –coloquialmente hablando- el proceso, pues, si no se justifica la decisión, quien no ha obtenido el resultado esperado en el proceso judicial, no sabrá si el tribunal se ha desviado en la aplicación del derecho, y por lo tanto, pueda considerar que tiene fundamento para impugnar sobre el fondo del asunto. La segunda funcionalidad es que el deber de motivación 'concentra la mente', por lo que, si se cumple, es mucho más probable que la decisión se base sólidamente en la evidencia presentada. (Sentencia de al *Court of Appeal* inglesa, caso *Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*)

[14] El juicio de predictibilidad es una suerte razonamiento argumentativo que parte de las acciones que realiza un sujeto en un determinado momento; que establece cuál es el derecho que corresponde aplicar a esas conductas; y, que infiere con claridad meridiana cuál será el contenido de las decisiones de los servidores públicos si aplican ese derecho a las acciones en cuestión.

[15] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, pág. 191.

[16] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.

[17] CASO V.R.P., V.P.C.* Y OTROS VS. NICARAGUA, sentencia de 8 de marzo de 2018 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 254-255.

reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente.

51. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.[18]

52. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.[19]

53. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

54. Por ello, en cumplimiento de dicha obligación convencional, constitucional y legal, dentro del modelo de Estado garantista de derechos, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

6.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

55. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

56. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso.

57. A la vez, el artículo 169 de la Constitución de la República prescribe que:

> El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

58. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

59. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos:

> "[…] el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos".[20]

60. Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.

61. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana señala que el derecho a la tutela judicial efectiva,[21] que prescribe el artículo 75 de

[18] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción*, pág. 189.

[19] Taruffo, Michele, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba" en *Discusiones: prueba, conocimiento y verdad*, Año III, No. 3, pág. 89-90. http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44675.pdf (Acceso 05/09/2022).

[20] Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), pág. 27.

[21] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.

la Constitución de la República, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

62. A su vez, la Corte Constitucional[22] desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley.[23] Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.[24]

63. Por su parte, la Corte Constitucional vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se presenta como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales.[25]

64. Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

65. El artículo 8.1 del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

66. Este artículo tiene relación con el artículo 25 sobre la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

67. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando cuando diversos casos son sometidos a su conocimiento, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

68. Es decir, este derecho complejo –debido proceso- que implica, a su vez otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben

[22] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 134-15-SEP-CC, Caso 0342-12-EP, 29 de abril de 2015; (2) Sentencia 278-15-SEP-CC, Caso 0398-15-EP, de 28 de agosto de 2015.

[23] Cfr. En un sentido similar: Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 224-14-SEP-CC, Caso 1836-11-EP, 10 de diciembre de 2014, al establecerse como presupuestos de la tutela: (1) acceso a la justicia; (2) debida diligencia sustanciación causa (inmediación, celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia y economía procesal; (3) defensa; y, (4) motivación y ejecución sentencia.

[24] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014. 2) Sentencia N° 1943-12-EP/19, Caso N° 1943-12-EP. 3) Sentencia N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, de 08 de enero de 2020. De forma similar, se pronuncia en: 1) Sentencia No. 052-13-SEP- CC, caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 006-13-SEP-CC, Caso No. 0614-12-EP; Sentencia No. 012-13-SEP-CC, caso No. 0253-11-EP; Sentencia No. 018-13-SEP-CC, Caso No. 0201-10-EP; Sentencia No. 021-13-SEP-CC, Caso No. 0960-10-EP; Sentencia No. 029-13-SEP-CC, caso No. 2067-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 041-13-SEP-CC, Caso No. 0470-12-EP; Sentencia No. 047-13-SEP-CC, Caso No. 1608-11-EP; Sentencia No. 049-13-SEP-CC, Caso No. 1450-12-EP; Sentencia No. 051-13-SEP-CC, Caso No. 0858-11-EP; Sentencia No. 052-13-SEP-CC, Caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 084-13-SEP-CC, Caso No. 1607-11-EP; Sentencia No. 091-13-SEP-CC, Caso No. 1210-12-EP; Sentencia No. 100-13-SEP-CC, Caso No. 0642-12-EP.

[25] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.

observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.[26]

69. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica.[27]

70. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidad la seguridad jurídica en su dimensión objetiva.[28]

71. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna.[29]

72. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.

73. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben —por lo regular— analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

74. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

6.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil

75. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o 'ruptura' de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido.[30]

76. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.[31]

77. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación –en el que los poderes del tribunal *ad quem* no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso-, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y a expresarlo en la fundamentación de su recurso.

78. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para

[26] Osvaldo Gozaíni, *Ob. cit.*, 24.
[27] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.
[28] Jorge Malem, "Inseguridad jurídica, pobreza y corrupción" en *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, ed. Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, (Madrid: Marcial Pons, 2018), 22.
[29] Jorge Malem, Ob. cit., 23.
[30] Jorge Rodríguez-Zapata, *Fundamentos de lo contencioso-administrativo*, (Madrid: Tecnos, 2019). ISBN: 978-84-309-7843-4
[31] Ibíd.

que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.[32]

79. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores in *iudicando* ya por errores *in procedendo*.

80. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".[33]

81. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición –casacional-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva[34]. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.[35]

82. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.

83. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.[36]

84. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber:

i) Son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado;

ii) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y,

iii) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en

[32] Michele Taruffo, *La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile,* (Boloña: Il Mulino, 1991), 72-73.
[33] Mario Nájera, *Derecho Procesal Civil*, 2da. Ed., (Guatemala: IUS Ediciones, 2006), 649.
[34] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.
[35] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.
[36] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

6.3. Análisis y resolución.

- **Sobre la motivación y la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

85. La causal segunda se configura cuando la sentencia o auto no contuviere los requisitos exigidos por la ley o cuando en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles, y cuando no cumple con el requisito de motivación; de tal manera que, quien recurre fundamentado en esta causal, necesariamente debe señalar los requisitos que no se han observado, los vicios de incongruencia que considera existen en la sentencia censurada o el incumplimiento del requisito de motivación.

86. Los vicios de incongruencia tienen lugar cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva del fallo, los cuales son considerados como defectos de estructura de la resolución judicial, al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva, los cuales derivan del análisis del auto o sentencia, sin que deba hacerse una confrontación entre estos y la demanda y/o su contestación, pues, de hacerlo, nos encontraríamos frente al caso tercero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.[37]

87. La resolución judicial es incongruente cuando se contradice a sí misma, mientras que es inconsistente cuando la norma individual –conclusión- no está suficientemente respaldada –en términos de justificación- por las proposiciones que se han argumentado respecto de los hechos y por las disposiciones normativas aplicadas.

88. De esta manera, la obligación de quien recurre es realizar un análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado.

89. En adición, dentro de esta causal, además de acusar a la sentencia recurrida por vicios de incongruencia, se puede alegar la falta de motivación de la resolución judicial por inobservancia de la disposición constitucional contenida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución, que establece como garantía del debido proceso, la obligación de que todas las decisiones de los poderes públicos sean motivadas, y cuyo incumplimiento es sancionado con la nulidad de aquellas.

90. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó en líneas anteriores, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

91. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente[38], con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.

92. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.

93. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda,

[37] Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador,* (Quito: Andrade y Asociados, 2005), 135-138.

[38] Es decir, primero, cada elemento de prueba aportado debe ser valorado por el decisor de manera individual, para luego, realizar un ejercicio de valoración de los elementos de prueba en conjunto.

a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

94. A esto se agrega que, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21, ha explicado cuál es el criterio rector de la garantía de motivación, mismo que se extrae del contenido de la disposición recogida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución de la República, el cual tiene que ver con la exigencia de una argumentación jurídica suficiente que abarca la estructura de una resolución mínimamente completa –y no con la corrección de la misma-, exigencia que impone al órgano jurisdiccional, la obligación de "i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron los juzgadores y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho".[39]

95. El criterio rector en tratándose de la motivación, y respecto de la disposición constitucional, tiene que ver con la exigencia mínima de motivación suficiente que se le exige al juzgador –mas no correcta-, lo cual obliga a este último a no solo enunciar las normas o principios jurídicos en que se apoyaron los jueces, sino también a enunciar los hechos del caso, con la finalidad de que se explique a su vez, la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.[40]

96. En este sentido, para que una resolución se considere motivada, en los términos de la referida disposición constitucional, debe contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.

97. Así, la deficiencia en la motivación puede verificarse a través de tres tipos básicos: a) la inexistencia de motivación; b) la insuficiencia de motivación; y, c) la apariencia de motivación.

98. La inexistencia de motivación tiene lugar cuando la resolución judicial no tiene fundamentación normativa ni fáctica; la insuficiencia de motivación por su parte, se verifica cuando la decisión tiene "alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica", pero alguna de aquellas o ambas no cumplen con el estándar de suficiencia.[41]

99. La apariencia ocurre cuando a primera vista, una resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad.[42]

100. Existe el vicio de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se evidencia una contradicción entre los enunciados que componen aquellas –incoherencia lógica-, o una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión –incoherencia decisional-.[43]

101. La inatinencia se configura cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se dan razones que no tienen relación con la controversia, ni con la conclusión final de la argumentación.[44]

102. La incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.[45]

103. Finalmente, la incomprensibilidad se da cuando un fragmento del texto, ya sea oral o escrito, que contiene la argumentación fáctica o normativa no es inteligible en términos de razonabilidad para un profesional del Derecho o para un ciudadano.[46]

104. La parte demandada, en su fundamentación acusa que la sentencia recurrida no contiene en la parte superior, la fecha de su emisión, sino que aquella se obtuvo cuando se verificó la notificación de la sentencia al correo electrónico, el 17 de mayo de 2021.

[39] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 58.
[40] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.
[41] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 67-70.
[42] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.
[43] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.73-75.
[44] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.80.
[45] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.
[46] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 95.

105. Asegura que también carece del numeral 3 del artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, la identificación de las partes procesales, expuestas en el considerando tercero de la sentencia recurrida, la cual está incompleta e incorrecta respecto a la identificación de las partes que comparecieron a la audiencia del 6 de mayo de 2021, es decir, que ese contenido es incorrecto en la forma que consta en la parte dispositiva de la sentencia, pues, no corresponde a la información.

106. De igual manera, en lo referente al numeral 6 del artículo 95 *ibídem*, la sentencia no contiene motivación alguna en referencia a la motivación de los hechos probados que son relativos para toda resolución, pues, en el numeral 6 de la sentencia que consta de doce líneas, se hace una descripción general, y no explica la pertinencia de los fundamentos de hecho en concordancia con los artículos 89, 90, 91 y 92 *ibídem*.

107. Es decir, que la motivación no es clara respecto al razonamiento táctico y jurídico, tampoco existe una clara valoración e interpretación de lo actuado en el proceso y la aplicación directa de las normas vigentes, no tiene congruencia en su contenido.

108. Que, dentro del expediente, la Secretaria de la Sala de la Corte Provincial, sentó la razón de que dicha sentencia, la notificación del 1 de julio se basa en la fecha que consta en el ESATJE, mas no en la sentencia escrita.

109. Que, respecto de la identificación de las partes procesales, en el considerando tercero de la sentencia recurrida, está incorrecta, por lo que no cumple con el contenido del numeral 3 del artículo 95, toda vez que a la audiencia de segunda instancia comparecieron otras personas.

110. Que cuando menciona que no existe motivación, se refiere a las doce líneas constantes en el considerando sexto de la sentencia, en las que se realiza una descripción superficial de una parte de la documentación que existe en el expediente, pero no existe una explicación clara. El contenido no cumple con lo establecido en el numeral 6 del artículo 95 del COGEP, esto es, que la sentencia en la parte dispositiva adopta decisiones contradictorias a lo expuesto por la actora en la demanda inicial, así como en la subsanación dispuesta cuando se admitió las excepciones presentadas por la parte demandada.

111. Que lo que se demanda es la nulidad de contrato en escritura pública, objeto de la controversia, que en la segunda instancia no fue observada cuando fue subsanada la demanda.

112. Que se demandó la nulidad absoluta de contrato de compraventa en escritura pública, en base al artículo 215 del COGEP, que determina que los documentos públicos serán declarados nulos cuando no se han observado solemnidades prescritas por la ley, las ordenanzas o reglamentos respectivos, en concordancia con el artículo 205 *ibídem*.

113. Solicita que declare sin lugar la sentencia de segunda instancia porque no se ha cumplido lo establecido en el artículo 268 numeral 2, esto es, artículo 95 numerales 2, 3, 4 y 6, así como el artículo 268 numeral 3, esto es, que se omitió resolver sobre el punto de la controversia y la sentencia carece de motivación conforme se observa del expediente.

114. Respecto a que faltarían requisitos en la sentencia recurrida, vale mencionar que los numerales 2, 3, 4 y 6 del artículo 95 disponen:

> Art. 95.- Contenido de la sentencia escrita. La sentencia escrita contendrá: […]
> 2. La fecha y lugar de su emisión.
> 3. La identificación de las partes.
> 4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado. […]
> 6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución.

115. En este sentido, de la revisión de la sentencia se verifica que la sentencia recurrida sí contiene la fecha y lugar de su emisión, esto es, Guayaquil, jueves 13 de mayo del 2021, a las 16h40, en la parte superior de la primera carilla de aquella, e inclusive en el apartado segundo, consta que la resolución verbal fue emitida en Guayaquil, el 6 de mayo de 2021, en la audiencia de apelación e insiste el tribunal en señalar que la fecha de la sentencia escrita consta ya en líneas anteriores.

116. Con lo cual se evidencia que, el requisito contenido en el numeral 2 de los artículos 90 y 95 del Código Orgánico General de Procesos, sí fue observado por el tribunal de apelación al momento de emitir su sentencia, por lo que, se rechaza el argumento de falta de dicho requisito en la sentencia.

117. Respecto el numeral 3 del artículo 95, que tiene que ver con la identificación de los sujetos procesales, se verifica que en la sentencia sí consta quienes conforman las partes procesales del juicio en cuestión, pues, por un lado se individualiza a la actora: Victoria Flores Carrillo, y por otro, a los demandados: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz, representado legalmente por Leopoldo Salomón Bucheli Mora

y abogado Luis Enrique Portalanza Cali, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico; Luis Antonio Ayala Chaca y Cecilia Narcisa Egas Sellan.

118. Cuando se demanda a personas jurídicas, sean de derecho público o privado, existe la posibilidad de que las personas que las representan legalmente sean reemplazadas en su cargos por otras, sea porque sus cargos son de libre nombramiento y remoción y/o porque están sujetas a periodos electorales establecidos constitucional y legalmente, lo que no significa que en el momento que son reemplazadas por otras, debe necesariamente seguirse con la acción judicial en contra de la persona natural que ejerció un cargo y en virtud del cual representó a una persona jurídica, sino que, quien asume las atribuciones de representación de la persona jurídica, debe comparecer judicialmente a los procesos en los que sea parte procesal la institución a la que representa, independientemente de la fecha de inicio del proceso o del periodo en que inicia su gestión.

119. En este sentido, la demanda fue propuesta por la actora en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz, que en ese momento se encontraba representado por Leopoldo Salomón Bucheli Mora, en calidad de alcalde, y por el abogado Luis Enrique Portalanza Cali, en calidad de procurador síndico; sin embargo, luego del respectivo proceso electoral, se eligió a Angel Amable Yanez Vinueza, como alcalde de dicho gobierno autónomo descentralizado, y como procurador síndico municipal se designó al doctor Germán Paredes Ruales, quienes otorgaron procuración judicial a un profesional del derecho para que los represente en el proceso bajo estudio en las calidades que ostentan, alcalde y procurador síndico.

120. Es así que, a la audiencia compareció el abogado Alex Bladimir Rivadeneira Rivadeneira, conforme se verifica del acta resumen de la audiencia y en virtud de la procuración judicial presentada por los personeros del gobierno municipal mediante escrito el 14 de abril de 2021, sin que su comparecencia modifique la integración de la parte demandada o sin que la procuración judicial otorgada a su favor signifique que dicho profesional del derecho debe considerarse demandado, cuando es únicamente el profesional que representa tanto al alcalde como al procurador síndico del referido gobierno autónomo descentralizado, institución que sí figura como demandada.

121. Es más, si lo que se requiere saber es qué personas asistieron como sujetos procesales a la audiencia de fundamentación del recurso de apelación, aquello consta en el contenido del acta resumen de la audiencia, e inclusive en el acápite séptimo de la sentencia recurrida se hace referencia a la intervención de los abogados de los sujetos procesales tanto en la fundamentación del recurso de apelación como en la contestación de aquel.

122. En atención a estos argumentos, queda suficientemente claro que el cambio de alcalde como resultado de un legítimo proceso electoral y la designación de un nuevo procurador síndico, no riñen con el requisito de identificación de las partes procesales, pues, en el presente proceso, uno de los demandados siempre ha sido el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz, independientemente de qué persona natural ejerza la representación legal de la persona jurídica de derecho público; por lo que se rechaza el argumento de incumplimiento del requisito de la sentencia contenido en el numeral 3 del artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos, en función de la causal segunda del artículo 268 *ibídem*.

123. Respecto a la aludida falta de motivación de la sentencia recurrida, es preciso mencionar que, como se dijo en líneas anteriores, la Corte Constitucional ha explicado, mediante sentencia 1158-17-EP/21 el alcance de la garantía de motivación y ha determinado el criterio rector de dicha garantía para considerar que una resolución cumple con aquella, todo lo cual se extrae del contenido de la disposición recogida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución de la República, y que consiste en una argumentación fáctica y normativa suficiente, misma que comprende la obligación de "i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron los juzgadores y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho".[47]

124. En este sentido, para que una resolución se considere motivada, en los términos de la referida disposición constitucional, debe contener una fundamentación normativa suficiente

[47] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 58.

y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.[48]

125. Así, la parte recurrente debía argumentar su recurso indicando, de manera clara, la deficiencia motivacional que considera que existe en la sentencia censurada, esto es, si ha incurrido en inexistencia, insuficiencia o apariencia de motivación; y, en este último caso, si la apariencia ha sido por incoherencia, inatinencia, incongruencia o incomprensibilidad.

126. Sin embargo, la parte actora ha manifestado que no existe motivación porque en la sentencia solo se hace una descripción superficial de una parte de la documentación que existe en el expediente, y el contenido no cumple con lo establecido en el numeral 6 del artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos.

127. Argumento con el cual no señala la deficiencia motivacional, sino que, por el contrario, alude a la valoración de la prueba documental realizada por el tribunal *ad quem*, a la que se refiere como superficial, medio de prueba que no puede ser revisado en sede casacional, mucho menos si se recurre por la causal segunda que se refiere únicamente a vicios motivacionales o a la incongruencia entre las partes de la decisión, mas no a yerros probatorios.

128. Es decir, el recurso se ha circunscrito a evidenciar la inconformidad de la parte recurrente con el resultado del ejercicio de valoración probatoria realizado por los jueces de apelación, cuando lo que correspondía, en función de la causal casacional admitida, era referirse a algún vicio motivacional.

129. Sin embargo, a pesar de los yerros en los que incurre la recurrente en el presente medio de impugnación, de la revisión de la sentencia censurada se tiene que aquella consta de ocho acápites:

- En el primero, se refiere a la competencia del tribunal de apelación y la conformación de aquel.
- En el segundo, consta la fecha y lugar de la emisión de la decisión oral, así como de la resolución por escrito.
- En el tercero, se identifica a las partes procesales.
- En el cuarto, se realiza una enunciación breve de los hechos y circunstancias de la demanda y de la defensa de los demandados, de la audiencia preliminar, del escrito con el que se subsana las excepciones previas, la comparecencia del notario como demandado, la audiencia de juicio y decisión de la sentencia de primer nivel, y el trámite en segunda instancia.
- En el quinto, se establece que el recurso de apelación que se va a resolver es únicamente respecto de la sentencia de primer nivel.
- En el sexto, consta los documentos presentados como medio de prueba, y son: i) copia de escritura de cesión de derechos de posesión que otorgan Rodrigo Amados Cisneros Donoso y Graciela Susana Mejía Espinoza a favor de Victoria Flores Carrillo, el 11 de julio del 2017, en los antecedentes se hace mención que el terreno ha estado en posesión del ingeniero Rodrigo Cisneros, tal como consta en la declaración juramentada otorgada por Gerd Rubsan, el 13 de febrero del 2017; ii) copia de escritura pública de compraventa que otorga el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Santa Cruz a favor de Luis Antonio Ayala Chaca; iii) certificado del Registro de la Propiedad y Mercantil de Santa Cruz, donde consta la historia de dominio del predio; iv) catastro predial urbano, ficha de relevamiento predial urbano y título; v) resolución No. 0104-0382-CGAD-MSC-2017, en cuyo artículo 1 autoriza la venta a favor de Luis Antonio Ayala Chaca el lote de terreno municipal; vi) protocolización de la adjudicación definitiva de tres lotes de terreno ubicados en el cantón Santa Cruz provincia de Galápagos otorgados por el Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización IERAC del 8 de noviembre de 1976; vii) ordenanza No.009-CC-GADMSC-2011, copias de títulos de crédito por venta de terreno; y,

[48] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.

plano aéreo planimetría del predio de clave catastral 2003500010151004, ubicado en el barrio Las Ninfas.

- En el séptimo, se hace referencia a la garantía de motivación, al derecho a la seguridad jurídica, a los principios que rigen a la administración de justicia, a los puntos a los cuales se circunscribió el recurso de apelación, a la validez procesal, a la fundamentación del recurso de apelación y la contradicción realizada por la contraparte, y al análisis sobre la procedencia de la acción civil en atención a las disposiciones normativas que regulan la nulidad del acto o contrato y la nulidad de escritura pública, y a los medios de prueba aportados.
- En el octavo, consta la decisión sobre el fondo del asunto.

130. Es decir, se evidencia que el tribunal ha realizado un análisis pormenorizado de los puntos de la controversia, en atención a los argumentos presentados en el recurso de apelación, y ha explicado en el acápite séptimo, específicamente, las razones por las cuales las acciones civiles de nulidad de contrato y de escritura pública no han prosperado, explicando inclusive las disposiciones normativas que regulan a dichas acciones y cómo el presente caso no se encuentra incurso en ninguna de aquellas.

131. De tal manera que, el tribunal de apelación ha cumplido con el criterio rector de suficiencia tanto en la argumentación fáctica como en la normativa, por lo que no procede el recurso de casación por la causal segunda.

- **Sobre la causal tercera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

132. Esta causal tiene que ver con el principio de congruencia de la sentencia en función de las pretensiones contenidas en la demanda presentada, y de las excepciones y/o reconvención que la parte demandada puede presentar al contestar la demanda incoada en su contra; es decir, los órganos jurisdiccionales deben resolver los puntos que han sido sometidos a su conocimiento por las partes procesales, en virtud de lo desarrollado en la demanda y en la contestación a la misma, así como en los medios de prueba aportados para acreditar una u otra proposición como verdadera.

133. La violación al principio de congruencia "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)*. Es así que, 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".

134. Por esta razón, cuando un sujeto procesal recurre invocando la causal tercera del referido artículo, la fundamentación que sustenta el recurso tiene que circunscribirse a evidenciar cuál es el objeto de la controversia judicial que debía resolverse en la sentencia y que no fue atendido correctamente, por haberse infringido el principio de congruencia de la contienda judicial.

135. A esto se agrega que, "es principio de derecho intangible que la justicia civil es rogada, de cuyo dogma es 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".

136. Es así que, el único tipo de incongruencia que debe ser tratado a través de esta causal, es el que se genera en la sentencia porque el juzgador no ha atendido todas las pretensiones de la parte actora, así como los descargos y/o reconvenciones que pueda llegar a plantear la parte demandada, de la manera en que correspondía; dejando otros tipos de incongruencia de la resolución de segunda instancia, como la referente a la falta de coherencia entre la parte considerativa y la parte resolutiva de la sentencia, o falta de motivación, para otras causales contenidas en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, de conformidad con el contenido que el legislador ha decidido otorgarle a cada disposición normativa que las regula.

137. La parte actora alega que el tribunal de apelación ha omitido pronunciarse sobre un punto de la controversia, el cual tiene que ver con que no se determinó si se cumplieron o no las solemnidades de la ordenanza para la celebración del contrato de compraventa.

138. De la revisión del proceso, y conforme también consta en la sentencia censurada (numerales 4.4. Audiencia preliminar, 4.5. Escrito subsanando, 4.6. Comparecencia notario y 7.4. Respecto

de los puntos materia de resolución), el objeto a dilucidar en la presente acción civil es la nulidad absoluta del contrato de compraventa y de la escritura que contiene dicho contrato, de acuerdo a los artículos 214 y 215 del Código Orgánico General de Procesos.

139. El tribunal de segunda instancia, en los numerales 7.6.3 a 7.6.5. de la sentencia recurrida, analizó el objeto de la controversia, establecido previamente en otros numerales (ver párrafo anterior), y dio contestación a aquel, en el sentido que, en función de la prueba aportada, no existía causa alguna ni para declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa, ni para declarar la nulidad de la escritura pública, todo aquello en función de las disposiciones normativas que regulan cada una de aquellas.

140. Es más, en dicha sentencia el tribunal, explica cuándo se configura la nulidad absoluta de un acto o contrato –contrato de compraventa en el presente caso- y cuándo existe inobservancia de formalidades que acarrean la nulidad de la escritura pública, concluyendo luego de analizar la prueba, que no se ha aportado con medio alguno que justifique la existencia de causas de nulidad ni del contrato de compraventa ni de la escritura pública, por lo que se evidencia que el tribunal de apelación no omitió resolver dicho punto de la controversia, por el contrario, se pronunció sobre aquel de manera expresa y declaró sin lugar la demanda presentada, confirmando la sentencia de primera instancia.

141. A esto se agrega que, el mismo tribunal tuvo en cuenta que la acción presentada por la actora tenía que ver con la impugnación de la resolución emitida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, por considerar que aquella se encontraba incursa en lo que prescriben los artículos 214 y 215 del Código Orgánico General de Procesos (documento público falso y nulidad de los documentos públicos), mas no con la existencia de un vicio en el consentimiento, o con la incapacidad de una de las partes del contrato, o con la ilicitud de la causa o del objeto que acarree nulidad absoluta del contrato de compraventa, que son las circunstancias en las cuales corresponde la declaratoria de nulidad absoluta; razón por la cual, concluyó que las acciones de nulidad intentadas no eran las vías idóneas para reclamar respecto de dicha resolución emitida por el Gobierno Municipal.

142. Con estos argumentos, queda suficientemente claro que el tribunal de apelación sí se pronunció respecto a dicho punto de la controversia, por lo que se rechaza el cargo alegado en base a la causal tercera.

VII. DECISIÓN DE LA SENTENCIA

143. Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ***"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"****, por unanimidad resuelve:*

1) Declarar improcedente el recurso de casación presentado por la señora Victoria Flores Carrillo, actora, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.

2) En consecuencia, no casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 13 de mayo de 2021, las 16h40.

3) Sin costas.

4) Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al tribunal de origen. ***Notifíquese y devuélvase****.*

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 07334-2019-00521

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Roberto Guzmán Castañeda**

ACCIÓN
REIVINDICACIÓN

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El tribunal de casación, luego del respectivo análisis de los argumentos del recurso de casación presentado, resolvió negarlo debido a que el mismo no fue debidamente sustentado, para ello, en la sentencia se establecieron los requisitos de la acción civil de reivindicación y se reiteró la imposibilidad de revisar medios probatorios cuando se alega la causal cuarta del artículo 268 del COGEP.

Quito, jueves 7 de septiembre del 2023, las 10h01

I. ANTECEDENTES

a) Relación de la decisión impugnada.

1. En el juicio ordinario que sigue Edgar Alexander Pérez Solórzano en contra de Roberto Genaro Pérez Yánez e Inés Emilia Solórzano, el juez de la Unidad Judicial Civil del cantón Pasaje, emitió sentencia en la que rechazó tanto la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio presentada, como la reconvención de reivindicación planteada por los demandados.

2. En contra de esta sentencia, tanto el actor como los demandados interpusieron recurso de apelación, mismo que fue conocido por el tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, el cual emitió sentencia el 21 de enero de 2021, a las 14h17, en la que aprobó el desistimiento del recurso de apelación presentado por el actor, y aceptó el recurso de apelación de los demandados, reformó la sentencia subida en grado, aceptó la reconvención de reivindicación, y dispuso la restitución del bien litigioso, en un término de 30 días, a favor de los demandados –reconvinientes-.

3. La parte actora presenta recursos horizontales de ampliación y aclaración de la sentencia de segunda instancia, los cuales, luego de la respectiva notificación a la contraparte, son negados por el tribunal de apelación, mediante auto de 9 de febrero de 2021, a las 16h26.

b) Actos de sustanciación del recurso de casación.

4. Inconforme con la sentencia dictada por el tribunal de apelación, el actor –reconvenido- interpone recurso de casación dentro del término establecido por el artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, en base al caso contenido en el numeral 5 del artículo 268 ibídem.

5. El doctor Carlos Pazos Medina, conjuez nacional, mediante auto de 27 de julio de 2021, a las 11h40, admitió el recurso interpuesto.

c) Normas jurídicas infringidas y cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada.

6. De acuerdo al auto de admisión del recurso, la parte casacionista impugna la sentencia de apelación por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

7. El caso quinto tiene lugar cuando se ha incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

8. El recurrente, en su fundamentación oral, no cita las disposiciones normativas que considera han sido violadas por el tribunal de segunda instancia. Es decir, no hace referencia alguna a las disposiciones que citó en el escrito de interposición, las cuales son: artículos 933, 934 y 937 del Código Civil.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia.

9. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); David Jacho Chicaiza; y, Wilman Terán Carrillo, es competente para conocer y resolver este proceso, de conformidad con la resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

10. Los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-P-CNJ-2021, y 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

11. El doctor Wilman Terán, presentó su renuncia al ser elegido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social como vocal del Consejo de la Judicatura, por lo que mediante acción de personal 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo de 2023, se designó al doctor Luis Adrián Rojas Calle, conjuez nacional, para que lo reemplace definitivamente.

12. Mediante acta de sorteo de 28 de agosto de 2023, a las 08h40, suscrita por el Presidente

de la Corte Nacional de Justicia y la Secretaria General, se designó a la doctora Gabriela Mier Ortiz, conjueza nacional (e), para que reemplace temporalmente al doctor Adrián Rojas Calle, juez nacional (e), por licencia legalmente conferida a aquel el 28 de agosto de 2023, razón por la cual, la mencionada magistrada actúa en la presente causa.

13. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución de la República[1]; 184[2] y 190 numeral 1[3] del Código Orgánico de la Función Judicial; y, primer inciso del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos[4].

2.2. Validez procesal.

14. En la tramitación de este proceso, no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad el mismo, ni inobservancia por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución de la República; y, por otro, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

2.3. Audiencia pública y de fundamentación del recurso de casación.

15. Según la disposición contenida en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos y de conformidad con las reglas generales previstas, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la que se llevó a cabo el 28 de agosto de 2023, a las 09h30; y, una vez que finalizó el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *ibídem*.

III. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO PRESENTADO POR LA PARTE ACTORA

3.1. Argumentos presentados por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

16. El casacionista alega errónea aplicación de la ley en la sentencia recurrida, debido a que se trata de un predio distinto al de la controversia, por cuanto en el proceso civil existen dos informes, el uno del Arq. Edgar Tenicela, en el que se da una medida con linderos y dimensiones con una superficie de 75.99 m2; y, existe otro informe distinto al de la controversia, del Arq. Nieto, de una superficie total de 76.11 m2, es algo totalmente diferente que no se compadece con la realidad de lo que existe en la superficie.

17. Insiste en que la superficie es distinta porque existe una diferencia de 10 cm2 aproximadamente.

18. Que el tribunal de apelación incurrió en errónea aplicación de la ley porque no se cumple con los requisitos de la reivindicación, referente a la individualización, pues, la parte que propone el recurso de reivindicación no cumple con los tres requisitos que manda la ley.

19. A pedido del juez ponente, el recurrente identifica la parte de la sentencia recurrida en la que se encontraría el error de derecho, esto es, en el numeral décimo primero de la sentencia, en donde el tribunal establece la argumentación y motivación, específicamente en el numeral 11.9 "doctrina y jurisprudencia", y en la parte pertinente hace una puntualización y valoración equivocada del requisito sine qua non de la acción de dominio, que es la individualización del bien a reivindicarse.

[1] Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.

[2] Art. 184.- Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

[3] Art. 190.- Competencia de la sala de lo civil y mercantil.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

[4] Art. 269.- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley.

IV. CONTRADICCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

20. Menciona que el actor es hijo de los demandados y que el recurrente ha manifestado su inconformidad por la diferencia que existe entre los 2 informes periciales que fueron objeto del juicio de prescripción y en la reconvención de reivindicación.
21. Que para el actor, no se habría cumplido con el requisito de individualización del predio, al existir una diferencia de 11 cm2 en el área total del bien.
22. Sostiene que la resolución de segunda instancia está apegada a derecho, pues, la acción reivindicatoria cumplió con todos los requisitos legales para que surta efecto, toda vez que se la ha planteado en contra del poseedor que es el casacionista, se demostró la titularidad del bien, la singularización se ha demostrado con el informe pericial según el cual es el mismo predio, por lo que la única diferencia sería los 12 cm2 entre informes.
23. Solicita que no se case la sentencia porque el recurso es improcedente.

V. CONTRADICCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

24. De acuerdo con lo expuesto en el recurso de casación, este tribunal de justicia para resolverlo, plantea el siguiente problema jurídico:

i) Analizar si procede el recurso de casación presentado por la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en los términos en que fue fundamentado en la audiencia oral.

VI. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA

25. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas[5].
26. La motivación es la justificación de la decisión judicial[6] y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión[7], en un sentido u otro[8]; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho[9].
27. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español, respecto de la concepción racionalista de la motivación –misma que ha sido acogida por aquel- ha sostenido que:

> "[…] lo que […] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho […]".[10]

[5] Cfr. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 227-12-SEP, Caso 1212-11-EP, 21 de junio de 2012, la que establece, ciertos parámetros o guías para la determinación de una decisión motivada. Dicha sentencia se cita con frecuencia en el repertorio de jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional, así: (1) Sentencia 020-13-SEP-CC, Caso 0563-12-EP, 30 de mayo de 2013. (2) Sentencia 097-13-SEP-CC, Caso 1614-11-EP, 26 de noviembre de 2013. (3) Sentencia 123-13-SEP-CC, Caso 1542-11-EP, 19 de diciembre de 2013. (4) Sentencia 023-14-SEP-CC, Caso 2044-11-EP, 29 de enero de 2014 (5) Sentencia 048-15-SEP-CC, Caso 1657-12-EP, 25 de febrero de 2015. (6) Sentencia 332-15-SEP-CC, Caso 0418-14-EP, 30 de septiembre de 2015, entre otras. En la actualidad, sobre la motivación cfr. (1) Caso No. 18989-12-EP, 04 de diciembre de 2019. (2) Caso No. 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019.
[6] Entendida en el marco de una concepción racionalista de la motivación.
[7] En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.
[8] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pág. 187-188.
[9] Nieto, Alejandro, *Arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pág. 157.
[10] Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.

28. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprocesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar[11]; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso[12],[13].

29. En la función extraprocesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilida[14] de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica.[15]

30. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

> "[…] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión […]"[16] […] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha […]".[17]

31. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente.

32. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.[18]

---

[11] Artículo 8. Garantías Judiciales. (…) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 que determina que: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

[12] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, pág. 189-191.

[13] A este respecto, es importante mencionar que, inclusive en derecho comparado, específicamente en sistemas de *common law*, se ha establecido en sus precedentes, que el deber de motivar o de justificar las decisiones judiciales es a la vez, una función del debido proceso, y por tanto, de justicia; y, que su fundamento tiene dos funcionalidades. La primera se refiere a que la justicia, exige que los sujetos procesales –especialmente la parte a quien se le ha rechazado su pretensión- sepan por qué han ganado o perdido –coloquialmente hablando- el proceso, pues, si no se justifica la decisión, quien no ha obtenido el resultado esperado en el proceso judicial, no sabrá si el tribunal se ha desviado en la aplicación del derecho, y por lo tanto, pueda considerar que tiene fundamento para impugnar sobre el fondo del asunto. La segunda funcionalidad es que el deber de motivación 'concentra la mente', por lo que, si se cumple, es mucho más probable que la decisión se base sólidamente en la evidencia presentada. (Sentencia de al *Court of Appeal* inglesa, caso *Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*)

[14] El juicio de predictibilidad es una suerte razonamiento argumentativo que parte de las acciones que realiza un sujeto en un determinado momento; que establece cuál es el derecho que corresponde aplicar a esas conductas; y, que infiere con claridad meridiana cuál será el contenido de las decisiones de los servidores públicos si aplican ese derecho a las acciones en cuestión.

[15] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, pág. 191.

[16] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.

[17] CASO V.R.P., V.P.C.* Y OTROS VS. NICARAGUA, sentencia de 8 de marzo de 2018 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 254-255.

[18] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción*, pág. 189.

33. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.[19]

34. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

35. A esto se agrega que, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21, ha explicado cuál es el criterio rector de la garantía de motivación, mismo que se extrae del contenido de la disposición recogida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución de la República, el cual tiene que ver con la exigencia de una argumentación jurídica suficiente que abarca la estructura de una resolución mínimamente completa –y no con la corrección de la misma-, exigencia que impone al órgano jurisdiccional, la obligación de "i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron los juzgadores y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho".[20]

36. El criterio rector en tratándose de la motivación, y respecto de la disposición constitucional, tiene que ver con la exigencia mínima de motivación suficiente que se le exige al juzgador –mas no correcta-, lo cual obliga a este último a no solo enunciar las normas o principios jurídicos en que se apoyaron los jueces, sino también a enunciar los hechos del caso, con la finalidad de que se explique a su vez, la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.

37. En este sentido, para que una resolución se considere motivada, en los términos de la referida disposición constitucional, debe contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.[21]

38. Así, la deficiencia en la motivación puede verificarse a través de tres tipos básicos: a) la inexistencia de motivación; b) la insuficiencia de motivación; y, c) la apariencia de motivación.

39. La inexistencia de motivación tiene lugar cuando la resolución judicial no tiene fundamentación normativa ni fáctica; la insuficiencia de motivación por su parte, se verifica cuando la decisión tiene "alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica", pero alguna de aquellas o ambas no cumplen con el estándar de suficiencia.[22]

40. La apariencia ocurre cuando a primera vista, una resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad.[23]

41. Existe el vicio de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se evidencia una contradicción entre los enunciados que componen aquellas –incoherencia lógica-, o una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión –incoherencia decisional-.[24]

[19] Taruffo, Michele, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba" en *Discusiones: prueba, conocimiento y verdad*, Año III, No. 3, pág. 89-90. http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44675.pdf (Acceso 05/09/2022).
[20] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 58.
[21] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.
[22] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 67-70.
[23] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.
[24] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.73-75.

42. La inatinencia se configura cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se dan razones que no tienen relación con la controversia, ni con la conclusión final de la argumentación.[25]
43. La incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.[26]
44. Finalmente, la incomprensibilidad se da cuando un fragmento del texto, ya sea oral o escrito, que contiene la argumentación fáctica o normativa no es inteligible en términos de razonabilidad para un profesional del Derecho o para un ciudadano.[27]
45. Por ello, en cumplimiento de dicha obligación convencional, constitucional y legal, dentro del modelo de Estado garantista de derechos, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

6.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

46. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.
47. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso.
48. A la vez, el artículo 169 de la Constitución de la República prescribe que:

> El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

49. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.
50. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos:

> "[…] el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos".[28]

51. Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.
52. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana señala que el derecho a la tutela judicial efectiva,[29] que prescribe el artículo 75 de la Constitución de la República, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.
53. A su vez, la Corte Constitucional[30] desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia

[25] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.80.
[26] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.
[27] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 95.
[28] Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), p. 27.
[29] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.
[30] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 134-15-SEP-CC, Caso 0342-12-EP, 29 de abril de 2015; (2) Sentencia 278-15-SEP-CC, Caso 0398-15-EP, de 28 de agosto de 2015.

será sancionada de conformidad con la ley.[31] Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.[32]

54. Por su parte, la Corte Constitucional vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se presenta como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales.[33]

55. Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

56. El artículo 8.1 del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

57. Este artículo tiene relación con el artículo 25 sobre la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

58. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando cuando diversos casos son sometidos a su conocimiento, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

59. Es decir, este derecho complejo –debido proceso- que implica, a su vez otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.[34]

60. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica.[35]

61. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias

[31] Cfr. En un sentido similar: Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 224-14-SEP-CC, Caso 1836-11-EP, 10 de diciembre de 2014, al establecerse como presupuestos de la tutela: (1) acceso a la justicia; (2) debida diligencia sustanciación causa (inmediación, celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia y economía procesal; (3) defensa; y, (4) motivación y ejecución sentencia.

[32] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014. 2) Sentencia N° 1943-12-EP/19, Caso N° 1943-12-EP. 3) Sentencia N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, de 08 de enero de 2020. De forma similar, se pronuncia en: 1) Sentencia No. 052-13-SEP- CC, caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 006-13-SEP-CC, Caso No. 0614-12-EP; Sentencia No. 012-13-SEP-CC, caso No. 0253-11-EP; Sentencia No. 018-13-SEP-CC, Caso No. 0201-10-EP; Sentencia No. 021-13-SEP-CC, Caso No. 0960-10-EP; Sentencia No. 029-13-SEP-CC, caso No. 2067-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 041-13-SEP-CC, Caso No. 0470-12-EP; Sentencia No. 047-13-SEP-CC, Caso No. 1608-11-EP; Sentencia No. 049-13-SEP-CC, Caso No. 1450-12-EP; Sentencia No. 051-13-SEP-CC, Caso No. 0858-11-EP; Sentencia No. 052-13-SEP-CC, Caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 084-13-SEP-CC, Caso No. 1607-11-EP; Sentencia No. 091-13-SEP-CC, Caso No. 1210-12-EP; Sentencia No. 100-13-SEP-CC, Caso No. 0642-12-EP.

[33] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.

[34] Osvaldo Gozaíni, *Ob. cit.*, p. 24.

[35] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.

para posibilitar y consolidad la seguridad jurídica en su dimensión objetiva.[36]

62. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna.[37]

63. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.

64. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben —por lo regular— analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

65. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

6.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil

66. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o 'ruptura' de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido.[38]

67. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.[39]

68. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación –en el que los poderes del tribunal *ad quem* no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso-, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y a expresarlo en la fundamentación de su recurso.

69. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.[40]

70. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las

[36] Jorge Malem, "Inseguridad jurídica, pobreza y corrupción" en *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, ed. Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 22.

[37] Jorge Malem, *Ob. cit.*, p. 23.

[38] Jorge Rodríguez-Zapata, *Fundamentos de lo contencioso-administrativo*, Madrid, Tecnos, 2019. ISBN: 978-84-309-7843-4

[39] Ibíd.

[40] Michele Taruffo, *La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile*, Boloña, Il Mulino, 1991, p. 72-73.

Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*.

71. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".[41]

72. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición –casacional-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva[42]. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.[43]

73. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.

74. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.[44]

75. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber:

i) Son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado;

ii) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y,

iii) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

6.3. Análisis y resolución.

6.3.1. Sobre los argumentos presentados bajo el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

76. La fundamentación oral de la parte actora en la audiencia no hace referencia a los argumentos desarrollados por aquella en el escrito de interposición del recurso, así como tampoco ha señalado cuál es la sentencia de la que recurre, ni

[41] Mario Nájera, *Derecho Procesal Civil*, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, p. 649.
[42] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.
[43] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.
[44] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

ha identificado las disposiciones normativas que habrían sido infringidas, y cuya violación sería la base sobre la cual presenta el medio de impugnación.

77. Tampoco ha justificado la existencia del vicio acusado –'errónea aplicación'-, pues, no lo ha vinculado con disposición normativa alguna ni ha demostrado la manera en que el yerro de derecho habría afectado a la parte resolutiva de la sentencia de segundo nivel.

78. La única alegación presentada de manera oral, gira en torno a que no se habría cumplido con el requisito de singularización del bien inmueble objeto de la litis, pues, entre las mediciones de los dos informes periciales aportados para justificar dicho requisito, existiría una diferencia –entre aquellos- de 11 cm2 aproximadamente.

79. Al respecto, este tribunal menciona que las disposiciones normativas aplicables para la resolución de la presente causa, tomando en cuenta los hechos fijados por el tribunal de segundo nivel en la sentencia emitida, son los artículos 933, 934 y 937 del Código Civil, los cuales determinan en qué consiste la acción de reivindicación, qué cosas son susceptibles de reivindicación, y a quién le corresponde proponer dicha acción:

> Art. 933.- La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.
>
> Art. 934.- Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.
>
> Exceptúanse las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.
>
> Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla.
>
> Art. 937.- La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa.

80. Es decir, establecen los requisitos que deben observarse siempre que se proponga una acción de reivindicación, cuya verificación debe ser realizada por el juzgador, y cuya prueba corresponde a quien alega haber cumplido con aquellos.

81. Los requisitos que deben ser demostrados en el proceso para que la acción reivindicatoria prospere, que se extraen tanto de las referidas disposiciones normativas, como de las reglas jurisprudenciales establecidas a través de los fallos de triple reiteración[45], son: a) dominio de la cosa con respecto a la parte actora; b) posesión actual del demandado; c) singularización de la cosa a reivindicarse; y, d) que exista plena identidad entre la cosa que se pretende reivindicar y la que posee la parte demandada con el título de dominio en que se fundamenta la acción.

82. En el presente caso, quienes plantean la acción de reivindicación son los demandados dentro de una causa iniciada por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en la cual, la parte demandada reconvino al actor, obteniendo en segunda instancia, sentencia favorable en la que se aceptó la reconvención de reivindicación y se ordenó que el actor restituya el bien a los demandados reconvinientes.

83. Es decir, de dicha sentencia se extrae que, el tribunal de segunda instancia para aceptar el recurso de apelación, y por consiguiente, la reconvención planteada por los demandados, llegó a la conclusión de que estos últimos probaron de manera suficiente el cumplimiento de los requisitos necesarios para que la acción civil de reivindicación prospere.

84. En otras palabras, fijaron en sentencia, luego de analizar todos los medios de prueba aportados al proceso, los hechos que se encontraban suficientemente justificados, y dispusieron que el actor de la causa restituya el bien a los demandados.

85. De lo anterior, se evidencia que para poder controvertir los hechos que el tribunal de segundo nivel tuvo como probados –cumplimiento de los requisitos para que la reivindicación prospere-, necesariamente se debe acusar algún yerro en que haya incurrido el tribunal de apelación, respecto de los medios de prueba, situación que dentro de los argumentos que fundamentan la causal quinta no puede suceder, toda vez que, doctrinariamente, se ha establecido que cuando se recurre por la causal quinta se debe estar de acuerdo con los hechos fijados en sentencia por el tribunal *ad quem*, criterio que ha sido reforzado mediante lo establecido por la jurisprudencia ecuatoriana a través de numerosas sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que, cuando se alega la violación de

[45] Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 11, página 3446 de 30 de julio de 1991, Gaceta Judicial, Año XCI, Serie XV, No. 11, página 3146 de 3 de abril de 1991; Gaceta Judicial, Año XCVII, Serie XVI, No. 8, página 2047 de 3 de abril de 1997

normas de derecho sustantivo y/o precedentes jurisprudenciales obligatorios, no se puede hacer ningún tipo de consideración respecto a hechos ni alusión alguna sobre una nueva valoración probatoria[46].

86. De los fundamentos del recurso, se evidencia que el casacionista se refiere únicamente a la prueba, especialmente a los informes periciales sobre la ubicación, superficie y linderos del bien litigioso, e inclusive asevera que el tribunal *ad quem* no realizó una valoración correcta de las pruebas –periciales-, y concluye manifestando, que se reconoce un derecho de dominio cuando los reconvinientes no han cumplido con el requisito de singularización del bien, argumentos con los cuales se encuentra controvirtiendo la valoración probatoria realizada por el tribunal de segunda instancia y las conclusiones a las que arribó en función de los hechos que se aceptaron como suficientemente justificados por los medios de prueba, lo que está proscrito cuando se recurre por la causal quinta, como se ha dejado explicado.

87. En términos generales, para que proceda una acción civil de reivindicación de un bien inmueble, entendida de acuerdo al texto del artículo 933 del Código Civil, como aquella que tiene el dueño de una cosa singular de la que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela, la jurisprudencia ha establecido que deben verificarse los siguientes presupuestos:

a) dominio de la cosa con respecto a la parte actora;
b) posesión actual del demandado;
c) singularización de la cosa a reivindicarse; y,
d) que exista plena identidad entre la cosa que se pretende reivindicar y la que posee la parte demandada con el título de dominio en que se fundamenta la acción.

88. La existencia o no de estos requisitos para que proceda la acción reivindicatoria tiene que ver necesariamente con lo probado en el proceso judicial, es decir, se debe justificar a través de los medios probatorios necesarios y permitidos por la ley: 1) que el bien que se quiere reivindicar es singular o una cuota determinada de un bien claramente identificado, para lo cual debe existir correspondencia entre la cosa que se quiere reivindicar, la que posee la parte demandada y el título de dominio que sustenta la acción; 2) la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa que se quiere reivindicar; y, 3) que el demandado se encuentra en posesión de la cosa.

89. En otras palabras, la actividad probatoria de las partes procesales se circunscribe a la justificación –o no- mediante prueba válida, útil, conducente y pertinente, de la existencia de esos requisitos.

90. De tal modo que, si se quiere argumentar que el requisito de singularización de la cosa a reivindicar no ha sido cumplido por quien presenta la reconvención, necesariamente se debe controvertir la prueba actuada, con la finalidad de revertir la conclusión a la que llegó el tribunal *ad quem*, de procedencia de la reconvención, siendo impropio alegar la falta de aplicación de una norma sustantiva, toda vez que, mediante la alegación presentada se pretendería cambiar un hecho fijado en la sentencia censurada: que el bien se encuentra claramente singularizado.

91. En conclusión, la verificación del cumplimiento –o no- del requisito de singularización del bien inmueble a reivindicarse, obligaría necesariamente a revisar los medios de prueba para poder establecer si hay prueba suficiente que indique que el inmueble se encuentra plenamente singularizado, lo cual, en sede de casación y especialmente, en función de la causal que ha sido alegada –quinta- no es posible, pues, quien recurre por esta causal debe estar, necesariamente, de acuerdo con los hechos fijados en la sentencia de segunda instancia, lo que no sucede en el presente caso.

92. Inclusive, debe tenerse en cuenta que, el casacionista no ha fundamentado de manera técnica ni debida su recurso de casación, al no identificar disposiciones normativas violadas, trascendencia del supuesto error de derecho, ni la sentencia de la cual recurre, por lo que se evidencia que el recurso es, claramente, improcedente.

[46] Resolución 323 de 31 de agosto de 2000, juicio 89-99; resolución 229 de 19 de junio de 2001, juicio 168-2000; resolución 317 de 31 de agosto 2000, juicio 190-2000; resolución 332 de 31 de agosto de 2000, juicio 186-2000.

VII. DECISIÓN DE LA SENTENCIA

93. Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ***"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"****, por unanimidad resuelve:*

1) Declarar improcedente el recurso de casación presentado por Edgar Alexander Pérez Solórzano, actor, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.

2) En consecuencia, no casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, emitida el 21 de enero de 2021, las 14h17.

3) Sin costas.

4) Entréguese el monto caucionado a la parte demandada.

5) Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al tribunal de origen. ***Notifíquese y devuélvase****.*

David Jacho Chicaiza

Presidente de la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 01331-2019-00448

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **David Jacho Chicaiza**

ACCIÓN
NULIDAD DE SENTENCIA

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En la presente sentencia se declara la improcedencia del recurso de casación, presentado por la actora, por cuanto el Tribunal de apelación, en su resolución si cumple con la garantía de la motivación, y no incurre en ningún vicio de incongruencia, al negar la acción de nulidad de sentencia.

Quito, 21 de septiembre del 2023, las 15h38.

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por Cecilia Isabel Malla Lopez, actora, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*; el suscrito Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el medio de impugnación extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

I.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. La ciudadana Cecilia Isabel Malla López, en juicio ordinario, demanda a Elsa Viviana Lopez Criollo y Widinson Leonel Lopez Maldonado, la nulidad de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, de fecha 22 de junio del año 2018; en el siguiente contexto:

"(…) 1. Conforme se podrá advertir de las copias certificadas que adjunto a la presente con fecha jueves 21 de abril del año 2011, a las 10H40, las señoras SILVIA BEATRIZ CRIOLLO ZUMBA Y MARIA FELICIA MALDONADO JARA, en sus calidades de madres y representante legales de sus hijos menores de edad a esa fecha, ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO Y WIDINSON LEONEL LOPEZ MALDONADO, propusieron una demanda en contra de la compareciente CECILIA ISABEL MALLA LOPEZ, solicitando la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa suscrito, con fecha 12 de noviembre del año 2007, ante la Dra. Maria Cristina Coellar Lituma, Notaria Segunda del cantón Gualaceo inscrita en el Registro de la Propiedad y Mercantil del cantón Chordeleg, el 26 de noviembre del año 2007, con el No. 425, suscrita por quien en vida fue el señor SEGUNDO ALFONSO LOPEZ SAQUICELA, a favor de la suscrita CECILIA ISABEL MALLA LOPEZ, para lo cual se adjunta a la demanda en referencia, la correspondiente escritura pública antes citada, respecto de los derechos y acciones del inmueble denominado La Delicia y de los derechos y acciones del cuerpo denominado Norchan, ubicados en la parroquia y cantón Chordeleg de la provincia del Azuay, demanda esta que recayera la competencia por sorteo en el Juzgado Vigésimo Segundo de lo Civil Temporal de Gualaceo; mismo que a la actualidad forma parte de la Unidad Judicial Civil, con sede en el cantón Gualaceo, provincia del Azuay asignándose a dicha demanda el No. 01622-2011-0244, misma que con posterioridad previo a sorteo para la Unidad, se lo signo con el No. 01331-2013-0918,

2. Dentro del mentado juicio con fecha 21 de octubre del año 2016, las 10H26, la señora Jueza de la Unidad Judicial Civil, con sede en el cantón Gualaceo, provincia del Azuay, ha emitido sentencia, declarando sin lugar la demanda, sin costas ni honorarios que regular, decisión esta que es apelada para ante la Sala de la Civil y Mercantil de la Corte provincial de Justicia del Azuay. Tribunal de alzada que con fecha 22 de junio del año 2018, las 14H15, procede a emitir sentencia, aceptando el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia recurrida, declarando con lugar la demanda propuesta por las señoras SILVIA BEATRIZ CRIOLLO ZUMBA Y MARIA FELICIA MALDONADO JARA, en sus calidades de madres y representante legales de sus hijos menores de edad a esa fecha, ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO y WIDINSON LEONEL LOPEZ MALDONADO. y la rescisión del contrato bilateral. oneroso por lesión enorme, descrito con anterioridad en el numeral 1 de esta narración, que es lo más sobresaliente de dicho pronunciamiento.

3. El proceso judicial signado actualmente con el No. 01331-2013-0918, en el cual se han obtenido las sentencias referidas con anterioridad, no se acreditado la legitimidad de personería de la parte actora, pues dentro del proceso ordinario por lesión enorme, seguido en mi contra, por parte de las señoras SILVIA BEATRIZ CRIOLLO ZUMBA Y MARIA FELICIA MALDONADO JARA, en sus calidades de madres y representante legales de sus hijos menores de edad a esa fecha, ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO y WIDINSON LEONEL LOPEZ MALDONADO, no se contó con el correspondiente curador de la herencia yacente dejada por el señor SEGUNDO ALFONSO LOPEZ SAQUICELA, así como tampoco se contó con los herederos presuntos y desconocidos de quien en vida fue el señor Segundo Alfonso López Saquicela, conforme se puede advertir de los pronunciamientos vertidos en dicho juicio, tanto en primera como en segunda instancia, por lo tanto la sentencia emitida en segunda instancia por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que se encuentra ejecutoriada, debe ser declarada nula, al no haberse legitimado la personería de la parte actora, de conformidad con lo previsto en el art. 299 numeral 2 de nuestro Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo establecido en el art. 112 numeral 2 de nuestro COGEP, pues la legitimidad de personería de la accionante, nunca fue planteada y peor aún resuelta como excepción previa, por haberse tramitado el proceso judicial ordinario por lesión enorme, conforme las Normas previstas en nuestro Código Adjetivo Civil (…)

Fundamento mi derecho de acción en los arts. 502, 996, 998, 1255, 1263 y 1264, de nuestro Código Civil Ecuatoriano; arts. 43, 53, 82 incisos 3 y 4, 83, 346 numeral 3, 359 y 362 de nuestro Código de Procedimiento Civil; y, arts. 31, 32, 56 inciso segundo, 58, 112.2 de nuestro COGEP Disposición Transitoria Primera y Segunda de nuestro COGEP, por lo que demando a través de este libelo, a los señores ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO Y WIDINSON LOPEZ MALDONADO. (hoy mayores de edad). (…)

La pretensión clara y precisa que se exige.-

Que en la sentencia que usted se digne emitir, acepte la demanda propuesta por la compareciente y declare la nulidad de la sentencia pronunciada en segunda instancia por parte de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte provincial de Justicia del Azuay, que yace de fecha 22 de junio del año 2018, las 14H15, por haber demostrado la falta de legitimación de personería de la parte actora al haber impulsado el juicio ordinario de rescisión de contrato por lesión enorme descrito en la narración de los hechos, al no haberse contado con el curador de la herencia yacente, ni haberse citado a los herederos presuntos y desconocidos de quien en vida fue padre de los accionados ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO Y WIDINSON LEONEL LOPEZ MALDONADO, esto es el señor SEGUNDO ALFONSO LOPEZ SAQUICELA (…)" (Sic).

2. De autos se verifica que Elsa Viviana López Criollo, accionada, comparece al proceso, planteando excepciones en el siguiente sentido:

"(…) Alego como excepción previa COSA JUZGADA, en sus dos formas, cosa juzgada formal y cosa juzgada material, conforme lo manda el artículo 153.8 del Código Orgánico General de Procesos COGEP- (…)

3.3.- El artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos manda que la sentencia ejecutoriada es nula en los casos en los que taxativamente establece la ley pero existe una excepción en la norma que está contemplada en el inciso segundo del numeral 4.- del referido artículo y que dice. "Las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó sentencia, mientras esta NO HAYA SIDO EJECUTADA".-

3.4. La sentencia dictada en el juicio de rescisión de contrato por lesión enorme signado con el No. 1331-2013-0918 está ejecutada, pues la misma se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Chordeleg con lo que las cosas volvieron a su estado anterior, tanto más que los demandados al ser sus únicos propietarios, el GAD Municipal de Chordeleg, en vista de que una parte de la Hacienda "La Delicia" fue expropiada, procedió al pago de la indemnización a sus legítimos herederos.- (…)

4.1. Litis pendencia.

4.2. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda;

4.3. Improcedencia de la demanda.-

1.- La ilegitimidad de personería.-

4.3. Falta de derecho de la actora, pues no le asiste causa o motivo alguno para demandar en la forma que lo hace.-

Las excepciones las alego unas en subsidio de las otras (…)" (Sic)

3. Así también, se verifica que el ciudadano demandado Widinson Leonel Lopez Maldonado, comparece al proceso, deduciendo excepciones en el siguiente contexto:

"(…) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho;

- Falta de derecho para proponer la presente acción, toda vez que la sentencia cumple con lo establecido en la norma.

- Mala fe de la parte actora, al presentar una demanda sin tener derecho alguno fallando a la verdad, tratando de hacer incurrir en error a su Autoridad (…)" (Sic)

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

4. Desarrollado el proceso, llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, la abogada Eva del Pilar Pacheco Rodríguez, Jueza de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Gualaceo, Provincia del Azuay, emite su sentencia declarando sin lugar la demanda, la misma que es reducida a escrito el 21 de agosto del 2020, las 17h44, en el siguiente contexto:

"(…) "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA", declara sin lugar la demanda por improcedente, con costas, la parte actora deberá pagar a la parte demandada 600,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a cada uno de los demandados y al Estado Ecuatoriano por los gastos del Estado en la prestación del servicio judicial un salario básico unificado por cuanto se ha observado abuso de ley conforme lo dispuesto en el artículo 284 COGEP.

Ofíciese a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura a fin de que se realice los trámites pertinentes para el cobro del monto fijado a favor del Estado Ecuatoriano. Por cuanto el auto interlocutorio de resolución de excepciones previas ha sido apelado por los demandados y actora; y, de admisión o no de la prueba por la parte demandada; así como la sentencia ha sido apelados por parte de la actora, apelaciones que fueron concedidas en efecto diferido y suspensivo respectivamente, las partes deberán fundamentar en el término de 10 días bajo prevenciones de ley. NOTIFÍQUESE (...)" (Sic)

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

5. Frente al recurso de apelación interpuesto por la actora, Cecilia Isabel Malla Lopez, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, en sentencia de 8 de julio del 2021, las 14h57, rechaza el remedio procesal y confirma la sentencia del A quo, en el siguiente sentido:

"(…) "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", desestima el recurso de apelación interpuesto y, bajo la motivación expuesta confirma la parte resolutiva de la sentencia recurrida, que declara sin lugar la demanda. Sin costas (…)" (sic)

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

6. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Cecilia Isabel Malla Lopez, actora, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

7. El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 16 de marzo del 2022, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

"(…) RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto, considerando que el recurso interpuesto por ha sido presentado dentro del término legal y que cumple con la estructura del Art. 267 del COGEP, se lo ADMITE a trámite por los casos dos y tres del Art. 268 del COGEP; (…)". (Sic.)

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

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

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

10. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 17 de mayo del 2022, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del COFJ.

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

12. Así, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Luis Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (E); Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (E); y, David Jacho Chicaiza, Juez

[1] Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

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

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL

14. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.
15. El presente proceso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error *in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso de casación, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión del mismo.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

16. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **"7"** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los **casos 2 y 3 del artículo 268 del COGEP**, respecto de los cuales, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:
17. Sobre el caso 2 del artículo 268 del COGEP, señala:

> *"(…) En lo que hace relación de la causal 2da del art. 268 de nuestro COGEP, esto es: (…)*
> *Conforme podrá advertir el Tribunal Casacional, de la sentencia pronunciada con fecha 8 de Julio del año 2021, por los jueces Ad- Quem (…) los mismos adoptan una decisión contradictoria e incompatible con los asuntos sometidos a la controversia, pues si tomamos en consideración que la compareciente pretende la declaración de nulidad de la sentencia pronunciada con fecha 22 de junio del año 2018, las 14h15, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que declara con lugar la demanda propuesta por las señoras SILVIA BEATRIZ CRIOLLO ZUMBA Y MARIA FELICIA MALDONADO JARA, en sus calidades de madres y representantes legales de sus hijos menores de edad, en ese entonces ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO Y WINDINSON LEONEL LOPEZ MALDONADO, al no contarse con los curadores yacentes y herederos presuntos y desconocidos de quien en vida fue su progenitor el señor SEGUNDO ALFONSO LOPEZ SAQUICELA, es decir, al no existir legitimación de personería de dicha parte procesal como actora o legitima necesaria activa, dentro de dicho juicio de recisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 112 numeral 2 de nuestro COGEP, cuando además del contexto de la contestación a la demanda podremos advertir que los accionados jamás argumentaron de que la sentencia pronunciada dentro del juicio de rescisión de contrato signado con el número 01331-2013-0918, se encontraba ejecutoriada o alegaron la excepción previa de cosa juzgada, conforme lo establecido en el artículo 153. 8 de nuestro COGEP, pero los juzgadores analizan entre otras cosas, lo más sobresaliente que ellos consideran en su fallo, así, en el considerando CUARTO numeral 4.14, infieren textualmente (…) así también en su considerando cuarto, numeral 4.16, analizan el certificado de gravámenes constante a fojas 30 y vuleta, en el que indican que con la inscripción de la sentencia por lesión enorme en el Registro de la Propiedad del Cantón Chordeleg, de fecha 30 de Julio del año 2018, se demuestra que se encuentra ejecutada la sentencia emitida*

por la Sala antes citada el día 22 de junio del año 2018, las 14h15, cuando no hay prueba alguna en el proceso, en el sentido de que se halle ejecutada la sentencia, con dicha inscripción, pues dicha razón debió devenir del juzgador de primer nivel, que ejecuto la sentencia emitida en el juicio de recisión, previa razón del secretario, si se ha cumplido o no con dicha ejecución, y además debió ordenarse merced aquello el archivo del proceso por no tener nada más que cumplirse, y esto no sucedió, pues aquel criterio es elucubración de los jueces de segunda instancia, ya que se llega al colmo de rechazar el recurso interpuesto por esta parte procesal pese haberme dado la razón de que los demandados no conformaron el litis consorcio necesario- activo, y confirman la sentencia malhadada de la Jueza de primera instancia que declara sin lugar mi demanda, a quien pese haberle llamado la atención por confundir lo que son nulidades procesales y nulidad de sentencia, acorde a lo previsto en los arts. 111 y 112 de nuestro COGEP, ratifican su decisión, por lo que nos encontramos frente a una decisión contraria e incompatible porque no se sabe porque se rechaza el recurso y por ende la demanda propuesta, si los mismos juzgadores me dicen que tengo la razón, y no se alega excepción alguna de cosa juzgada por los demandados, habida cuenta inclusive de que los señores Jueces de segundo nivel, observando el derecho de tutela imparcial y expedita y el principio de imparcialidad concedidos en el art. 75 de nuestra Constitución de la Republica y art. 9 de nuestro Código Orgánico de la Función Judicial, debían resolver única y exclusivamente la pretensión y la contradicción en relación a lo cual se trabó la litis, y nada más de aquello, por lo que al haberse resuelto de manera contradictoria e incompatible la cuestión controvertida, se advierte la arbitrariedad de los juzgadores del tribunal de alzada, quienes pretenden convertirse en otros abogados defensores más, de los demandados, y es más cuando sus considerandos son contradictorios y no guardan relación con la prueba que debió haberse evacuado, para demostrar las pretensiones de la acción y contradicción, denotándose un claro exceso de dichos operarios de justicia, cuando los mismos inclusive por las obvias y lógicas razones que advierten en su considerando CUARTO numerales 4.10 al 4.14, al denotar la supuesta falencia de la juzgadora, al interpretar de manera errónea y sesgada los artículos 111 y 112 de nuestro COGEP, por espíritu de cuerpo, ratifican su decisión, cuando lo más obvio y lógico es que al advertir dicha equivocación corrijan el fallo de primer nivel, y lo reformen, sin declarar el error inexcusable de tan prestigiosa dama, y esto no ocurre en la especie, pues si damos lectura a la decisión de primer nivel que es ratificada por la sala, se puede advertir que mi demanda se rechaza, porque no hemos citado a los señores Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte provincial de Justicia del Azuay, que según la misma son legitimados pasivos en este tipo de acciones, y es en base a ello que ratifican dicho fallo, contradictorio e incompatible.

Además considero de que la decisión hoy recurrida, pronunciada por el Tribunal de Segunda instancia que yace fecha 08 de julio del año 2021, carece de la garantía de motivación prevista en el artículo 76 numeral 7 literal l de nuestra norma suprema en concordancia con lo prescrito en el art. 89 de nuestro COGEP, pues si por un lado en el considerando cuarto numeral 4.14, parte final establece que esta parte procesal me encontraría con toda la razón para haber demandado la nulidad de la sentencia pronunciada dentro del juicio de recisión No. 01331- 2013-0918, pronunciada con fecha 22 de junio del año 2018, las 14h15, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay que acredita la falta de legitimación activa necesaria acorde a lo previsto en el artículo 112 numeral 2 de nuestro COCEP, no se entiende porque los juzgadores toman una decisión en el sentido de rechazar el recurso y confirmar la sentencia subida en grado, sobre la base de analizar un certificado emitido por parte del señor Registrador de la Propiedad que no se sabe de qué cantón es, obrante a fojas 30 y vta., del proceso conforme lo determina en el considerando cuarto numeral 4.16, para argumentar de que la sentencia en referencia se encontraba ejecutada, cuando era obligación de la parte demandada solicitar al juez del juicio de recisión del contrato en mención, de que a través de secretaria se siente la razón de que la sentencia en referencia se encontraba ejecutoriada y ejecutada, y esto no sucedió, por lo mismo no existe racionalidad en dicha decisión, porque los señores juzgadores suponen que al encontrarse inscrita la sentencia en el Registro de la Propiedad no sé de qué cantón, se encuentra ejecutada, y es ilógica la misma porque si los demandados no demuestran que existe ejecución de la misma y no alegaron cosa

juzgada, los juzgadores no pueden de ninguna manera haber resuelto, en el peor de los casos rechazar el recurso y confirmar la sentencia de primera instancia, y no es nada entendible que dándome la razón en el considerando cuarto numeral 4.14 se rechace el recurso de apelación interpuesto sobre la base de argumentar que habiendo un certificado del registro de la propiedad que obra de fojas 30 y vta., del proceso, la sentencia se encuentra ejecutada, de lo que se advierte un claro abuso del poder del tribunal de alzada quien pretende a toda consta beneficiar a la parte demandada, llegando al colmo de ratificar una decisión de primer nivel espuria e inmotivada, equivocada y falta de probidad de la juzgadora de primer nivel, a quien por hacerle un favor a la sociedad de Gualaceo deberían darle cursos de capacitación para que no confunda lo que son nulidades procesales versus las causales de nulidad de sentencia, y con ello haberse declarado el error inexcusable, y no haber tapado las barbaries de dicha juzgadora, tomando en consideración lo previsto inclusive en el art. 37 de nuestro Código Orgánico de la Función Judicial, en el que se establece el perfil que debe cumplir la o el servidor de la Función Judicial (…)" (Sic)

18. Sobre el caso 3 del artículo 268 ibídem, refiere: *"(…) Como se puede advertir de la sentencia hoy casada pronunciada por los señores juzgadores de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. con fecha 8 de julio del año 2021, las 14h57, la misma no resuelve el asunto sometido al litigio, pues de su parte expositiva considerativa y especialmente resolutiva, se advierte que la misma no resuelve la procedencia o no de la demanda de nulidad de la sentencia pronunciada con fecha 22 de junio del año 2018, las 14h15, por la Sala de lo Civil y Mercantil del a Corte Provincial de Justicia del Azuay dentro del juicio de rescisión del contrato 01331-2013-0918, al amparo de lo previsto en el artículo 112 numeral 2 de nuestro COGEP, esto es por falta de legitimidad de personería o legitimación necesaria, pues la misma se limita a rechazar el recurso de apelación interpuesto y a confirmar la sentencia recurrida por la Juez de primera instancia, pero que la sala analiza se dedica a analizar un certificado de gravámenes constante a fojas 30 y vita.. del proceso, para argumentar que se encuentra ejecutada la sentencia en mención, cuando la parte demandada no ha alegado cosa juzgada el momento de contestar la demanda y de conformidad con lo previsto en el artículo 153 numeral 8 de nuestro COGEP, y no declara si acepta o rechaza mi pretensión expuesta en mi demanda, y en que se sustenta, lo cual conlleva a determinar que en la sentencia hoy recurrida, existe un vicio de citár petita, pues los juzgadores no analizan porque es o no procedente la demanda y porque es o no procedente la contestación y excepciones propuestas por los accionados, y peor aún subsume su criterio de rechazo, a fin de que se resuelva el punto de la controversia o de litigio, pues eluden pronunciarse sobre el fondo del asunto, citando criterios de legitimación de personería y de ejecución de sentencia, y se dedica analizar la equivocación de la juzgadora, respecto de lo que constituye nulidades procesales y nulidades de sentencia, en los términos antes citados en la sentencia casada, por lo que no resuelve absolutamente nada de lo controvertido, y que era obligación hacerlo, en cumplimiento d ellos derechos de la suscrita concebidos en los arts. 75, 76 y 82 de nuestra Norma Suprema, relacionadas con la tutela imparcial y expedita, el derecho a la defensa y la tutela imparcial y expedita (...)"(Sic)*

V. PROBLEMA JURÍDICO

19. Delimitados los cargos en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si la censura esbozada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se delimita el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿La sentencia impugnada, contiene decisiones contradictorias o incompatibles, o adolece de motivación?

¿El Tribunal de apelación en su sentencia, incurre en un vicio de incongruencia (citra petita), al no resolver asuntos que fueron materia del litigio, eludiendo pronunciarse respecto del fondo del conflicto?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

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

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

21. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

> *"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."*[2].

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

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

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

24. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[3]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión[4].

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

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

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[5].

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

28. En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales; así, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, per se, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de

---

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

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

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

[5] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que *"...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior..."*.

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

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

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

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

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..."*.[6]

33. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

34. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *"es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede"*, en este sentido, *"rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."*[7]

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

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

37. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de

[6] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[7] Andrade, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.

legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que *"(…) La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia"*.[8]

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

> *"Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:*
> *1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*
> *2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*
> *3. La determinación de las causales en que se funda.*
> *4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".*

39. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamendrei, define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*.[9]

40. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

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

41. Reiterando que, en el in examine, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los casos 2 y 3 del artículo 268 del COGEP; inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

VI.3. Estudio del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

42. El caso seleccionado para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del ad quem (numeral 2 del artículo 268 del COGEP) establece lo siguiente:

> *"**Art. 268.- Casos.** El recurso de casación procederá en los siguientes casos (…)*
> *2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

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

> *"Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva (...) que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado (…) El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar*

[8] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.
[9] Calamandrei, Piero, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado".[10]

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

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles.
- Si la impugnación hace relación a que el fallo no cumple el requisito de motivación.

45. Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo[11], son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

46. De los enunciados de la parte recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe a la falta de motivación, e indica que se han soslayado los artículos 76 numeral 7 literal 1) de la CRE, y 89 del COGEP.

47. Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional[12], doctrinaria[13], y jurisprudencialmente[14].

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

CRE: *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COGEP: *"Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación".*

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

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

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

"(…) Art. 130.- (…) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se ***<u>explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.</u>*** *Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos". (Énfasis añadido).*

52. Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: *"...la motivación es la exteriorización de <u>la justificación razonada que permite llegar a una conclusión</u>..."*[15] (Énfasis añadido).

53. Es decir, tanto las normas jurídicas mencionadas en el presente fallo, como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

[15] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

imponen a los administradores de justicia el deber de construir sus fallos en base a un razonamiento lógico, el cual se consuma cuando los jueces explican razonadamente la conexión entre los preceptos jurídicos aludidos en su resolución, con los hechos que han sido debidamente acreditados en la especie, esta labor intelectiva les permite llegar a una adecuada conclusión.

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

> *"…En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos:* ***(i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente.*** *Esto quiere decir lo siguiente:*
>
> *61.1. Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en "la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas". O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, "[l]a motivación no puede limitarse a citar normas" y menos a "la mera enunciación inconexa [o "dispersa"] de normas jurídicas", sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso.*
>
> *61.2. Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, "la motivación no se agota con la mera enunciación de [… los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]", sino que, por el contrario, "los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [… si] no se analizan las pruebas". En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en "la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas", sino que se debe: "exponer […] el acervo probatorio aportado a los autos", "mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado" y "permitir conocer cuáles son los hechos". Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes".*[16]

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

56. En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si la parte recurrente pretendía justificar la causal 2 prevista en el artículo 268 del COGEP, en torno al incumplimiento del requisito de la motivación en la sentencia recurrida; tenía el deber de justificar, *"con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de motivación"*[17].

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

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

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.
- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches

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

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

que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

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

¿La sentencia impugnada, contiene decisiones contradictorias o incompatibles, o adolece de motivación?

60. De los enunciados de la parte recurrente, se logra extraer los puntos medulares de su impugnación, los cuales hacen relación a que la sentencia del *Ad quem*, incurre en la vulneración de los artículos 76 numeral 7 literal l) de la CRE, y 89 del COGEP, por las siguientes razones:

- Que la decisión es contradictoria e incompatible frente al asunto sometido a la controversia, cual es la demanda de nulidad de la sentencia de 22 de junio de 2018, emitida en el caso No. 01331-2013-0918, por el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Azuay (que declaró con lugar la demanda propuesta por Silvia Criollo Zumba y María Maldonado Jara, representantes legales de sus hijos menores de edad Elsa López Criollo y Windinson López Maldonado), por no haberse contado con los curadores yacentes y herederos presuntos y desconocidos de quien en vida fue Segundo López Saquicela, es decir, por no haberse conformado adecuadamente el Litis consorcio activo necesario.
- Que los accionados jamás plantearon la excepción previa de cosa juzgada, sin embargo, de ello, el Tribunal *Ad quem*, contradictoriamente desarrolla el tema aludido.
- Que la decisión es contradictoria e incompatible, porque pese a que los mismos juzgadores de apelación, señalan que el fundamento planteado por el actor, en torno a la inadecuada conformación de la Litis consorcio activo necesario, en la causa No. 01331-2013-0918, es razonable, rechazan el recurso y por ende la demanda propuesta, lo que deriva en un vicio motivacional.
- Que la sentencia del *Ad quem*, es inmotivada, ya que erradamente se valora un certificado de gravámenes para considerar que la sentencia dictada en el proceso No. 01331-2013-0918 está ejecutada, cuando aquella cuestión debía ser justificada mediante la certificación emanada del órgano judicial competente en aquella causa.
- Que pese a sostener que la Jueza *A quo*, confunde la nulidad procesal con la nulidad de sentencia, el *Ad quem*, confirma la resolución de primer nivel, lo que vuelve a la decisión esbozada en la sentencia impugnada, en contradictoria e incompatible.

61. Ahora bien, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional[18], para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta con una argumentación jurídica suficiente, es decir, con una estructura mínimamente completa, integrada por estos dos elementos: ***una fundamentación normativa suficiente, y una fundamentación fáctica suficiente***, lo cual constituye el **criterio rector** para un análisis adecuado.

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

63. Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica[19].

64. Insuficiencia.- Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia.[20] Manuel Atienza, señala que *"el ideal de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión"*, en este sentido *"motivar suficientemente significa que se haya alcanzado en grado suficiente de expresión la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión"*.[21]

[18] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[19] Ibídem.
[20] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[21] Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, p. 136-138

65. Apariencia.- Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia constitucional, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: incoherencia; inatinencia; incongruencia; e, incomprensibilidad[22], conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente contexto:

66. Incoherencia.- Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen -sus premisas y conclusiones- (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.

67. La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente. En cambio, una incoherencia decisional siempre implica que la argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación[23].

68. Inatinencia.- Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no "tienen que ver" con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez "equivoca el punto" de la controversia judicial. La *inatinencia* implica que una argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado las razones inatinentes, no quedan otras que logren configurar una argumentación jurídica suficiente[24].

69. Incongruencia.- Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho). La incongruencia frente a las partes puede darse por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta. La incongruencia (sea frente a las partes o sea frente al Derecho) siempre implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación.[25]

70. Incomprensibilidad.- Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o -cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)- para un ciudadano o ciudadana.[26]

71. Ahora bien, relacionando el cargo casacional planteado por el censor, con el conflicto judicializado, y **la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada**, es de relevancia puntualizar la esencia de la misma como institución jurídica.

72. La acción de nulidad sentencia, ataca el principio de intangibilidad de la cosa juzgada, en cuanto significa *"…en general la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarle. No constituye, pues, un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los efectos que produzca."*[27]

[22] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[23] Ibídem.
[24] Ibídem.
[25] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[26] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[27] Lino Enrique Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, II, Abeledo Perrot, Sexta Edición Actualizada, Buenos Aires, 1986, p. 30.

73. En la misma línea, la cosa juzgada es *"un atributo de la sentencia firme que le otorga autoridad a la misma, prohibiendo a los jueces sustanciar otro proceso sobre la misma cuestión ya decidida –non bis in ídem-. Y además, dictar una sentencia que contradiga a la anterior (...) el concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia. Esa medida se resume en tres posibilidades: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. La sentencia en firme es inimpugnable en cuanto ha precluido todas las impugnaciones, es decir, no pueden oponerse contra ellas más recursos que puedan modificarla, en el mismo proceso o en otro futuro. También, es inmutable o inmodificable y consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. La coercibilidad o imperatividad implica que la sentencia, básicamente de condena, es susceptible de ejecución procesal forzada, a pedido del ejecutante."*[28].

74. La cosa juzgada, es una institución que constituye uno de los elementos sustanciales de la seguridad jurídica, desde que el efecto principal de la sentencia ejecutoriada, sobre el proceso, "... proviene de la energía jurídica de que está revestida, en virtud de la ley, y que la convierte en una norma inmutable y coercible, que da fin a la relación jurídica procesal, impide que se debata de nuevo el mismo asunto, y es susceptible de ejecución por el mismo órgano que la pronunció."[29]

75. Sin embargo, nuestro sistema procesal prevé como excepción, los casos en que una sentencia ejecutoriada puede ser anulada; en ese contexto, en la acción de nulidad de sentencia, *"lo que se discute es si en el proceso en el que recayó la sentencia que se pretende su anulación, se sustanció observándose los requisitos esenciales para que exista jurídicamente y si el demandado tuvo o no la oportunidad de ejercer su defensa"*(Sic)[30].

76. En ese contexto, desde la órbita del régimen procesal vigente, el libro II del COGEP, hace relación a la Actividad Procesal", por su parte, el Capítulo IX, instituye las reglas generales sobre la acción de "nulidad de la sentencia", a saber:

> "Art. 112.- Nulidad de sentencia. La sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula en los siguientes casos:
>
> 1. Por falta de jurisdicción o competencia de la o del juzgador que la dictó, salvo que estas se hayan planteado y resuelto como excepciones previas.
> 2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, salvo que esta se haya planteado y resuelto como excepción previa.
> 3. Por no haberse citado con la demanda a la o el demandado si este no compareció al proceso.
> 4. Por no haberse notificado a las partes la convocatoria a las audiencias o la sentencia, siempre y cuando la parte no haya comparecido a la respectiva audiencia o no se haya interpuesto recurso alguno a la sentencia.
>
> Las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó sentencia, mientras esta no haya sido ejecutada. No podrán ser conocidas por la o el juzgador que las dictó. La presentación de la demanda de nulidad no impide que se continúe con la ejecución.
>
> La nulidad de la sentencia no podrá demandarse cuando haya sido expedida por las salas de la Corte Nacional de Justicia y se dejará a salvo las acciones que franquee la Constitución de la República."

77. Ahora bien, la demanda planteada por Cecilia Isabel Malla López, tiene relación con una acción de nulidad de sentencia por *"ilegitimidad de personería"* de la parte actora en el proceso No. 01331-2013-0918; consecuentemente, la teoría fáctica, probatoria y jurídica debía adecuarse a dicha causal.

78. Para abordar el tema, en breves líneas, corresponde referirnos a la *"Legitimatio ad processum"* y *"legitimatio ad causam"*. La legitimación en la causa, conocida también como legitimatio ad causam, es la que le permite a una persona formular o contradecir una pretensión; Para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legítimo contradictor). En cambio, la *legitimatio ad processum*, se refiere a la capacidad jurídico procesal de las partes o a la representación para intervenir en juicio a nombre de

[28] Teoría General del Proceso, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 436-437
[29] Alfonso Troya Cevallos, Elementos de Derecho Procesal Civil, T. II, PUDELECO Editores, Quito, 2002, p. 750.
[30] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 26 de marzo de 2014, a las 11H00. Juicio 677 – 2012.

otro. En este segundo caso sí estamos frente a un presupuesto procesal, de modo que la falta de capacidad de quien se presenta como parte procesal o el no tener la representación que se invoca, ocasiona lo que en nuestro lenguaje procesal se conoce como ilegitimidad de personería.

79. Los casos en que no existe debida legitimación en la causa son los siguientes: **a)** Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser persona distinta a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y **b)** Cuando aquellas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso[31] (Litis consorcio obligatoria o necesaria).

80. La falta de legitimidad de personería se circunscribe en la falta de capacidad para comparecer a juicio: a) quien por sí solo no goza de capacidad; b) quien afirma ser representante legal y no lo es; c) el que afirma ser procurador y no tiene poder; d) el procurador con poder insuficiente; y, e) quien gestiona a nombre de otro y su actuación no ha merecido aprobación.

81. La falta de legitimación en la causa, no es convalidable, porque esta legitimación es un requisito esencial para que la parte procesal (actor o demandado) participe con idoneidad en el litigio; a *contrario sensu*, la falta de legitimación en el proceso, es convalidable, subsanable si se ratifica la comparecencia a juicio o lo actuado en el proceso.

82. La ilegitimidad de personería al tratarse de una solemnidad sustancial, produce nulidad mientras que la falta de legitimación activa o pasiva en causa, desemboca en sentencia inhibitoria, ya que cuando no se encuentra debidamente constituido el litisconsorcio necesario, se impide dictar sentencia de fondo.[32]

83. Esta Alta Corte ha señalado que *"La falta de personería, ilegitimidad de personería o falta de "Legitimatio ad processum", se produce cuando el actor o el demandado carecen de la capacidad para obrar en procesos por sí mismos, o en la ausencia de apoderado o representante legal cuando el que comparece lo hace a nombre de un incapaz, o en la falta o insuficiencia de poder del que aparece en juicio como procurador judicial; (…) sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, impide que el proceso iniciado concluya con una sentencia de mérito, por lo tanto, de prosperar la excepción, el fallo no constituye cosa juzgada, ya que deja la facultad de reiniciar el debate procesal cuando la situación se subsane; esta excepción se conoce también en la doctrina como legitimidad procesal o legitimatio ad processum"*[33].

84. Ahora bien, estudiado el caso, se observa que la recurrente, en la postulación de los fundamentos de hecho y de derecho de su demanda, incurre en una imprecisión, ya que plantea su acción de nulidad de sentencia, basada en la ilegitimidad de personería (artículo 112 numeral 2 del COGEP), sin embargo, contradictoriamente, en el relato de los hechos hace referencia a cuestiones atinentes a la legitimación en la causa, solo de esa forma se entiende que afirme que no se consolidó *"la personería de la parte actora en el juicio ordinario rescisión de contrato descrito en la narración de los hechos"* y *"por ende el litis consorcio de dicha parte procesal en el juicio en mención"*; la cuestión aludida derivó en que el Ad quem, en los numerales "4.14" y "4.15" de su sentencia, con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, aborde la diferencia entre la *"Legitimatio ad processum"* y *"legitimatio ad causam"*, infiriendo que, el proceso sometido a su conocimiento, se refería a *"un caso de falta de legitimación en la causa o falta de legítimo contradictor y no de ilegitimidad de personería"*, por ello concluyó que *"al ser el argumento para sostener la ilegitimidad de personería que no se ha contado con el curador de la herencia yacente ni con los herederos presuntos y desconocidos de Segundo Alfonso López Saquicela, la acción deviene en improcedente"*; ergo, en dicho ejercicio argumentativo del Tribunal de apelación no se evidencia contradicción ni incompatibilidad, ni deficiencia motivacional, por lo que el cargo planteado por la impugnante, deviene en improcedente.

85. Continuando con el estudio del cargo casacional, como parte de su formulación impugnatoria, también, la recurrente sostiene que en el juicio No. 01331-2013-0918, de rescisión de contrato, los accionados jamás plantearon la

[31] Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004. Pág. 259.
[32] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, *Proceso No. 13335-2016-00442*, 23 de septiembre de 2022
[33] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, *Proceso No. 813-2009*, 31 de octubre del 2012.

excepción de cosa juzgada, que sin embargo, de ello, el Tribunal *Ad quem*, contradictoriamente desarrolla el tema aludido; al respecto, de la revisión de la sentencia impugnada, se tiene que la accionada Elsa Viviana López Criollo, al contestar la demanda, en efecto deduce como excepción previa la de cosa juzgada formal y material; razón por la cual, la enunciación que de ella hace el Tribunal de apelación, en ilación con la acción de nulidad de sentencia y la seguridad jurídica, no es incompatible ni contradictoria con el objeto del proceso, por lo cual se descarta el yerro acusado.

86. La recurrente también acusa que el fallo impugnado, es inmotivado, ya que en el, erradamente se valora un certificado de gravámenes para considerar que la sentencia dictada en el proceso No. 01331-2013-0918, está ejecutada, cuando aquella cuestión debía ser justificada mediante la certificación emanada del juzgado competente de aquella causa; sobre este tópico, cabe advertir que, la censura planteada procura que el órgano de casación justiprecie los medios probatorios, restando valor a un documento público (certificado de gravámenes), e insinuando un pronunciamiento sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de otro medio de prueba que dicho sea de paso no obra del proceso, incurriendo la impugnación, *per se*, en la vulneración del principio de no debate de instancia, al pretender la valoración probatoria.

87. Sumado a ello, revisada la resolución objeto de estudio, se avizora que, con una fundamentación jurídica suficiente basada en el penúltimo inciso del artículo 112 del COGEP, el cual, textualmente señala que *"Las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó sentencia, mientras esta no haya sido ejecutada"*, el *Ad quem*, luego de justipreciar los medios probatorios, como atribución soberana que le compete, concluyó que la sentencia cuya nulidad se pretendía estaba ya ejecutada, pues la misma había sido inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente, razón por la cual, la acción incoada devenía en improcedente; en este ejercicio argumentativo no se avizora deficiencia motivacional de ninguna índole, siendo improcedente la censura.

88. Como último punto, la recurrente acusa que, el *Ad quem*, pese a sostener que la Jueza A quo, confunde la nulidad procesal con la nulidad de sentencia, confirma la decisión de primer nivel, por lo cual, inculpa que la resolución de alzada, es contradictoria e incompatible; ahora bien, revisados los numerales "4.9" a "4.13" de la sentencia impugnada, se observa que en efecto, el Tribunal de apelación cuestiona el yerro en el que incurre la Jueza de primer nivel, en lo referente a la hermenéutica y aplicación de los artículos 111 y 112 del COGEP; sin embargo de ello, luego de ese cuestionamiento, el Tribunal de apelación, se aparta del razonamiento errado esbozado por la Jueza de la Unidad Judicial, y desarrolla una línea argumentativa encaminada a sostener que la confusión afincada en la demanda respecto de lo que constituye la *"Legitimatio ad processum"* y la *"legitimatio ad causam"*, y el hecho procesal cierto que determina que la sentencia cuya nulidad se persigue, está ejecutada, en aplicación del penúltimo inciso del artículo 112 del COGEP, impedían que prospere la acción de nulidad de sentencia incoada; en ese sentido *"…desestima el recurso de apelación interpuesto y, bajo la motivación expuesta confirma la parte resolutiva de la sentencia recurrida, que declara sin lugar la demanda…"* (El énfasis nos corresponde); en ese escenario, la decisión del *Ad quem*, no es contradictoria, incompatible, ni adolece de motivación, por lo cual, la censura deviene en improcedente.

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

VI.4. Estudio del caso 3 previsto en el artículo 268 del COGEP.

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

> *"Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*
> *3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia".*

91. El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste en: *"…la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia*

y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante,"[34], en este sentido, *"la incongruencia del fallo puede revestir tres formas: a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra petita)"*,[35] en consonancia, el Tratadista Guillermo Enderle, señala al respecto:

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

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

> "(…) El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *sententia debet esse confirmis libelo, ne eat judex, ultra, extra, o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata et probata,* delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso".[37]

93. En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 92 del COGEP: *"Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso."*, en relación con lo que dispone el artículo 91 ibídem: "*La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes"*; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es sino la que es materia del litigio[38].

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

> *"…Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa parte favorecida por la ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia y de equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada…".*[40]

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

- *"Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.*
- *Asemejar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.*
- *Identificar, de ser el caso, la reconvención esbozada por el demandado, así como las*

[34] Humberto Murcia Ballén, *"Recurso de Casación Civil"*, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñes, Bogotá,2005, Pag.506.
[35] Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).
[36] Enderle Guillermo Jorge, *"La Congruencia Procesal"*, Rubinzal – Culzon Editores, Buenos Aires – Argentina, Pag. 103.
[37] G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador)
[38] Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 323.
[39] Oswaldo Navas, Teoría General del Proceso, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2019, p 101
[40] Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 321.

excepciones planteadas a la misma.

- *Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.*
- *Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvención u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.*
- *Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito ut supra, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido (plus o ultra petita), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (extra petita), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (citra petita) (debida fundamentación y demostración).*
- *El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia)."*[41]

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

> **¿El Tribunal de apelación en su sentencia, incurre en un vicio de incongruencia (citra petita), al no resolver asuntos que fueron materia del litigio, eludiendo pronunciarse respecto del fondo del conflicto?**

97. La recurrente sostiene que *"existe un vicio de citar petita (Sic), pues los juzgadores no analizan porque es o no procedente la demanda y porque es o no procedente la contestación y excepciones propuestas por los accionados o peor aún subsume su criterio de rechazo, a fin de que se resuelva el punto de la controversia o de litigio, pues eluden pronunciarse sobre el fondo del asunto"* (Sic)

98. De los enunciados impugnatorios, dejando de lado el error de sintaxis en el que incurre la recurrente, al acusar una eventual *"citar petita"* (Sic), se advierte que la censura tiene que ver con el vicio de incongruencia de ***citra petita***, por presuntamente no haberse resuelto lo que fue materia del litigio.

99. Ahora bien, revisados exhaustivamente los enunciados de la recurrente, se advierte que los mismos son reiterativos e idénticos con aquellos postulados en la censura planteada por el caso 2 del artículo 268 del COGEP; por ello, se infiere que incurre en la violación de los principios casacionales de autonomía y no contradicción.

100. Sin dejar de lado las imprecisiones técnicas en las que incurre la impugnante, una vez delimitado el planeamiento demandatorio de la accionante Cecilia Isabel Malla López, cual es la acción de nulidad de sentencia por *"ilegitimidad de personería"* de la parte actora en el proceso No. 01331-2013-0918; determinadas las excepciones de los accionados Elsa Viviana Lopez Criollo y Widinson Leonel Lopez Maldonado (Cosa juzgada, litis pendencia, negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, improcedencia de la demanda, falta de derecho de la actora); analizada la traba de la litis; y, confrontado todo aquello con lo resuelto por el Ad quem, se llega a establecer que el Tribunal de apelación si resolvió lo que fue materia de litigio; en ese sentido, al tenor de lo ya explicado en los numerales 84 a 88 de esta sentencia, se ultima que, los Jueces de alzada, en su sentencia, al desarrollar una línea argumentativa encaminada a sostener que la confusión afincada en la demanda respecto de lo que constituye la *"Legitimatio ad processum"* y la *"legitimatio ad causam"*, y el hecho procesal cierto que determina que la sentencia cuya nulidad se persigue, estaba ejecutada, en aplicación del penúltimo inciso del artículo 112 del COGEP, impedían que prospere la acción de nulidad de sentencia incoada, de forma congruente desestimaron el recurso de apelación, y confirmaron la parte resolutiva de la sentencia de primer nivel que declaró sin lugar la demanda; en ese escenario, al no advertirse el vicio de *citra petita* acusado, ni otro vicio de congruencia, la censura deviene en improcedente.

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

VII. DECISIÓN

101. *En virtud de lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad,* ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,***
RESUELVE:
102. *Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Cecilia Isabel Malla Lopez, actora, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores in iudicando y los cargos acusados.*
103. *Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y el rechazo total del recurso de casación, conforme la parte final del artículo 275 del COGEP, corresponde al juzgador competente, entregar a la parte perjudicada (demandada), por la demora, el valor total de la caución.*
104. *Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.-* ***NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.***

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 13337-2017-00532

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **David Jacho Chicaiza**

ACCIÓN
PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El Tribunal de esta Alta Corte, rechaza el recurso de casación, ya que en la sentencia de apelación si se han respetado los preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria, lo que condujo a negar la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

Quito, jueves 9 de noviembre del 2023, las 16h27,

VISTOS.- En virtud del recurso de casación planteado por Rosa Edilma Mejía Cevallos y Walter Antonio Zambrano Mendoza, actores, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*; el suscrito Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el medio de impugnación extraordinario; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

I.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. Rosa Edilma Mejía Cevallos y Walter Antonio Zambrano Mendoza, en juicio ordinario, demandan al Fideicomiso Mercantil de Tenencia, Administración y Gestión Inmobiliaria Biess-Urbanización Jaime Roldos, y otros, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un inmueble; en el siguiente contexto:

"(…) CUARTA: FUNDAMENTOS DE HECHO: 4.1 Que somos poseedores pacíficos e ininterrumpidos, con ánimos de señores y dueños de un cuerpo de terreno ubicado en la avenida 4 de Noviembre, costado izquierdo de la Distribuidora DISVECA y frente al Comisariato AKI, cuyas medidas y linderos son: POR EL FRENTE.- Con 12.10 METROS, liderando con la avenida 4 de Noviembre; POR ATRÁS.- 12.00 METROS y lindera con la avenida 115; POR EL COSTADO DERECHO.-61.30 METROS con propiedades de Distribuidora DISVECA y de la familia Sánchez Cañarte, y, POR EL COSTADO IZQUIERDO,- 61.30 METROS y lindera con cancha Deportiva de Beisbol, propiedad del FIDEICOMISO MERCANTIL DE TENENCIA, ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN INMOBILIARIA "URBANIZACION JAIME ROLDOS". Teniendo un área total de 738.66 METROS CUADRADOS. Y se encuentra singularizado dentro del lote de terreno No. 1. Tal como consta en los croquis que adjuntamos

4.2. Es el caso señor Juez, que desde el 25 de marzo de 1993, hemos mantenido posesión legitima, pacifica e ininterrumpida con ánimos de señores y dueños sobre el bien inmueble descrito en el numeral anterior. En este inmueble hemos acondicionado con nuestros propios recursos dos construcciones de estructura mixta, y que hemos venido realizando mejoras y contamos con los servicios básicos de energía eléctrica, agua potable, alcantarillado, internet y telefonía, la primera que funciona como Restaurant denominado "Chylly Willy" que nos sirve como fuente de trabajo para subsistir y la segunda es tipo vivienda, en la que habitamos junto a nuestra familia y que hemos vivido durante más de veinticuatro años, sin interferencia de nadie y siempre manteniendo el ánimo de señores y dueños, tal como lo comprobamos con el informe de Inspección Extrajudicial del bien inmueble compuesto de terreno y construcciones de estructura mixta (informe pericial) realizada por el Ingeniero Civil WASHINGTON ALBERTO ESPAÑA PICO, y otros documentos que acompaño.

QUINTA: FUNDAMENTO DE DERECHO: Los fundamentos de derecho se encuentran establecidos en los numerales 23 y 26 del Art. 66 de la Constitución de la Republica, en concordancia con los numerales 1,2 y 5 del Art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial y Arts. 142, 143, 144, 289 y 290 del Código Orgánico General de Procesos. Asi mismo establecemos como fundamento de nuestra pretensión la norma sustantiva señalada en los Arts. 603, 715, 2398, 2405, 2410, 2411, y siguientes del Código Civil. (…) SEPTIMA: LA PRETENSION CLARA Y PRECISA QUE SE EXIGE.

Con los antecedentes expuestos y al amparo de lo establecido en los numerales 23 y 26 del Art. 66 de la Constitución de la Republica en concordancia con los numerales 1, 2 y 5 del Art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial y Arts. 142, 143, 144, 289, y 290 del Código Orgánico General de Procesos y los Art 603, 715, 2392, 2393, 2398, 2401, 2405, 2410, 2411, 2413 y siguientes del Código Civil, concurrimos ante su Autoridad para demandar como en efecto demandamos a Fideicomiso Mercantil de Tenencia, Administración y Gestión Inmobiliaria BIESS Urbanización "Jaime Roldos", y a la Compañia Fiduciaria del Pacifico S.A -FIDUPACÍFICO", y a todas las personas que puedan haber tenido derechos que quedaron extintos por la acción de prescripción que ejercemos en este acto de dominio, para que en SENTENCIA se sirva DECLARARNOS como dueños y propietarios del bien inmueble ubicado en la avenida 4 de Noviembre, entre calles 307 y 309 dentro del lote de terreno No. 1, costado izquierdo de la Distribuidora DISVECA y frente al Comisariato AKI, cuyas y linderos se encuentran detalladas en mi demanda por Prescripción Adquisitiva Extraordinaria de Dominio, debiendo ordenar que se inscriba la sentencia en la Empresa Pública Municipal Registro de la Propiedad de Manta - EP, una vez que se haya protocolizado en una de las Notarías Publicas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 2413 del Código Civil Vigente." (…) (Sic).

2. De autos se verifica que el Fideicomiso BIESS-Urbanización Jaime Roldos, parte accionada, comparece al proceso, contesta la demanda

y deduce excepciones, en el siguiente sentido:

"(…) se NIEGAN los hechos y se INADMITEN las pruebas de forma expresa, exponiendo las siguientes razones:

1.- Los actores alegan una posesión de un cuerpo de terreno ubicado en la avenida cuatro de Noviembre costado izquierdo de la distribuidora Disveca y frente al comisariato Aki, cuyas medidas y linderos son Por el Frente: Con 12.10 metros linderando con la avenida cuatro de noviembre: Por atrás: 12 metros y lindera con avenida 115. Por el costado derecho: con 61.30 v lindera con propiedades de DISVECA y de familia Sánchez Cañarte Y. Por el costado izquierdo: con 61 30 metros y lindera con cancha de Béisbol propiedad del FIDEICOMISO MERCANTIL DE TENENCIA, ADMINISTRACION Y GESTIÓN INMOBILIARIA BIESS- URBANIZACIÓN JAIME ROLDÓS. Teniendo Una Superficie Total de 738.66 metros cuadrados; señalando señor Juez que se niega este hecho y se impugna el informe pericial presentado por la parte actora para demostrar su pretensión por carecer de veracidad, para lo cual se adjunta al presente escrito el INFORME PERICIAL de la ARQUITECTA VERONICA JOHANNA PALACIOS CANTO, informe que demuestra que dichas medidas y Superficie difieren de la reales IN SITU, y evidenciando de manera clara que el Bien inmueble del cual se pretende prescribir NO SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE SINGULARIZADO incluso la ubicación exacta no se encuentra señalada en la demanda (parroquia, ciudad y provincia a la que pertenece el bien inmueble) a pesar de existir un CERTIFICADO DE SOLVENCIA adjunto a la demanda inicial de fojas 8 a 10 del proceso, de tal forma señoría que solicito se inadmita esta prueba.

Señor Juez que en dicho informe manifiesta que el tiempo de las pequeñas construcciones que poseen como domicilio no data más de 10 años de construidas, así mismo al no demostrar que tiene el tiempo manifestado en su demanda inicial con pruebas documentales ni hechos reales. demostraríamos la temeridad, mala fe y la clandestinidad con la que actuaron los actores para plantear la presente acción.

2- Los actores manifiestan que mantienen por más de 24 años, es decir desde el año 1993, de manera pacífica e ininterrumpida, para lo cual pongo en conocimiento señor Juez que existe un proceso de Amparo de posesión signado con el número 13306-2011-0504 de Amparo de posesión en contra del INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL IESS. ARMANDO ARTURO CAJAMARCA VALLE, DELEGADO REGIONAL DE MANABI (se adjunta impresión del ESATJE), con el cual bien podría decirse que existieron hechos perturbadores que interrumpieron desde ese entonces su "posesión" pacifica e ininterrumpida, proceso con el cual no continuaron Así mismo pongo en su conocimiento que existe otra demanda de Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio signada con el número 13325-2012-0030 la cual fue declarada sin lugar puesto que el actor demando en indebida, procediendo a adjuntar al presente las impresiones del sistema Esatje de la causa mencionada.

Así mismo adjunto al presente señor Juez adjunto 5 fotografías de los años 2004, 2005, 2006, 2008, 2009 en las cuales no existe vestigio alguno de construcción alguna o en su defecto algún cerco o hechos que hagan verificar que los actores de la presente demanda hubieren en esas fechas poseído el bien descrito por ellos en su demanda inicial

Cabe señalar que se adjunta al proceso, fotografías del bien que se pretende prescribir en la acción planteada, las mismas que son a partir del año 2009, observando algo en el terreno recién a partir del año 2010, para posteriormente en el año 2012 y 2016 aparezcan las construcciones y cerramiento, de lo cual adjunto 3 fotografías, todo esto se puede comprobar señor juez en las tomas Satelitales que el Google Earth ofrece de manera abierta a cualquier usuario que ingrese al Internet, herramienta con la que varias Instituciones y Profesionales trabajan en la actualidad.

Negando así una vez más los hechos mencionados anteriormente por parte de los actores.

(…)

3- Es importante manifestar señor Juez que en la Escritura que se adjunta al presente de ACLARATORIA al FIDEICOMISO BIEES URBANIZACION JAIME ROLDOS, celebrada el veinticinco de Agosto del dos mil Once, entre El. BANCO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (BIESS), Y, el EIDEICOMISO MERCANTIL DE TENENCIA ADMINISTRACION Y GESTION INMOBILIARIA BIESS URBANIZACION JAIME ROLDOS", e inscrita el catorce de septiembre de dos mil once, se encuentra la APROBACIÓN DE LA SUBDIVISION Y AUTORIZACIÓN N° 284-1624

DE LA DIRECCIÓN DE PLANEAMIENTO URBANO DEL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTON MANTA, DE FECHA 8 DE AGOSTO DE 2011, con la cual se demuestra que hasta esa fecha no existía dicha posesión del bien, debido a que es de conocimiento general que al realizar la Subdivisión antes mencionada el Departamento correspondiente realiza las inspecciones para verificar medidas y linderos, y al otorgar estos documentos significaría que la inspección realizada en esa fecha se hizo sin ningún contratiempo ni nadie que manifieste tener posesión en el bien inmueble.

Con lo que se demuestra que es el FIDEICOMISO BIESS URBANIZACION JAIME ROLDOS, quien es el titular de dominio de esta propiedad y no la FIDUCIARIA DEL PACIFICO SA, como erróneamente se ha dirigido esta acción, configurándose la excepción 3ra del artículo 153 del Código General de Procesos. (…)

3- DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS

De acuerdo a lo que prescribe el art. 153 del COGEP, tengo a bien deducir las siguientes excepciones previas:

Numeral 3- Falta de legitimización en la causa por parte del demandado. (…)

Numeral 8-Cosa juzgada. (…)" (Sic)

3. El Juez A quo, dispuso que se subsane la excepción previa de falta de legitimación en la causa de los accionados, cuestión incidental que fue cumplida.

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

4. Desarrollado el proceso, llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, el abogado Placido Isaias Mendoza Loor, Juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Manabí, emite su sentencia negando la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la misma que es reducida a escrito el viernes 2 de agosto de 2019, las 16h26, en el siguiente contexto:

"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, NIEGA LA DEMANDA presentada por los señores WALTER ANTONIO ZAMBRANO MENDOZA y ROSA EDILMA MERA CEVALLOS, por falta de pruebas para justificar el tiempo mínimo de quince años previsto en la Ley para que opere la Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio (...)" (Sic)

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

5. Frente al recurso de apelación interpuesto por Walter Antonio Zambrano Mendoza y Rosa Edilma Mera Cevallos, actores, el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en sentencia de jueves 12 de diciembre de 2019, rechaza el remedio procesal y confirma la sentencia del A quo, en el siguiente sentido:

"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por los accionantes, confirmando en todos sus partes la sentencia venida en grado que declara sin lugar lo demanda. Sin costos ni honorarios que regular en esta instancia, por no cumplirse los presupuestos previstos en el artículo 284 y 286 del COGEP. Ejecutoriado que se encuentre la presente sentencia, cancélese la inscripción de la demando ordenada en providencia inicial, para lo cual el Juez A qua notificará al Registrador de la Propiedad correspondiente. Siga actuando en lo presente causa, la Ab. Jenny Vero Loor, como Secretaria Relatora. -NOTIFIQUESE y cúmplase.- (…)" (sic)

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

6. Inconformes con la sentencia dictada por el Tribunal ad quem, antes referida, dentro del término legal, Walter Antonio Zambrano Mendoza y Rosa Edilma Mera Cevallos, actores, interponen recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

7. La doctora Rita Bravo Quijano, Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 24 de agosto de 2020, las 16h34, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

"(…) la suscrita Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, ADMITE el recurso de casación interpuesto ROSA EDILMA MEJIA CEVALLOS y WALTER ANTONIO ZAMBRANO MENDOZA (…)". (Sic.)

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

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

9. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo, Himmler Roberto Guzmán Castañeda, y David Isaías Jacho Chicaiza, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte.
10. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 17 de marzo del 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del COFJ.
11. En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E)[1], al tenor del artículo 1 inciso segundo de la Resolución No. 02-2021, emitida por esta Alta Corte, en relación con el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021, ibídem.
12. Así, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Roberto Guzmán Castañeda y Luis Adrián Rojas Calle, Jueces Nacionales; y, David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.
13. La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; artículos 184 y 190 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL

14. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.
15. El presente proceso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error *in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso de casación, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión del mismo.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

16. En el *in examine*, la Conjueza Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **"6"** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 4 del artículo 268 del COGEP**, respecto del cual, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

> *"(…) Normas de derecho infringidas (…)*
> *Código Orgánico General de Procesos: Falta de aplicación de los artículos 186, 195 numerales 1*

[1] Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

y 2 y 226 inciso 2do; errónea interpretación de los artículos 164 y 202.
Código Civil: Falta de aplicación de los artículos 2398, 2410 y 2411.
TRES: Determinación de las causales en que se funda el presente recurso.-
El presente recurso se funda en la causal 4 del artículo 268 del COGEP.
CUATRO: Exposición de motivos.-
La causal en que se sustenta el presente recurso es la contenida en el numeral 4 del artículo 268 del COGEP, por la violación indirecta de la normas sustantivas contenidas en los artículos 2398, 2410 numerales 1 y 2; y, 2411 del Código Civil, en razón de la falta de aplicación de los artículos 186, 195 numerales 1 y 2; 226 inciso 2do; la errónea interpretación de los artículos 164 y 202 del COGEP.
Los precitados preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba se refieren a las pruebas documentales, periciales y testimoniales que han sido mal valoradas por el Tribunal de Alzada, ratificando el mismo yerro del juez de primer nivel, como demostraremos más adelante, yerros que han conducido a la falta de aplicación de las referidas normas sustantivas. (…)
Respecto de la prueba documental de fojas 90 a la 96.-
Dice el Tribunal de Alzada que "...a fojas 90 a 96 de los autos constan fotografías impresas del medio digital Google Earth, donde se evidencia que en los años 2004 y 2005 no existía edificación alguna en el predio materia de la Litis.".
Dichos documentas no hacen prueba por encontrarse alterados con un rectángulo insertado por la parte accionada previo a su incorporación al proceso, con lo cual se constituye en una herramienta documental que falsea los hechos reales.
Es además una imagen diminuta que no permite evidenciar lo que representan los puntos obscuros y claros, haciendo creer que se trata de edificaciones cuando de ello no existe ninguna constancia técnica ni científica que lo demuestre.
Pese a ello, el Tribunal de apelaciones le da el valor de documentos originales, interpretando erróneamente el artículo 202 del COGEP, dejando de aplicar el artículo 195 incisos 1 y 2 Ibidem, pues al considerar original las impresiones del Google Earth, en las condiciones que se las presenta, considera que es suficiente para que las mismas tengan valor probatorio, cuando el artículo 195 le pone condiciones claramente determinadas, de no estar alterados ni ser diminutos, defectos que presentan dichas impresiones digitales.
Esa valoración llevó al Tribunal al considerar que mi posesión aparece recién después del 2005 y no desde 1993 como tengo justificado. (…)
De esa forma queda evidenciado que los señores Jueces violaron el artículo 76 numeral 1 de la Constitución, al no aplicar el artículo 195 del COGEP y hacer una errónea interpretación del artículo 202 Ibidem.
La falta de aplicación del artículo 129 numeral 2 del COFJ lleva al Tribunal a no aplicar correctamente la norma jurídica pertinente, cuando aplica erróneamente el artículo 202 del COGEP y dejando de aplicar el artículo 195.
Respecto de la prueba pericial.-
El Tribunal sostiene que los informes de los peritos Washington España Pico y Verónica Palacios Canto no señalan las técnicas científicas utilizadas para determinar la "edad" de la vivienda, sin indicar la norma jurídica en que sustenta su decisión para restarle el valor probatorio del tiempo de la vivienda, que ha sido establecida por uno y otro perito.
Si el Tribunal hubiese aplicado el artículo 226 del COGEP, habría cumplido con su deber de ordenar un nuevo peritaje, como lo dispone el inciso 2do de la precitada norma jurídica. (…)
Respeto de la prueba testimonial.-
El Tribunal no solo que hace una apreciación subjetiva, sino que además pretende imponerle a los testigos que describan la forma cómo ocurrieron los hechos el día en que tomé posesión del bien, cuando dice que : "lo aseverado por dichos testigos no establece con precisión la forma cómo ocurrió dicha posesión...".
En cuanto al testigo Juan Francisco Álvarez dice que "...desconoce pormenores que han ocurrido en la zona donde se encuentra el bien inmueble como la construcción de disveca...", pretendiendo imponerle la obligación de recordar hechos ajenos a los que son materia de la Litis, ya que no se centran en pedir detalles de mi vivienda sino de una ajena. Que el testigo".. responde dudosamente respecto del lugar donde se encuentra la vivienda dentro del terreno..", confundiendo la intención del testigo de poder determinar en una forma técnica esa ubicación, lo cual como es lógico lo lleva a hacer pausa en la intención de buscar la forma de expresarlo de mejor manera.

En relación al testigo Manuel Antonio Zambrano Zambrano, lo único que valida el Tribunal de Alzada es que "vive lejos del predio de la Litis." Esa circunstancia no es requisito para la valoración de la prueba testimonial.
El Tribunal de Apelación no considera el contexto de toda la declaración de los testigos, que son coherentes con los argumentos de hecho de nuestra demanda, pero fundamentalmente directas y conducente en relación a la Litis, incurriendo con ello en la falta de aplicación del artículo 186 del COGEP y haciendo a su vez una errónea interpretación del artículo 164 Ibidem, pues el contexto general de las declaraciones de los testigos Manuel Antonio Zambrano y Juan Francisco Alvarez no ha sido valorado en su conjunto como lo manda la norma jurídica.
Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido citados para cada uno de los yerros contenidos en la sentencia, han llevado al Tribunal de Alzada a la falta de aplicación indirecta de las normas sustantivas relacionadas con el derecho, modo y características de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio contenidas en los artículos 2398, 2410 y 2411 del Código Civil. (…)
El Tribunal de Alzada nos niega el derecho de la prescripción extraordinaria adquisitiva de domino que demandamos, al dejar de aplicar el numeral 2 del artículo 2410 del Código Civil, mismo que dispone que "para la prescripción extraordinaria…basta la posesión material en los términos de artículo 715," esto es "la tenencia …con ánimo de señor o dueño; ...en su lugar ya su nombre"., coma ha ocurrido y lo hemos probado.
Deja de aplicar la precitada norma de derecho sustantivo al darle valor probatorio a unas fotografías impresas de google que fueron presentadas para la parte demandada (obran de fojas 90-96), interpretando erroneamente el artículo 202 del COGEP, cuando el artículo 195 en sus numerales 1 y 2 (Ibídem) las condiciona a que "no estén ...diminutos" (numeral 1) y que "no estén alterados en una parte esencia' (numeral 2), pues dichos impresos no solo que están diminutos, sino que además han sido adulterados al colocarles rayas para formar un rectángulo en el cual se encierra supuestamente la totalidad del inmueble en el que habitamos y del cual demandamos la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
¡De ello proviene el vicio de la falta de aplicación del artículo 195 por la indebida aplicación del artículo 202, provocando el error de rechazar la demanda par la falta de aplicación del artículo 2410 numeral 2, por la supuesta falta del tiempo necesario para ganar por prescripción la titularidad del bien inmueble que demandamos.
Es claro que la violación a los preceptos de valoración probatoria por la falta de aplicación del artículo 195 y la indebida aplicación del artículo 202 (todos del COGEP), llevan a la consecuencia de la violación indirecta de los artículos 2411 y 2010 numeral 2 del Código Civil.
Par lo tanto, es evidente que las jueces del Tribunal de Alzada dejan de aplicar las normas de derecho sustantivas que hemos citado, para darle valor probatorio a unos impresos fotográficos diminutos y alterados, que no cumplen las condiciones y formalidades del artículo 195 del COGEP, dándoles erradamente el valor probatorio del artículo 202 Ibídem. (...)" (Sic)

V. PROBLEMA JURÍDICO

17. Delimitado el cargo en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si la censura esbozada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se delimita el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿El *Ad quem*, incurre en un error de omisión (falta de aplicación) de los artículos 186, 195 numerales 1 y 2, y 226 inciso segundo del COGEP, cuanto en errónea interpretación de los artículos 164 y 202 de Código ibídem, en la valoración de la prueba, en la presente causa?

¿Los errores de omisión e interpretación acusados, generaron la violación indirecta de las normas sustantivas contenidas en los artículos 2398, 2410 y 2411, del Código Civil, referentes a la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

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

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

19. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

> *"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..." .*[2]

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

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

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

22. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[3]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión[4].

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

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

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[5].

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

26. En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales; así, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, per se, forman parte del

---

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

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

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

[5] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que"*...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...".*

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

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

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

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

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...".*[6]

31. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

32. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: "*Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *"es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede"*, en este sentido, *"rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."*[7]

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

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

35. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la

[6] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[7] Andrade, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.

ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que *"(…) La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia"*.[8]

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

> *"Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:*
> *1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*
> *2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*
> *3. La determinación de las causales en que se funda.*
> *4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".*

37. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamendrei, define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*.[9]

38. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

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

39. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso de casación, limitando el mismo al **caso 4 del artículo 268 del COGEP**; inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquel cargo, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

VI.3. Estudio del caso 4 previsto en el artículo 268 del COGEP.

40. La causal establecida en el numeral 4 del artículo 268 del COGEP, señala lo siguiente:

> *"**Art. 268.- Casos.** El recurso de casación procederá en los siguientes casos (…)*
> *4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto".*

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

[8] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.
[9] Calamandrei, Piero, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

prueba"; y, la segunda de "normas de derecho sustantivo", lo cual se explica por el doctor Carlos Ramírez, en el siguiente sentido:

"Estas exigencias completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el error respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la violación de la prueba conduce a otra violación, a la violación de normas de derecho sustantivo. Es decir que, si no hay violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, no puede haber violación de la norma sustantiva como para configurar esta causal[10]".

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

- *"Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).*
- *La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).*
- *El cargo casacional escogido, debe ir relacionado con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.*
- *La violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, a la vez, debe derivar en una equivocada aplicación o en la no aplicación de normas de derecho (norma sustantiva). De este enunciado, se desprende también dos cargos que deben justificarse en la propuesta casacional: 1) Equivocada aplicación; o, 2) No aplicación, de normas de derecho sustancial."[11]*

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

- *"El medio o medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se ha infringido la norma que regula la valoración de dichas pruebas.*
- *La norma o normas que regulan la valoración de la prueba, cuya aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación se acusa.*
- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre los medios de prueba y la norma violada.*
- *Singularizar la norma sustantiva que como consecuencia del yerro in iure acusado, ha sido i**ndirectamente** transgredida."[12]*

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

"La demostración de este caso implica revisar la aplicación de los preceptos jurídicos relativos a la valoración del aprueba, lo que conduce a corregir el error judicial de la segunda violación, aplicando otras normas de derecho sustancial o a la aplicación de las que la sentencia no ha aplicado (…) la valoración de la prueba es la operación mental que realiza el juzgador para, con la debida argumentación y ponderación, determinar si los hechos del caso tienen relación con la norma o normas a aplicar y conducir si son ciertas o no las afirmaciones del actor y/o del demandado; y, sobre todo, la valoración implica una decisión sobre la credibilidad de la fuente –medio de la prueba(…) la facultad de valorar prueba es privativa de los jueces de instancia; por lo que el tribunal de casación, en la primera fase de tratamiento del recurso, no puede juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal ad quem, ni realizar una valoración nueva y distinta de las pruebas que obran de autos, sino comprobar si en la valoración de la prueba se ha violado o no los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba y si esta violación ha conducido a la violación de las normas sustantivas."[13]

45. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien en términos concretos sostiene que, los jueces del Tribunal de apelación, incurrieron en falta de aplicación de los artículos 186, 195

[10] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120
[11] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.
[12] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.
[13] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pág. 120 -121.

numerales 1 y 2, y 226 inciso segundo del COGEP, y en errónea interpretación de los artículos 164 y 202 de Código ibídem, lo que derivó en la violación indirecta de los artículos 2398, 2410 y 2411, del Código Civil.

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

47. Por su parte, el cargo de *errónea interpretación*, opera cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente (precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba) para la resolución del caso concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal, soslayando el ámbito teleológico de la norma cuestionada.

48. El autor Jorge Carrión Lugo explicando esta causal señala:

> *"Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla".*[14]
>
> **49.** *Per se*, 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[15].

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

51. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en las siguientes interrogantes:

> **¿El Ad quem, incurre en un error de omisión (falta de aplicación) de los artículos 186, 195 numerales 1 y 2, y 226 inciso segundo del COGEP, cuanto en errónea interpretación de los artículos 164 y 202 de Código ibídem, en la valoración de la prueba, en la presente causa?**
>
> **¿Los errores de omisión e interpretación acusados, generaron la violación indirecta de las normas sustantivas contenidas en los artículos 2398, 2410 y 2411, del Código Civil, referentes a la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio?**

52. Para dar respuesta a este problema jurídico, es menester el estudio del argumento planteado, así como de las garantías normativas del COGEP, cuya falta de aplicación y errónea interpretación se acusa, las mismas que textualmente, señalan lo siguiente:

> *"Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.*
>
> *La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.*
>
> *La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión."*
>
> *"Art. 186.- Valoración de la prueba testimonial. Para valorar la prueba testimonial, la o el juzgador considerará el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas."*
>
> *"Art. 195.- Eficacia de la prueba documental. Para que los documentos auténticos y sus copias o compulsas, hagan prueba es necesario:*
>
> *1. Que no estén defectuosos ni diminutos, con excepción de lo dispuesto en este Código sobre los documentos defectuosos.*
>
> *2. Que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad.*
>
> *3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intente probar."*
>
> *"Art. 202.- Documentos digitales.- Los documentos producidos electrónicamente con sus respectivos anexos, serán considerados originales para todos los efectos legales.*
>
> *Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se*

[14] Jorge Carrión Lugo, *El Recurso de Casación en el Perú*, Volumen I, Segunda Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 218.

[15] Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2558. (Quito, 20 de enero de 1998)

agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original. Los documentos originales escaneados, serán conservados por la o el titular y presentados en la audiencia de juicio o única, o cuando la o el juzgador lo solicite.
Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código."
"Art. 226.- Informe pericial para mejor resolver. En caso de que los informes periciales presentados por las partes sean recíprocamente contradictorios o esencialmente divergentes sobre un mismo hecho, la o el juzgador podrá ordenar el debate entre sí de acuerdo con lo dispuesto en el presente Código.
Si luego del debate entre las o los peritos, la o el juzgador mantiene dudas sobre las conclusiones de los peritajes presentados, ordenará en la misma audiencia un nuevo peritaje, para cuya realización sorteará a una o un perito de entre los acreditados por el Consejo de la Judicatura, precisando el objeto de la pericia y el término para la presentación de su informe, el mismo que inmediatamente será puesto a conocimiento de las partes (...)"

53. Ahora bien, desde la órbita del régimen procesal vigente, el Titulo II, del COGEP, hace relación a la prueba, por su parte, el Capítulo I, instituye las reglas generales; así, el artículo **164 del COGEP**, establece el sistema de sana crítica para la valoración de la prueba indicando que *"La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica"*, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos, norma en la cual se obliga al juzgador a *"justipreciar la prueba en su conjunto y a aplicarle a toda ella las normas y los juicios lógicos y axiológicos"*[16]. También del régimen procesal vigente, emergen las reglas de valoración de la prueba testimonial (artículo 186 del COGEP), las garantías normativas atinentes a la prueba documental, entre ellas la de eficacia (artículo 195 del COGEP), y la referente a los documentos digitales (artículo 202 del COGEP); en lo referente a la pericia, se desarrollan reglas claras para los casos de informes contradictorios o divergentes, como el del informe para mejor resolver (artículo 226 del COGEP).

54. El desarrollo conceptual de las reglas singularizadas ut supra, y su irradiación procesal, conforme lo indicado, se derivan de la teoría general de la prueba judicial, la misma que, coadyuva a delimitar el ámbito conceptual de prueba, objeto, sujeto, órgano, medio de prueba, todo lo cual tiene relación con el *"Thema Probandum"* o *necesidad de prueba*; ahora bien, dichos institutos, en función de los mandatos de optimización de legalidad y seguridad jurídica, tienen que cumplir con los principios de eficacia jurídica y legal, formalidad y legitimidad, libertad, pertinencia, idoneidad o conducencia, y utilidad de la prueba, que en esencia, establecen:

*"**Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba:** Este principio complementa al anterior (necesidad de prueba). Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio, o a la pretensión voluntaria, o a la culpabilidad penal investigada. No se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión, sino que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia o inexistencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados (…) **Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba:** Al tratar del sistema de la libre apreciación de las pruebas vimos (cfr., núm. 27) que este no es incompatible con las formalidades procesales para la validez de las practicadas en el juicio, sino que, por el contrario, es preciosa garantía para la defensa del acusado en el proceso penal y para la contradicción, lealtad e igualdad de oportunidades en el proceso civil (cfr., núm. 27, punto b). Estas formalidades permiten que las pruebas gocen de publicidad, que se conozcan en oportunidad, que no se lleven subrepticiamente y, en fin, que ofrezcan garantías de probidad y veracidad. Este principio tiene dos aspectos: con arreglo al primero, para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los*

[16] Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Civil*, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p. 304

requisitos procesales establecidos en la ley; el segundo exige que se utilicen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla. Es el complemento indispensable de los cuatro anteriores y rige por igual en los procesos civil, penal y de cualquiera otra naturaleza.-Las formalidades son de tiempo, modo y lugar, y se diferencian según la clase de proceso y el sistema oral o escrito, inquisitivo o dispositivo, consagrado para cada uno. El segundo aspecto consiste, como dice Silva Melero[17]*, en que debe obtenerse la prueba "por los modos legítimos y las vías derechas", excluyendo las calificadas de "fuentes impuras de prueba", se contempla la moralidad, la licitud y la procedencia de la prueba. Este principio implica que la prueba esté revestida de requisitos extrínsecos o intrínsecos*[18]*. Los primeros se refieren a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; los segundos contemplan principalmente la ausencia de vicios, como dolo, error, violencia, y de inmoralidad en el medio mismo, como sería la reconstrucción total de un delito sexual o de una unión extramatrimonial para establecer la concepción; procuran que con ella se busque en realidad el convencimiento del juez sobre hechos que interesen al proceso, y no lesionar el patrimonio moral o económico de la parte contraria, como ocurriría con la exhibición de escritos sobre escabrosos secretos familiares que en nada influyan sobre el litigio (…).-* ***Principio de la libertad de la prueba:*** *Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes (…) puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea de derecho) o sean claramente impertinentes o inidóneas (cfr., punto 18 de este número) o aparezcan ilícitas por otro motivo (véase núm. 137, m). Dos aspectos tiene este principio: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Significa lo primero que la ley no debe limitar los medios admisibles, como sucede en algunos códigos de procedimiento, sino dejar al juez la calificación de si el aducido o solicitado tiene relevancia probatoria; lo segundo implica que pueda probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en su práctica. El segundo puede existir sin el primero (…).-* ***Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba:*** *Puede decirse que este representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no debe perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos. De esta manera se contribuye a la concentración y la eficacia procesal de la prueba"*[19].

55. En lo referente al contenido del artículo 164 del COGEP, ante la presencia de pruebas solemnes, su valoración está sujeta al cumplimiento de las formas que la ley establece para su existencia jurídica. En tal razón, queda claro que la norma *ibídem*, cuya infracción se acusa en el caso, no contiene en si una regla de valoración de prueba, al ser un sistema valoración que guía la apreciación de la prueba excluyendo la valoración discrecional del juzgador; la opinión jurídica generalmente autorizada, ha dicho que *"la sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero razonamiento"*[20], puesto que la valoración probatoria es facultad soberana de las instancias, escapando del control de la casación su revisión; la vulneración de la norma invocada, es motivo de casación únicamente cuando se demuestre

[17] Silva Melero, ob.cit., t. I, págs. 29 y 30, nota 4.
[18] Florian, ob. Cit., Núms. 129, 142, 153-157; GUASP, ob. Cit., págs. 343 y 346; ROCHA, Derecho Probatorio, ob. Cit., págs. 84 Y 101; DE LA PLAZA, ob. Cit., t. I, pág. 474.
[19] Devis Echandia, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo I, Sexta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1999, p.109-126.
[20] Couture, Eduardo 1979. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma t. II, Pág. 478.

de manera evidente, que el Tribunal *Ad quem* ha actuado arbitrariamente, apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y la observación racional, puesto que la convicción a más de ser razonada debe ser el resultado lógico de los hechos y la convicción que sobre ellos se alcance con la apreciación motivada de los elementos de la prueba.

56. De acuerdo a lo delimitado en los párrafos *supra*, es claro que, en función del principio de libertad probatoria, las partes procesales, ofertaron un sinnúmero de medios de prueba, las mismas fueron admitidas, ordenadas, practicadas e incorporadas al proceso; sin que respecto de ellas, se haya realizado objeción valida y jurídica, en el momento procesal oportuno, en torno a su legalidad, pertinencia, conducencia, eficacia y validez, institutos que tienen relación con los principios desarrollados en líneas anteriores, cuyos referentes son los artículos 76 numeral 4, y 168 numeral 6, de la CRE.

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

- Da valor probatorio a unas fotografías impresas de google, que fueron presentadas por la parte demandada, interpretando erróneamente el artículo 202 del COGEP.
- Pese a que, los documentos (fotografías), están diminutos y adulterados, procede a valorarlos, inobservando las reglas descritas en el artículo 195 del COGEP.
- Al verificar que los informes periciales sustentados por Washington España Pico y Verónica Palacios Canto, eran contradictorios y divergentes, en torno a la determinación del tiempo de antigüedad de la construcción existente en el bien objeto de usucapión, omitió ordenar un nuevo peritaje, conforme al artículo 226 del COGEP.
- No considera el contexto de todas las declaraciones, en lo referente a los testimonios practicados por la parte actora, omitiendo la aplicación del artículo 186 del COGEP.
- No justiprecia la prueba testimonial ofertada por los accionantes, en su contexto general, con las otras pruebas, inobservando su obligación de valorar la prueba en su conjunto conforme lo establece el artículo 164 del COGEP.
- Al infringir los preceptos jurídicos de valoración probatoria descritos ut supra, violó indirectamente las normas sustantivas atinentes a la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

58. Ahora bien, analizada la censura, se llega a establecer la clara intención de la parte recurrente, de inducir al Tribunal de casación, a justipreciar nuevamente los medios de prueba constantes en el proceso, en especial los presentados por ellos, como parte accionante, solo de esa forma se entiende sus afirmaciones, referentes a que, las fotografías de google, son diminutas o alteradas; o que, los testimonios de Juan Álvarez y Manuel Zambrano, no fueron considerados cabalmente, medios probatorios con los cuales, según su criterio, se justifica los requisitos de la usucapión; o cuando hacen referencia al contenido intrínseco de un peritaje.

59. Cuando se procura que el Tribunal de casación, revise el contenido de unas fotografías, y le dé o reste cierto valor, y lo relacione con otro instrumento público, o con una pericia, y que aquello se contraste con la prueba testimonial, es claro que, el planteamiento, incurre en la prohibición establecida en el cuarto inciso del artículo 270 del COGEP, que señala: *"No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba"*; ergo, al configurarse tal pretensión, en los enunciados de la formulación propuesta, dicha cuestión deriva en la transgresión del principio de no debate de instancia, ya que la parte recurrente procura una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

> *"(…) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente.* ***Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba,*** *sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (…)*
>
> ***la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los***

jueces o tribunales de instancia. *El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (…)"*[21]

60. Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de *"no debate de instancia"*, por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén *"se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia"*[22]. La parte recurrente debía delimitar el ámbito de los preceptos de valoración probatoria soslayados y su trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados.

61. En este contexto, además, la parte recurrente, no desarrolla el fundamento del cargo, con el carácter técnico que exige el medio de impugnación, ya que, de forma por demás abstracta, en sus enunciados, hace relación a varios medios de prueba presuntamente no valorados conforme los preceptos de los artículos 164, 186, 195, 202, y 226 del COGEP, pero sin demostrar el nexo entre estos dos presupuestos, lo que torna a su propuesta impugnatoria en vaga y estéril, tanto más que, lo que se verifica conforme lo indicado *ut supra*, es un debate de instancia, proscrito en esta sede.

62. Por lo expuesto, en relación a la primera interrogante del problema jurídico planteado, desde la óptica de la técnica casacional, se concluye que la parte recurrente, respecto a la falta de aplicación de los artículos 186, 195 numerales 1 y 2, y 226 inciso segundo del COGEP, y la errónea interpretación de los artículos 164 y 202 de Código ibídem, plantea una censura que adolece de debida fundamentación, demostración, y trascendencia.

63. En la misma ilación, relacionando el cargo casacional planteado por la parte recurrente, con el conflicto judicializado, es de relevancia señalar que, la **prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio**, es un modo de adquirir el dominio de los bienes inmuebles que son susceptibles del comercio humano, con el tiempo necesario de quince años, contra toda persona. Pertenece a la órbita del derecho privado, consistente en un mecanismo o uno de los modos de adquirir el dominio o propiedad como lo ordena el artículo 603 del Código Civil; y, como lo dice el artículo 2398 supra, salvo las excepciones que establece la CRE, se gana por prescripción, el dominio de los bienes corporales raíces, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales.

64. Son presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio: a) Que la acción se dirija en contra de quien ostenta la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa; b) Que el demandante se encuentre en posesión del mismo, con ánimo de señor y dueño, de manera pública, pacífica e ininterrumpida por más de quince años, al tenor de los artículos 715 y 2411 del Código Civil; c) Que el inmueble que se pretende prescribir se encuentre dentro del comercio humano; y, d) Que el inmueble se encuentre debidamente singularizado.

65. A la luz del artículo 2410 del Código Civil, el dominio de las cosas comerciales puede ser adquirido por la prescripción extraordinaria, bajo las siguientes reglas: *"1. Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito; 2. Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 715; 3. Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; 4. Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1. Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; y, 2. Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo".*

[21] Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.
[22] Murcia Ballen, Humberto, *"Recurso de Casación Civil"*, 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

66. Esta Alta Corte, respecto de los requisitos para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, ha indicado lo siguiente:

"La acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de bienes raíces exige para su procedencia, según lo establecen la ley, la jurisprudencia y la doctrina los siguientes requisitos: 1o. La posesión material del actor por quince años del bien o derecho real que se pretende prescribir, en forma pública, pacífica e ininterrumpida; 2o. la correcta individualización del inmueble a prescribirse; 3o. que se haya dirigido la demanda a quien aparezca como titular del dominio del predio en el Registro de la Propiedad correspondiente; y 4o. que tal bien se halle en el comercio y sea susceptible de apropiación. El inciso primero del Art. 715 del Código Civil define a la posesión como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra personan su lugar y a su nombre". En la jurisprudencia se destaca que "La prescripción adquisitiva, institución relativa a los derechos reales, es título constitutivo y originario de dominio... La causa de su adquisición es la prescripción, y el fundamento de ésta, es la posesión tenida y ejercida con los requisitos o condiciones y durante el tiempo exigido por la ley".[23]

67. Asimismo, ha señalado lo siguiente:

*"Tercera.- 3.2.-(…) 3.2.2.- Las disposiciones, legales relativas a la prescripción adquisitiva de dominio, establecen que la prescripción adquisitiva es un modo (originario) de adquirir el dominio, que se funda en la posesión, por un tiempo determinado de bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y por lo tanto son prescriptibles. De lo expuesto se deduce que para que se produzca la prescripción adquisitiva de dominio se requiere: **1er. Requisito:** Que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible; pues no todas las cosas son prescriptibles. Así, no: pueden ganarse por prescripción: las cosas propias, las cosas indeterminadas, los derechos personales o créditos, los derechos reales expresamente exceptuados, las cosas comunes a todos los hombres, las tierras comunitarias, las cosas que están fuera del comercio. **2do. Requisito:** La posesión de la cosa, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).- La posesión es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de ley, el posesionario adquiera por prescripción el derecho de dominio del bien. La posesión requerida para que proceda legalmente la prescripción adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva. **3er. Requisito:** Que la posesión haya durado el tiempo determinado por la ley. El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de 15 años, sin distinción de muebles e inmuebles, ya se trate de presentes o ausentes. **4to Requisito.-** Que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado.- **5to Requisito.-** Que la acción se dirija contra el actual titular del derecho de dominio, lo que se acredita con el correspondiente certificado del Registrador de la Propiedad."*[24] (Énfasis fuera del texto)

68. A la luz de lo enunciado en líneas precedentes, el **primer requisito** para que opere la institución jurídica en análisis, hace relación a que el bien sobre el que se pide la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sea prescriptible; aquello tomando como referente que no todas las cosas son prescriptibles, pues no pueden ganarse por prescripción: las cosas propias, las cosas indeterminadas, los derechos personales o créditos, los derechos reales expresamente exceptuados, las cosas comunes a todos los hombres, las tierras comunitarias, las cosas que están fuera del comercio.

69. Un tema de relevancia al analizar este requisito, es delimitar y discriminar si el bien inmueble objeto del proceso está o no fuera del comercio humano: El Código Civil en su artículo 2398 establece: *"(…) Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales"*. No todos los bienes corporales, gozan del mismo tratamiento, pues hay que distinguir entre cosas comerciales reguladas

[23] Corte Suprema de Justicia, *Gaceta Judicial Año CVIII. Serie XVIII*, No.5 Sentencia No. 09111-2004-0923

[24] Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil y Familia, *Registro Oficial Suplemento N0. 170, 19 de julio del 2011.*

por el derecho privado y cosas incomerciales o fuera del comercio humano, en específico aquellas reguladas por el derecho público. Las cosas comerciales, son aquellas que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas, pudiendo así sobre ellas recaer un derecho real o constituirse un derecho personal, siendo susceptibles de incorporarse al patrimonio de una persona. Las cosas que están fuera del comercio humano, son aquellas que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas por parte de los particulares; sin poder ser susceptibles de un derecho real ni personal; por lo que, no pueden incorporarse a patrimonio alguno. En el derecho público, hay cosas que en razón de su naturaleza están fuera del comercio humano, siendo aquellas comunes a todas las personas y que de manera absoluta, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas en general y por ello, no las alcanza el comercio humano, de manera absoluta y definitiva como es el caso del alta mar, el espacio aéreo, etc.; también en el derecho público, hay otro conjunto de cosas que en razón de su destino, están fuera del comercio humano, que pese a ser susceptibles de comercialización por su naturaleza, han sido sustraídas del comercio jurídico, al haber sido destinadas a un fin público, como son calles, plazas, caminos, en fin bienes nacionales, estatales o fiscales, que pueden ser objeto de relaciones jurídicas de carácter público, como el caso de las concesiones, subastas, adjudicaciones, etc. regladas en la ley según la naturaleza o destino de la concesión, subasta, adjudicación, etc.; por ello, desde el punto de vista del derecho privado, se las considera fuera del comercio humano, aspecto que no es absoluto, por existir la posibilidad de ser desafectados, y convertirse en bienes comerciables.

70. El **segundo requisito** para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, tiene relación con la posesión, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).

71. Uno de los elementos necesarios para la prescripción extraordinaria es el ánimo de verdadero señor o dueño, es decir como si fuera de propiedad de uno, el poseedor debe comportarse como dueño absoluto y exclusivo del bien inmueble. Por ejemplo si existiese un contrato de arrendamiento con alguien que firma como propietario, se está reconociendo que no es de su propiedad, por lo tanto, no es poseedor sino solamente mero tenedor. Como el ánimo o voluntad esta intrínsecamente dentro de una persona, se necesita exteriorizar, exponerla al conocimiento de los demás, de no ser así el poseedor se maneja en forma clandestina ocultando su propósito, es una posesión viciosa que no sirve para adquirir.

72. Esta exteriorización se efectúa mediante "hechos posesorios" que demuestran el ánimo de dueño, como por ejemplo edificar, cercar, conectar servicios públicos (agua, luz, teléfono, etc.) o cualquier acto que un propietario acostumbra realizar.

73. Es decir, la posesión con ánimo de señor y dueño, implica que el poseedor no reconoce vínculo alguno con el titular, empero, posee sin admitir derecho mayor al suyo. En efecto, carecen de *animus domini* los poseedores cuya causa posesoria no sea en concepto de dueño, como es el caso de quienes poseen en calidad de arrendatarios, como datarios, depositarios, etc.

74. Frente a lo explicado, es preciso considerar los elementos constitutivos de la posesión:

75. El *corpus* o elemento material.- Consiste en la tenencia, es decir, la relación objetiva o poder de hecho (factus) sobre la cosa, que otorga al detentador la posibilidad física de disponer de ella. Este componente se da sin lugar a dudas mientras el poseedor tiene efectivamente aprehendida la cosa, bajo su poder inmediato y directo, como cuando viste su traje, ocupa la vivienda o conduce su automóvil[25].

76. Esta Alta Corte ha insistido que *"[e]l corpus es la relación de hecho existente entre la persona y la cosa; el conjunto de actos materiales que se están realizando continuamente durante el tiempo que dure la posesión. El corpus constituye, pues, la manifestación visible de la posesión, la manera de ser comprobada por los sentidos."*[26] Por ello existe el corpus aun en los casos en que la cosa es tenida sólo en parte y también cuando ha salido materialmente de las manos del poseedor, si este conserva el poder de dominación que le permite disponer de ella. Esto se observa en el marco normativo establecido en el artículo 742 del Código Civil, que señala:

> *"La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del*

[25] Parraguez, Luis, 2021, *Régimen Jurídico de los Bienes*, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Cevallos Editora Jurídica, pág. 345.
[26] Corte Suprema de Justicia, 22 de marzo de 2006 (GJS XVIII, N°2),

poseedor, aunque este ignore accidentalmente su paradero".

77. El *animus*, o elemento intelectual o psicológico. - Este elemento relacionado con la intención ha sido señalado por esta Alta Corte, en el siguiente contexto:

"es el elemento psíquico, de voluntad que existe en la persona, por el que se califica y caracteriza la relación de hecho; sirve, por así decirlo, de respaldo a los actos posesorios ejercidos sobre la cosa; es la voluntad de tener la cosa para si de modo libre e independiente de la voluntad de otra persona y en función del derecho correspondiente; es la voluntad de conducirse como propietario sin reconocer dominio alguno."[27]

78. No se exige que el poseedor tenga la *convicción* de dominio, porque no debe confundirse el *animus* con la creencia. Quien tiene una cosa en su poder y sabe que no es su dueño (falta de creencia), puede ser poseedor desde que tenga la intención de actuar como tal y de hecho lo hace[28].

79. La posesión es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de ley, el posesionario adquiera por prescripción el derecho de dominio del bien. La posesión requerida para que proceda legalmente la prescripción adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva.

80. La buena fe es uno de los elementos que determina la posesión pública, tranquila, no interrumpida del bien inmueble cuya prescripción se pretende; la buena fe se presume de derecho, por lo tanto, no admite prueba en contrario, pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir la mala fe:

"La excepción tiene una contra excepción se vuelve a la regla general de que no cabe prescripción contra título inscrito, si el poseedor "material" de la finca, tiene un título de mera tenencia. En este caso se cambia la regla: se presume la mala fe. Esto es muy lógico, ya que quien entra en posesión por un título de mero poseedor, reconoce la posesión de otro: la mera tenencia supone la existencia de un poseedor distinto; por ejemplo, el arrendatario, es un mero tenedor, y al actuar como arrendatario está reconociendo la propiedad y la posesión del propietario que es otra persona distinta de él".[29]

81. Al tenor del artículo 729 del Código Civil *"Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (…)".*

82. Conforme lo indicado *ut supra*, la posesión analizada en este punto y requerida para que proceda legalmente la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva, dentro de los términos establecidos por la ley:

83. El artículo 728 del Código Civil, establece que *"posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella"*; la **posesión pública** se opone a la clandestina, es decir que, se ejerce sin ocultarla a persona alguna. Para que la posesión no sea clandestina, los actos posesorios deben ser notorios de modo que puedan ser interpretados con el ánimo "de señor o dueño".

84. En torno a la **posesión pacífica**, es decir no violenta, el poseedor pacifico debe recurrir a las acciones judiciales correspondientes para defender su posesión si es atacada, pero no puede rechazar por la fuerza a quien pretende apoderarse de la cosa que posee, de lo contrario puede incurrir en la posesión violenta establecida en el artículo 725 del Código Civil.

85. La posesión debe ser también exclusiva, si es compartida por varios poseedores, esas personas forman un solo sujeto, es un ejemplo claro el de los condóminos, la exclusividad de la posesión se refiere a una cosa determinada, no posee todo el predio, quien solamente hace actos posesorios en una parte.

86. La posesión debe ser no interrumpida. La interrupción sea natural o civil hace referencia a un acto del titular del derecho, que produce la privación de la posesión a otra, o también en el ejercicio de un recurso judicial por parte del mismo titular contra el poseedor, es decir el dueño del bien inmueble ejerce el derecho de interrumpir natural o civilmente la prescripción.

87. El **tercer requisito**, hace relación a que la posesión analizada ut supra, haya durado el tiempo determinado por la ley. El tiempo necesario

[27] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de marzo de 2006 (GJS XVIII, N° 2)
[28] Parraguez, Luis, 2021, *Régimen Jurídico de los Bienes*, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Cevallos Editora Jurídica, pág. 346
[29] Larrea Holguín, Juan, 2005. *"Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador"*, Corporación de Estudio y Publicaciones. Quito-Ecuador, p. 462.

para adquirir por prescripción extraordinaria es de quince años, conforme la garantía normativa descrita en el artículo 2411 del Código Civil.

88. El **cuarto requisito**, tiene relación con que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado, de lo que se deduce que debe existir una correcta individualización del inmueble a prescribirse. Para el efecto de identificar o individualizar una cosa se le debe asignar ciertos elementos que le son propios, característicos y le hacen ser ese y no otro objeto.[30] Identidad, entre otra de las acepciones, que le asigna el Diccionario de la Lengua Española, es *"Hecho de ser una persona o cosa, la misma que le supone o se busca"*[31]. Singularizar, asimismo, entre otra de las versiones que le asigna el diccionario en mención consiste en "*Distinguir o particularizar una cosa entre otras"*[32]. Como se ve, los dos términos son sinónimos y se correlacionan, *"no se puede identificar debidamente el inmueble sin singularizarlo, por lo que se lo singulariza cuando en el proceso se han comprobado datos precisos sobre su identidad como ubicación, linderos, descripción, esto es, se lo distingue como una unidad, como una cosa que no se confunde con otra, porque tiene determinadas características".*[33]

89. Son imprescriptibles, entre otras, las **cosas indeterminadas**; ergo, pretender prescribir de manera general una cosa que no se la individualiza expresamente (por ejemplo un lote de terreno, una casa), es contrario al ordenamiento jurídico, en vista de que, el dominio y los derechos reales que se pueden adquirir por la prescripción, sólo existen respecto de cosas individualmente determinadas, por cuanto la posesión, es la tenencia, con ánimo de dueño, de una cosa determinada, según el artículo 715 del Código Civil.

90. El quinto y último **requisito**, para la procedencia del instituto en análisis, tiene relación con que la acción se dirija contra el actual titular del derecho de dominio, lo que se acredita con el correspondiente certificado del Registrador de la Propiedad.

91. En cuanto a la **legitimación pasiva**, la acción debe dirigirse contra quien conste en el Registro de la Propiedad, como titular del dominio sobre el bien que se pretende prescribir.

92. Además de conformidad con lo previsto en la Disposición General Décima del Código Orgánico de Organización Territorial. Autonomía y Descentralización, se debe obligatoriamente contar con el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón donde se encuentra el bien, bajo pena de nulidad:

> *"En todo juicio en que se demanda la adquisición por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un inmueble situado en el área urbana o rural se citará al respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano. El incumplimiento de esta disposición será causal de nulidad del juicio.".*

93. La Corte Nacional en sentencia No. 0198-2013 dentro del juicio ordinario No. 613-2012, sobre el requisito en análisis, al respecto señala:

> *"Finalmente, y respecto del cuarto, que constituye requisito sine qua non, conforme los fallos obligatorios de la anterior Corte Suprema de Justicia y que este Tribunal los renueva y acoge, "...La demanda deberá dirigirse contra quién conste en el Registro de la propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende ha prescrito; ya que la acción va dirigida tanto para alcanzar la declaratoria de que ha operado este modo de adquirir la propiedad a favor del actor, cuanto a dejar sin efecto la inscripción que aparece reconociendo el derecho de propiedad a favor de los demandados porque ha operado la prescripción que ha producido la extinción correlativa y simultánea del derecho del anterior dueño...". "...En los juicios de declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio se ha de dirigir la demanda contra la persona que, a la época en que al proponerla, aparece como titular del dominio en el registro de la propiedad, ya que se va a contradecir su relación jurídica sustancial...".*

94. La Corte Constitucional, en Sentencia No. 837-15-EP/20, establece:

> *"En acciones de prescripción extraordinaria de dominio, la autoridad judicial* ***deberá verificar los certificados de propiedad y gravámenes emitidos por el Registro de la Propiedad del lugar donde se encuentre el bien, con el fin de identificar a las personas naturales o jurídicas***

[30] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 202-2012, Juicio No. 349-2011, Quito, 27 de junio de 2012, las 11h00.
[31] Vigésima Primera edición, Ed. Espasa – Calpe, S.A., Madrid, p. 803.
[32] Ibídem p.1336.
[33] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 202-2012, Juicio No. 349-2011, Quito, 27 de junio de 2012, las 11h00.

que puedan tener un legítimo interés sobre el bien en cuestión, y deban comparecer al proceso como legitimados en la causa. *Si de la lectura de los certificados se determina que existen personas naturales o jurídicas adicionales a las señaladas por el actor como demandadas y que puedan tener un legítimo interés, la autoridad judicial deberá requerir a la parte actora que aclare y complete la demanda y proporcione los datos para las citaciones o que agote los mecanismos establecidos en la ley para solventar esa actividad procesal. El proceso deberá desarrollarse con apego a las normas procesales vigentes, garantizandolos derechos a la tutela judicial efectiva y defensa de todas las personas naturales o jurídicas que deban comparecer al proceso".*

95. Fijado el marco teórico sobre la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, dado el conflicto suscitado, es claro que los recurrentes, como parte de su propuesta impugnatoria, sostienen que, en la sentencia de apelación, se omitió valorar la prueba testimonial, en el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas; que en lo referente a la prueba documental (fotografías), al dar el valor de original, a la misma, se interpretó erróneamente el contenido digital, y se omitió considerar las reglas sobre la eficacia de dicha clase de prueba, en lo atinente a que no sean instrumentos diminutos o alterados; que en torno a las pericias contradictorias existentes, se omitió ordenar un nuevo peritaje para mejor resolver; todo lo cual condujo a que se interprete erróneamente la obligación de apreciar la prueba en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que derivó en la infracción indirecta de normas sustantivas referentes a la institución objeto de discusión.

96. Correspondía al *Ad quem*, sobre la base de la súplica y el contradictorio, en relación con la justipreciación de los medios de prueba aportados, verificar el cumplimiento de los requisitos descritos *ut supra*, para determinar la procedencia o no de la impugnación, y, *per se*, la aceptación o no de la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

97. Ahora bien, el análisis que hace el Tribunal *ad quem*, parte de un argumento que todo pronunciamiento debe contener respecto de la institución jurídica objeto de análisis, en torno a los requisitos para que opere la misma; en la especie, al analizar el presupuesto relacionado con la posesión del inmueble, por el tiempo exigido en la ley, para la usucapión, en la sentencia impugnada, se contrastan las proposiciones fácticas, jurídicas y probatorias constantes en autos, luego de lo cual se arriba a la conclusión que dicho requisito no se encuentra cumplido; ergo, el órgano judicial de apelación, al invocar los artículos 715, 2398, 2410 y 2411 del Código Civil, y subsumir los hechos fijados como ciertos a dichas normas, determinó que no estaban cumplidos los requisitos detallados en las mismas, lo que impidió configurar la prescripción perseguida, lo que evidentemente derivó en el rechazo de la impugnación, y per se, de la demanda.

98. Procesalmente, se avizora que el *Ad quem*, en el numeral "2.1" de su sentencia, plasma la pretensión de la parte actora, cual es la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del inmueble *"ubicado en la avenida 4 de Noviembre, costado izquierdo de la Distribuidora DISVECA y frente al Comisariato AKI"*, del cantón Manta (cuyos linderos se hallas especificados en el apartado "1" de esta sentencia); a partir de esta premisa fáctica, avanza con la teoría probatoria planteada, justipreciando los medios probatorios admitidos, incorporados y practicados por los sujetos procesales, concluyendo lo siguiente:

> *"(…) Bajo el análisis de las pruebas antes mencionadas, considera el Tribunal que (…) en la presente causa no se ha demostrado el cumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 2398, 2410 y 2411 del Código Civil Ecuatoriano, esto es, la posesión del accionante por más de 15 años de forma ininterrumpida, dado que si los accionantes alegan que se encuentran en posesión desde el año 1993, que inclusive allí nacieron su hijos, debieron actuar prueba documental o testimonial suficiente que haga verosímil los hechos propuestos en la demanda, dado que al existir incongruencias en las declaraciones testimoniales y de parte y haberse demostrado a través de imágenes satelitales que en el año 2004 y 2005 no existía edificación alguna en el predio materia de la lítis, y que los peritos no han podido determinar con métodos asertivos que la edad de las construcciones en el predio sean superior a los quince años que señala la ley, no se pueden tener como cierto los hechos señalados por los accionantes en su demanda, dado que por principio de carga procesal conforme lo señala el artículo 169 del COGEP "Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación", (…) lo cual no ha ocurrido en la*

presente causa. (…) Por tales razones expuestas, si en la especie, la posesión mantenida sobre el inmueble materia de la controversia es inferior al tiempo mínimo de quince años establecido en el artículo 2411 del Código Civil, necesario para declarar con lugar este tipo de pretensiones, es inútil estudiar si se cumplen o no los demás presupuestos fácticos que configuran aquéllas (…)" (Sic)

99. Revisado el análisis que realiza el *Ad quem*, es claro que, los testimonios de Juan Francisco Álvarez y Manuel Antonio Zambrano Zambrano, si fueron valorados en el contexto de dichas declaraciones, en relación con los testimonios de parte, la prueba documental, y pericial, de todo lo cual, emergió la contradicción en lo referente a la posesión del inmueble por el tiempo establecido en la ley; asimismo, no se observa que, al justipreciar, la prueba documental (fotografías), se haya dado una interpretación errada a las reglas del contenido digital, y que, per se, se haya omitido considerar las reglas sobre la eficacia de dicha clase de prueba, pues en aquel ejercicio soberano, el Tribunal de instancia, consideró que dichos medios de prueba no eran diminutos ni alterados; en la misma ilación, en lo referente a la alegada contradicción de dos peritajes presentados en el caso, no se advierte que, el órgano de apelación, haya considerado tal cuestión como para activar su prerrogativa de ordenar el debate entre los peritos, y ulteriormente, ordenar un nuevo peritaje, pues no se avizora que haya tenido dudas sobre el punto medular de dicha prueba; finalmente, no se observa que los temas referidos en líneas que preceden hayan conducido a que se interprete erróneamente la obligación de apreciar la prueba en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

100. La conclusión esbozada en la sentencia impugnada respecto a que, "*la posesión mantenida sobre el inmueble materia de la controversia es inferior al tiempo mínimo de quince años establecido en el artículo 2411 del Código Civil*", emerge como consecuencia de aquel ejercicio jurisdiccional y soberano de instancia, en el cual se avizora que toda la prueba solicitada y practicada en respeto al principio de legalidad, ha sido apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica; en base a lo indicado en estos dos últimos párrafos, se ultima que no existe error de omisión de los artículos 186, 195 numerales 1 y 2, y 226 inciso segundo del COGEP, ni error de interpretación de los artículos 164 y 202 de Código ibídem.

101. Desde un ámbito de debida fundamentación y demostración, correspondía a la parte recurrente, indicar el por qué se acusa el error de omisión de los artículos 186, 195 numerales 1 y 2, y 226 inciso segundo del COGEP, y el error de interpretación de los artículos 164 y 202 de Código ibídem; y, en qué sentido se evidencia la no aplicación los artículos 2398, 2410 y 2411, del Código Civil, dicho ejercicio argumentativo no se observa en la propuesta casacional, a *contrario sensu*, se observa una alegación que vulnera el principio de *no debate de instancia*, relacionado con la inconformidad en torno a la justipreciación de los elementos probatorios y la conclusión que emanó del *Ad quem*.

102. El Tribunal de apelación, ha estudiado los requisitos establecidos en la ley, la doctrina y la jurisprudencia para que prospere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en base al planteamiento que han realizado las partes, y al observarse el incumplimiento de los elementos necesarios (posesión por el tiempo de ley) para validar la institución objeto de discusión (conclusión que comparte este Tribunal), ha negado el recurso de apelación interpuesto por los accionantes y ha confirmado la sentencia del Juez *A quo*; per se, no se avizora de forma alguna que se haya vulnerado las normas objeto de análisis.

103. En conclusión, el Tribunal *Ad quem*, al resolver la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio incoada, en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, justipreció las pruebas aportadas por las partes, sin haber violado normas de derecho concernientes a esa valoración, pues conforme lo explicado a lo largo de esta resolución, no se verifica que se haya interpretado erróneamente la obligación de apreciar la prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, o la naturaleza jurídica del contenido digital, tampoco que, se hayan inobservado las reglas de valoración de la prueba testimonial, la eficacia de la prueba documental, o las relacionadas con el informe pericial para mejor resolver; es decir, que se haya omitido aplicar los artículos 186, 195 numerales 1 y 2, y 226 inciso segundo del COGEP, o se haya interpretado erróneamente los artículos 164 y 202 de Código ibídem; por ello, no se puede verificar que la cuestión alegada por la parte impugnante, haya conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia, relacionadas con los artículos 2398, 2410 y 2411, del Código Civil; toda vez que, desde la técnica impugnatoria, conforme lo explicado precedentemente, si

no hay violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, no puede haber violación indirecta de la norma sustantiva como para configurar la causal objeto de estudio, por ello, por adolecer de debida fundamentación, demostración, y trascendencia, el cargo casacional, en la forma propuesta, es improcedente.

VII. DECISIÓN

104. *En virtud de lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad,* ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,***
RESUELVE:
105. *Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Rosa Edilma Mejía Cevallos y Walter Antonio Zambrano Mendoza, actores, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores in iudicando y los cargos acusados.*
106. *Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.*
107. *Conforme el artículo 2 de la Resolución No. 18-2017 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, notifíquese la presente sentencia con la firma de los doctores Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, integrantes de este órgano jurisdiccional, toda vez que, según la razón sentada por la Secretaria de esta Sala Especializada, el doctor Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (E), integrante del Tribunal de casación que resolvió la causa de forma oral en audiencia, se encuentra ausente temporalmente, por circunstancia debidamente justificada.*
108. *Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.-* ***NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE****.*

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 09332-2019-00874

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **David Jacho Chicaiza**

ACCIÓN
REIVINDICACIÓN

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El Tribunal de esta Alta Corte, rechaza el recurso de casación, ya que en la sentencia de apelación no se ha infringido ninguna solemnidad sustancial común a todo proceso, todo lo contrario, se ha respetado el debido proceso.

Quito, viernes 28 de julio del 2023, las 11h55,

VISTOS.- En virtud del recurso de casación planteado por Félix Espinoza San Lucas, demandado, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*; el suscrito Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el recurso extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

I.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. La abogada Marcia Marylin Quinteros Coello, en calidad de representante legal de la "Fundación Estrella de Amor", en juicio ordinario, demanda a Félix Espinoza San Lucas, la reivindicación de un inmueble; en el siguiente contexto:

"(…) Con el documento público que aparejo de ESCRITURAS PUBLICAS, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil, TOMO 39 de fojas19225 a 19226, No. 8679, el uno de Junio de 2017, celebrada entre la M. Ilustre Municipalidad de Guayaquil, y la FUNDACION ESTRELLA DE AMOR, DEMUESTRO que mi representada adquirió la legitima propiedad del inmueble ubicado en la Cooperativa el Limonal manzana 2377 solar No. 8 sector 90, de esta ciudad de Guayaquil, compuesto de solar y edificación con los siguientes linderos: (…)

Es el caso señor Juez que el demandado FELIZ ESPONOZA SAN LUCAS pretende posesionarse ilegítimamente del bien inmueble, sin razón, ni justificación alguna, a pretexto de que por caridad se le dio hace unos años por el 2005 un lado del inmueble para que viva y cuide el terreno, por un tiempo limitado hasta hacer y concluir la edificación que se levanta en el predio Jardin de infantes, conforme el anexo 10 -11 -12 que contiene la descripción del proyecto arquitectónico jardín de infantes, plano, presupuesto de obra y fotografía de la edificación, la misma que se concluyó a finales del 2008. El demandado se ha negado a salir, manteniendo cerradas las puertas y no saliendo cuando se lo ha requerido, interponiendo recursos judiciales como fue primeramente la controversia ante la Municipalidad, iniciada mediante carta del 7 de Enero del 2013 (anexo 14), la misma que concluyo con resolución a favor de mi representada obteniendo las escrituras de compra-venta del solar de 11 de Octubre del 2016 (anexo 7) en base entre otras pruebas a la escuesta socioeconómica del 13 de Julio del 2004 (anexo 13).

Posteriormente el demandado interpone el Juicio de Amparo Posesorio, en Agosto de 2015, con mala fé y con el solo objeto de retardar su salida del inmueble, la demanda que fue declarada sin lugar, conforme la sentencia del 5 de Junio del 2007 (anexo 2), mencionada anteriormente.

Luego el demandado interpuso Recurso de Apelación ante la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, Magistrados que con fecha 27 de Agosto de 2018 CONFIRMAN la sentencia subida en grado que declara sin lugar la demanda presentada por el mencionado Espinoza San Lucas (anexo 3).

Posteriormente el demandado interpone el Recurso Extraordinario de Casación en contra de la sentencia dictada en la causa de Amparo Posesorio, recurso que se declaró que No Procede en auto de 27-09-2018 (anexo 4).

A pesar de todas las sentencias a favor de la Fundación, Señor Juez el demandado se ha negado a salir, manifestando públicamente que nadie, ni ningún juez lo va a sacar, y que espera a la fuerza pública haber si lo saca, profiriendo amenazas contra los miembros de la Fundación, continuando ilegalmente dentro de la propiedad de la Fundación Estrella de Amor, impidiendo el funcionamiento del local para lo que fue creado de asistencia social sin fines de lucro.

4.- Sobre el referido inmueble a finales del año 2008 la Fundación con recursos donados por sus miembros fundadores construyeron la edificación Escuela Jardín (no habitacional) que se levanta sobre el terreno, cuya foto adjunto para mejor ilustración. El demandado no ha querido salir, habiendo estado viviendo en la edificación sin justo título, deteriorándola y adaptándola a su comodidad y para lucrarse indebidamente de arriendos, ya que la edificación fue planeada y construida para que funcione una guardería gratuita en beneficio de la colectividad y no para vivienda.- El demandado no ha querido salir pese a muchos requerimientos, se ha escondido y puesto unas cámaras para saber quién llega y esconderse. (…)

Amparado en las normas legales contenidas en los Art. 933, 934, 941 y 939 del código Civil, los Arts. 141 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos "COGEP" que tratan sobre la demanda y procedimientos, así como el Art. 289 del mismo cuerpo de leyes, presento Demanda de Reivindicación. (…)

Solicito señor juez que en sentencia se condene al Demandado la RESTITUCION del inmueble de propiedad de mi representada la FUNDACION ESTRELLA DE AMOR, solar y edificación de la Cooperativa el Limonal manzana 2377 solar No. 8 sector 90, de esta ciudad de Guayaqui, con los siguientes linderos:

NORTE solar No. 9 con 20,20 metros; al SUR calle pública con 20,10; por el ESTE solar No. 6 Y 7 con 38,45 metros; por el OESTE calle publica con 38,30 metros, medidas que hacen un área o superficie de 773,24 M2, de ser preciso mediante la fuerza pública, inmueble que el demandado no quiere entregar, a fin de que mi representada legítima propietaria haga uso del inmueble, para función social que es el fin para cual fue adquirido y construido, de tal manera que no se turbe, embarace o se despoje injustamente del dominio que le corresponde a mi representada; exijo el pago por parte del demandado de daños y perjuicios y más frutos y más prestaciones por ser poseedores de MALA FE; y el pago de costas procesales y honorarios por la defensa (…)" (Sic).

2. De autos se verifica que el accionado Félix Espinoza San Lucas, comparece al proceso, planteando excepciones en el siguiente sentido:

"(…) 1. Como excepción opongo la NEGATIVA PURA Y SIMPLE de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

2. Prescripción Adquisitiva Extraordinaria de Dominio de conformidad con el artículo 2410 del Código Civil, ya que estoy en posición con ánimo de señor y dueño, pública e ininterrumpidamente desde el 10 de febrero del 1999, es decir por más de quince años.

3. Prescripción extintiva de la acción de conformidad con el artículo 2415 del Código Civil, ya que han transcurrido más de 10 años para que la parte actora exija su reclamo sobre la propiedad del bien inmueble objeto de la presente demanda. (…)" (Sic)

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

3. Desarrollado el proceso, llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, el abogado Manuel Andrés Rosillo Reyes, Juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Guayaquil, emite su sentencia aceptando parcialmente la demanda de reivindicación, la misma que es reducida a escrito el viernes 6 de diciembre de 2019, a las 15h25, en el siguiente contexto:

"(…) "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", acepta parcialmente la demanda propuesta por la Abogada MARCIA MARYLIN QUINTEROS COELLO, por los derechos que representa de la Fundación Estrella de Amor, en contra del señor FÉLIX ENRIQUE ESPINOZA SAN LUCAS; en consecuencia, se ordena que el demandado en el plazo de 60 días restituya a la Fundación Estrella de Amor, en la persona de su Representante Legal o quien haga sus veces, el Solar y edificación No. 8, de la manzana 2377, ubicado en la Cooperativa el Limonal, de esta ciudad de Guayaquil, compuesto con los siguientes linderos: NORTE: solar No. 9 con 20,20 metros; al SUR: calle pública con 20,10 metros ; por el ESTE: solar No. 6 y 7 con 38,45 metros; y, por el OESTE: calle publica con 38,30 metros, medidas que hacen un área o superficie de 773,24 MTS2, código catastral número 90-2377-008-0-0-0. Sin costas e indemnizaciones que regular conforme se analizó en el considerando séptimo de este fallo. Se deja a salvo, el derecho del demandado, para que inicie las acciones legales pertinentes por prestaciones mutuas si hubiera lugar y por cuerda separada.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE (...)" (Sic)

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

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por el demandado, Félix Enrique Espinoza San Lucas, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en sentencia de 21 de agosto de 2020, las 15h44, rechaza el remedio procesal y confirma la sentencia del A quo, en el siguiente sentido:

"(…) En virtud de lo antes expuesto, este Tribunal de Mayoría de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Corte Provincial de Justicia del Guayas, conformado por Abg. Daniel Rodríguez Romero (ponente) y Abg. Johanna Tandazo Ponce, resuelve RECHAZAR el recurso de apelación presentado por la parte accionada, FELIX ESPINOZA SAN LUCAS y consecuentemente CONFIRMAR la sentencia venida en grado. No proceden costas procesales en esta instancia (…)" (sic)

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal ad quem, antes referida, dentro del término legal, Félix Espinoza San Lucas, demandado, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

6. El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 22 de marzo de 2021, las 10h37, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

"(…) CUARTO: RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto, considerando que el recurso interpuesto por FÉLIX ESPINOZA SAN LUCAS, ha sido presentado dentro del término legal y que cumple con los requisitos de los Arts. 266 y 267 del COGEP, se lo ADMITE a trámite por el caso uno del Art. 268 del COGEP (…)". (Sic.)

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

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

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

9. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 9 de julio de 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del COFJ.

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

11. Así también, en aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, previo el sorteo respectivo, llama al doctor Carlos Pazos Medina, Conjuez Nacional (E), para reemplazar al doctor Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (e), en virtud de la licencia legalmente otorgada.

12. Así, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Luis Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (E); Carlos Pazos Medina, Conjuez Nacional (E); y, David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

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

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL

14. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

[1] Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

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

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

16. En el *in examine*, la Conjueza Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **"6"** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 4 del artículo 268 del COGEP**, respecto del cual, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

> *"(…) 1. Las normas de derecho infringidas inherentes a la causal 1 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, en que ha incurrido el Tribunal de segunda instancia son las siguientes:*
> *-Falta de aplicación de los Arts. 107.3 del Código Orgánico General de Procesos;*
> *-Falta de aplicación del Art. 1561 del Código Civil;*
> *-Falta de aplicación del artículo 142 y 143 Código Orgánico General de Procesos; sobre la calificación de la demanda (…)*
> *En la parte de la sentencia que impugno existe La Sala ha aplicado indebidamente las disposiciones concernientes a la nulidad por legitimidad de personería. Ahora bien, el predio que se pretende reivindicar es el inmueble detallado en el considerando 3.1. de este fallo, el cual es de propiedad de la Fundación Estrella de Mar., la Ab. Marcia Quinteros Coello ha acreditado ser Presidenta de la Fundación Estrella de Mar, de acuerdo al documento remitido por el Ministerio de Inclusión Económica y Social de fecha 15 de enero de 2019 Sin embargo, no existe documento en el expediente que acredite que ella, como Presidenta, tiene la representación legal de la Fundación Estrella de Mar, o si esa representación la ejerce de manera individual o conjunta o, en su defecto, si ella no tiene ninguna representación legal al respecto. Tratándose de una fundación, debió haber adjuntado copia de sus estatutos en la que se indique si ella, efectivamente, ejerce la representación individual de dicha persona jurídica, pero aquello no ha sucedido en la especie más aún que en el documento emitido por el MIES no se indica que ella sea la representante o se indique parte del estatuto que así lo refiera.*
> *Lo que se demuestra con el voto salvado del DR. PONCE en la cual si toma en consideración que la parte actora no demostró si la representante legal, tiene dentro de sus atribuciones presentar demandas en contra de terceros, ya que nunca adjunto el estatuto, ya que el documento del Mies solo dice que tendrá la representación, pero no habla que tipo de representación. (…)*
> *Señor Juez, la norma de derecho procesal que ha viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión es el de aplicación de los Arts. 107.3 del Código Orgánico General de Procesos; ya que la actora del presente juicio adjunto un documento en la cual es la representante legal, pero no adjunto el estatuto de la fundación en donde indique cuales son las atribuciones del representante legal de la mencionada fundación, lo que ha viciado de nulidad ya que los jueces debieron haber subsanado dicho error cometido, y declara la nulidad de todo el proceso a fojas de la calificación de la demanda, usted indica en su providencia que completa la norma procesal que ha viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión, la norma que invoque es la proceso de nulidad insubsanable y no la indefensión, ya que dentro del artículo 268 del COGEP, indica lo siguiente: "1.- Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal" el artículo indica con la letra "O" que puede ser una de las dos causas esto es que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable por que la fundación no adjunto los estatutos para saber si la representante legal tenía atribuciones de presentar demandas en contra de cualquier persona natural o jurídica. Por lo que dicha decisión y por no haber subsanada ese error si afecto en la causa de acuerdo a las normas previstas en el Art. 107 y siguientes previsto en el Art. 153 de la norma*

ibídem, pues incurrir en las trascritas conlleva la declaratoria de nulidad, la aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para cada caso, el juzgador que ha dado un sentido y alcance que no tienen, que es contrario al espíritu de la Ley y esto conlleva la Falta de aplicación del artículo 142 y 143 Código Orgánico General de Procesos; sobre la calificación madre la demanda y que el juzgador al momento de calificar la demanda debió haber revisado la documentación y haber ordenado que se complete la misma lo que ha conllevado a vicios de nulidad insubsanables (...)"(Sic)

V. PROBLEMA JURÍDICO

17. Delimitado el cargo en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si la censura esbozada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se delimita el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿El Tribunal de apelación, al advertir que la demanda no cumplía con los requisitos estatuidos en los artículos 142 y 143 del COGEP, incurre en error de omisión del artículo 107 numeral 3 ibídem, referente a la legitimidad de personería, como solemnidad sustancial, común a todo proceso, cuestión procesal que enervó la validez procesal, y de ser el caso, provocó indefensión?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

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

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

19. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."[2].

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

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

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

22. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para

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

conocer y resolver los recursos de casación y revisión[3]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión[4].

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

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

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[5].

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

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

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

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

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

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

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..."*.[6]

---

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

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

[5] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

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

31. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

32. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, "es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede", en este sentido, "rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."*[7]

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

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

35. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que *"(…) La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia"*.[8]

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

> *"Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:*
> *1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*
> *2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*
> *3. La determinación de las causales en que se funda.*
> *4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".*

37. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamendrei, define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*.[9]

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

[7] Andrade, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.
[8] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.
[9] Calamandrei, Piero, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

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

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

39. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 1 del artículo 268 del COGEP**; inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquel cargo, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

VI.3. Estudio del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

40. El debido proceso es un derecho de protección que contiene múltiples garantías para las personas; *per se*, implica la existencia de mecanismos de tutela y de efectividad concretos dentro de un proceso, como seguridad para las partes procesales de que sus derechos serán discutidos en un proceso justo e imparcial; el mandato de optimización analizado involucra la existencia de un procedimiento que debe desarrollarse conforme parámetros mínimos que permitan la defensa de sus intereses, en igualdad de armas.

41. La ordenación del proceso exige el cumplimiento de unos requisitos y condiciones mínimas de orden formal; partiendo de ese presupuesto, los Jueces tienen el deber de conducir los procesos dentro de los lineamientos prestablecidos, sin contradicciones, evitando yerros u omisiones que ocasionen perjuicios a las partes procesales; las actuaciones judiciales deben enmarcarse en los principios de legalidad y seguridad jurídica, en cuanto no es discrecional al Juez ni a la partes, apartarse de la ley procesal que señala un camino y un orden para los actos procesales, de modo que deben -los Jueces- observar plenamente las formalidades propias de cada juicio, las mismas que se establecen como garantías normativas en la legislación procesal, observando el respeto de los derechos fundamentales y los principios que rigen el sistema procesal vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia.

42. La dirección de los procesos a cargo de los Jueces, debe respetar la forma del trámite fijado en la ley y sus actuaciones están sometidas a las reglas fijadas en ella, como límites-garantías para las partes procesales, considerando desde luego las formalidades esenciales o sustanciales que no pueden dejarse al arbitrio ni del Juez ni de las partes procesales, y las accidentales que no vulneren derechos fundamentales del debido proceso (derecho de defensa, etc.), esto es, que el debido proceso no se refiere a las meras formas.

43. En la estructura del COGEP, la nulidad procesal, per se, no es un recurso taxativo; es una garantía normativa que procura que el órgano jurisdiccional verifique las actuaciones de la causa en el ámbito procesal, para la concreción del debido proceso, en cualquier etapa del procedimiento o estado del juicio; la existencia de una causal de nulidad, acarrea una sanción extremadamente grave que se reserva para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, la observancia de los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que, para acceder a ésta, se deben observar ciertos principios procesales como: especificidad (*taxatividad*), trascendencia y convalidación, a saber: **a)** principio de especificidad o legalidad, el cual consiste en que no hay nulidad sin texto legal expreso; **b)** principio de trascendencia, que establece que en virtud del carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino que además exista un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad, y **c)** principio de convalidación, el cual hace referencia a que, toda anomalía formal que constituya causal de nulidad no siempre genera la invalidez del acto procesal, toda vez que se permite en principio su saneamiento y convalidación, siendo la excepción a esta regla la existencia de nulidades insanables.

44. Ergo, para arribar a una nulidad, la causa de la misma, debe estar expresamente consignada como tal en la norma jurídica y dicho motivo debe haber influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: en primer término, se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo término, el órgano jurisdiccional sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

45. La nulidad en el proceso es una declaración judicial que deja sin efecto un acto procesal por

violaciones de las garantías constitucionales y de la ley; que busca excluir todo o una parte del proceso en cuya sustanciación no se ha cumplido con las solemnidades esenciales exigidas por la ley adjetiva. La razón jurídica para la existencia de la nulidad es porque es el medio idóneo para impugnar la vigencia de un proceso que adolece de vicios sustanciales. Mediante éste se pone de manifiesto el interés del Estado para que se sustancien procesos que sean firmes y estén libres de vicios que afecten al ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales.

46. El Art. 169 de la CRE, señala:

> *"(...) El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".*

47. El fin inmediato de la ley procesal es entonces la aplicación de la disposición legal al caso concreto. Lo que se busca en todo este andamiaje constitucional, es hacer cumplir los derechos que el Estado garantiza a todo ciudadano, entre ellos el derecho al debido proceso y sobre todo la defensa.

48. En razón de lo anotado, se puede colegir que las causales de nulidad procesal buscan *"(…) proteger el orden lógico en el que se deben desarrollar los actos procesales, al igual que las formalidades que son de obligatorio cumplimiento para dotarlos de validez (…)".*[10]

49. Al hablar de las nulidades procesales, la Corte Nacional de Justicia, ha indicado:

> *"(…) la infracción a una solemnidad sustancial, inclusive aunque haya causado perjuicio a las partes litigantes en un primer momento, no puede servir para declarar la nulidad, si tal detrimento ha quedado subsanado mediante un acto posterior del juez o de las partes, que ha servido para garantizar la efectiva vigencia de los derechos procesales que fueron puestos en riesgo, por la omisión de los requisitos de validez de determinado acto (…)".*[11]

50. Ahora bien, en el régimen procesal aplicable al caso, como garantía normativa, para garantizar el debido proceso, se ha establecido una causal de casación, la misma procede cuando se haya incurrido en vulneración de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad; así, el caso 2, del artículo 268 del COGEP, señala lo siguiente:

> *"**Art. 268.- Casos.** El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*
> *1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal".*

51. Conforme las ideas desarrolladas *ut supra*, en relación con la causal objeto de análisis, no toda violación del procedimiento es motivo de casación. La garantía normativa es explicita al señalar que el cargo procede únicamente por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocando indefensión, bajo el supuesto de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

52. Santiago Andrade Ubidia, sobre este punto refiere:

> *"Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado en la ley como causa de nulidad; b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia).*

[10] Corte Nacional De Justicia de Ecuador, caso Nro. 647-2014. Acurio López.
[11] Corte Nacional De Justicia de Ecuador, caso Nro. 627-2012. Estado ecuatoriano Vs. García Sabando.

Los vicios que privan al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no existe en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso, inciden en la constitución de la realidad procesal".[12]

53. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- *"(…) Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).*
- *La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma procesal violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).*
- *El cargo elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma procesal, que debe ser identificada claramente.*
- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración).*
- *La violación de la norma procesal, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, debe haber viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y haber influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. (principio de trascendencia)".*[13]

54. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien en términos concretos sostiene que, los jueces del Tribunal de apelación, omitieron aplicar al caso, las garantías normativas establecidas en los artículos 107 numeral 3, 142, y 143 del COGEP, y 1561 del Código Civil, lo que, a la vez, enervó la validez procesal y provocó indefensión.

55. En lo referente a la presunta vulneración del artículo 1561 de Código Civil, cabe advertir que dicha norma no tiene naturaleza procesal, por lo que la invocación de la misma bajo el manto de la causal 1 del artículo 268 del COGEP, soslaya los principios de no contradicción, debida fundamentación, demostración, y trascendencia, por tanto, la censura es improcedente.

56. Continuando con el estudio del caso, **la falta de aplicación** de la ley, acusada, en el caso 1 del artículo 268 del COGEP, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas procesales, que ha debido aplicar, infracción que vicia al proceso de nulidad insubsanable o causa indefensión, que influye por la gravedad, en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

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

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

> **¿El Tribunal de apelación, al advertir que la demanda no cumplía con los requisitos estatuidos en los artículos 142 y 143 del COGEP, incurre en error de omisión del artículo 107 numeral 3 ibídem, referente a la legitimidad de personería, como solemnidad sustancial, común a todo proceso, cuestión procesal que enervó la validez procesal, y de ser el caso, provocó indefensión?**

59. Para dar respuesta al problema jurídico, es menester el estudio de las garantías normativas procesales cuya falta de aplicación se acusa.

60. Desde la órbita del régimen procesal vigente, el libro III, del COGEP, intitulado "Disposiciones comunes a todos los procesos", en su título I "Actos de proposición", capítulo I "Demanda", desarrolla un sinnúmero de garantías normativas referentes al contenido de la demanda y los documentos que se deben acompañar a la misma. A su vez, el libro II, del COGEP, intitulado "Actividad Procesal", en su título I, desarrolla un sinnúmero de "Disposiciones Generales", por su parte, el Capítulo VIII, establece las garantías normativas de "Las nulidades"; así, desde el ámbito de la teoría general del proceso, emerge la legitimidad

[12] Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, Andrade&Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 2005, 1era edición, p. 116 y 117.
[13] Corte Nacional de Justicia, Sentencia caso No. 17230-2019-02515.

de personería como una de las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos (artículo 107 numeral 3 del COGEP). En este contexto, el desarrollo conceptual de las normas singularizadas ut supra, y su irradiación procesal, conforme lo indicado, se derivan de la teoría general del proceso, la misma que, coadyuva a delimitar el ámbito conceptual de la demanda y su contenido, solemnidad sustancial, legitimidad de personería, y nulidad, todo lo cual tiene relación con las disposiciones generales de la actividad procesal.

61. En términos concretos el censor, acusa la falta de aplicación del artículo 107 numeral 3 del COGEP, por cuanto, según su argumento, Marcia Marylin Quinteros Coello, al presentar la súplica al órgano judicial, adjuntó un documento según el cual, presuntamente, justificaba ser la representante legal de la Fundación "Estrella de Amor", que sin embargo de ello, no anexó el "Estatuto" de la Fundación, que singularice cuales son las atribuciones del representante legal de dicho ente ficticio; por lo cual, existiría ilegitimidad de personería de la parte actora, cuestión adjetiva que al no haber sido subsanada, al tenor de los artículos 142 y 143 del COGEP, generó la nulidad procesal de la causa.

62. Al respecto, para dilucidar el problema jurídico planteado, prima facie, se precisa establecer cuál es la naturaleza jurídica de la legitimidad de personería como solemnidad sustancial; el artículo 107 numeral 3 del COGEP, señala lo siguiente:

> *"Art. 107.- Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: (…)*
> *3. Legitimidad de personería"*

63. Para abordar el tema, en breves líneas, corresponde referirnos a la *"Legitimatio ad processum"* y *"legitimatio ad causam"*. La legitimación en la causa, conocida también como legitimatio ad causam, es la que le permite a una persona formular o contradecir una pretensión; Para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legítimo contradictor). En cambio, la *legitimatio ad processum*, se refiere a la capacidad jurídico procesal de las partes o a la representación para intervenir en juicio a nombre de otro. En este segundo caso sí estamos frente a un presupuesto procesal, de modo que la falta de capacidad de quien se presenta como parte procesal o el no tener la representación que se invoca, ocasiona lo que en nuestro lenguaje procesal se conoce como ilegitimidad de personería.

64. Los casos en que no existe debida legitimación en la causa son los siguientes: **a)** Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser persona distinta a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y **b)** Cuando aquellas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso[14] (Litis consorcio obligatoria o necesaria).

65. La falta de legitimidad de personería se circunscribe en la falta de capacidad para comparecer a juicio: **a)** quien por sí solo no goza de capacidad; **b)** quien afirma ser representante legal y no lo es; **c)** el que afirma ser procurador y no tiene poder; **d)** el procurador con poder insuficiente; y, **e)** quien gestiona a nombre de otro y su actuación no ha merecido aprobación.

66. La falta de legitimación en la causa, no es convalidable, porque esta legitimación es un requisito esencial para que la parte procesal (actor o demandado) participe con idoneidad en el litigio; a *contrario sensu*, la falta de legitimación en el proceso, es convalidable, subsanable si se ratifica la comparecencia a juicio o lo actuado en el proceso.

67. La ilegitimidad de personería al tratarse de una solemnidad sustancial, produce nulidad mientras que la falta de legitimación activa o pasiva en causa, desemboca en sentencia inhibitoria, ya que cuando no se encuentra debidamente constituido el litisconsorcio necesario, se impide dictar sentencia de fondo.[15]

68. Esta Alta Corte ha señalado que *"La falta de personería, ilegitimidad de personería o falta de "Legitimatio ad processum", se produce cuando el actor o el demandado carecen de la capacidad para obrar en procesos por sí mismos, o en la ausencia de apoderado o representante legal cuando el que comparece lo hace a nombre de un incapaz, o en la falta o insuficiencia de poder del que aparece en juicio como procurador judicial; (…) sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, impide que el proceso iniciado concluya con una sentencia de*

[14] Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004. Pág. 259.
[15] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, *Proceso No. 13335-2016-00442*, 23 de septiembre de 2022

mérito, por lo tanto, de prosperar la excepción, el fallo no constituye cosa juzgada, ya que deja la facultad de reiniciar el debate procesal cuando la situación se subsane; esta excepción se conoce también en la doctrina como legitimidad procesal o legitimatio ad processum".[16]

69. Ahora bien, se observa que el censor, no está cuestionando que la parte actora no tenga la capacidad para activar la acción reivindicatoria; *a contrario sensu,* es claro que el argumento del recurrente, tiene relación exclusiva con la legitimidad de personería *(legitimatio ad processum)* que tiene Marcia Marylin Quinteros Coello, ya que increpa que dicha persona al comparecer al órgano judicial con la súplica, no justificó documentadamente su capacidad para comparecer a nombre y representación de la Fundación "Estrella de Amor".

70. Delimitada la censura, es de relevancia, verificar los hechos procesales ciertos, que coadyuvan al análisis del problema jurídico; estos son:

- Marcia Marylin Quinteros Coello, comparece al órgano judicial y presenta la demanda de reivindicación, objeto de este proceso, en calidad de presidenta de la Fundación "Estrella de Amor".
- Al tenor de los documentos anexos a la demanda, Marcia Marylin Quinteros Coello, el 11 de octubre del 2016, a nombre y representación de la Fundación "Estrella de Amor", compareció al otorgamiento de la escritura pública de compraventa realizada a favor de referida persona jurídica; es decir, desde el año 2016, dicha ciudadana ha comparecido como representante de la Fundación.
- La accionante, al presentar la demanda, en copia certificada, adjuntó a la misma, el oficio No. MIES-CZ-8-DDG2-2019-0016-OF de 15 de enero de 2019, suscrito por Adela Mora Cedeño, Directora Distrital del MIES, del cual se desprende que el registro de la Directiva de la Fundación "Estrella de Amor", para el periodo 3 de octubre de 2018 hasta el 2 de octubre de 2020, constando como Presidente Marcia Marylin Quinteros Coello.
- Existen dos documentos de la entidad administrativa competente, que fuera de toda duda permiten concluir que la abogada arcia Marylin Quinteros Coello, tiene la representación legal de la Fundación "Estrella de Amor".
- El Ministerio de Inclusión Económica y Social, por medio de Asesoría Jurídica inscribe la nómina de la Directiva de la Fundación, constando la señora Marcia Marylin Quinteros Coello, como Presidenta.

71. Estos hechos procesales ciertos, en convergencia con la esencia jurídica de la legitimidad de personería o *legitimatio ad processum* , coadyuvan a concluir que, en efecto, la Fundación *"Estrella de Amor"*, es una persona jurídica, al tenor de las reglas establecidas en el artículo 564 del Código Civil, por ello, al ser una *persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*, está sometida a registro y control del MIES, y requiere ser representada por su condición de incapacidad relativa en los términos descritos en el artículo 1463 del Código Civil; por ello, se estableció su directiva debidamente inscrita, de la cual, la ciudadana Marcia Marylin Quinteros Coello, ostenta la presidencia; en esa virtud, dicha ciudadana compareció en representación del ente jurídico (incapaz relativo), con su acción de dominio, en cumplimiento además del artículo 33 del COGEP[17], sin que dicha cuestión adjetiva, se subsuma en alguno de los casos de ilegitimidad de personería, todo lo contario, con ello se aseguró la legitimidad procesal, tanto más que, de autos, no está justificado que dicha ciudadana no goce de capacidad para representar a la corporación, o que haya afirmado ser representante legal sin serlo.

72. Se insiste, Marcia Marylin Quinteros Coello, si ostenta legitimación de personería, en la presente causa, en esa virtud, planteó la acción de reivindicación; sumado a ello, no existe dato procesal en contrario que determine una cuestión distinta.

73. Continuando con el análisis, el censor, como parte de su argumento, afirma que, el Juez de primer nivel, al tenor de los artículos 142 y 143 del COGEP, debía advertir la ilegitimidad de personería, pues no estaban cumplidos los parámetros descritos en las normas invocadas, al calificar la demanda, por lo que la misma debía ser completada; ante este enunciado, es claro que, el

[16] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, *Proceso No. 813-2009*, 31 de octubre del 2012.

[17] COGEP: "Art. 33.- Representación de personas jurídicas en el proceso. Cuando la parte sea una persona jurídica, deberá ser representada en el proceso por su representante legal o judicial."

A quo, consideró que estaban reunidos los requisitos de la demanda, frente a esta determinación judicial, el censor, en el momento procesal oportuno, no planteó como excepción previa la falta de legitimidad de personería, al tenor del artículo 153 del COGEP, por lo que este asunto procesal, no fue un tema inherente a la traba de la litis, el mismo emerge en la fase de impugnación, sin sustento valido conforme lo analizado.

74. En esa ilación, el Tribunal de Apelación, respecto al problema jurídico en estudio, esgrimió el siguiente argumento:

> *"…el Tribunal de mayoría, al valorar las pruebas en su conjunto, en franca y fiel aplicación de la sana crítica, de la revisión de los autos y lo practicado en audiencia en esta instancia, precisa que la calidad en la que comparece la Abg. MARCIA MARYLIN QUINTEROS COELLO, como Presidenta y Representante legal de la Fundación "Estrella de Amor", si se encuentra debida y legamente acredita conforme el Oficio Nro. MIES-CZ-8-DDG2-2019-0016-OF que obra a foja a foja 20 vlta. de los autos suscrito y conforme obra a fojas 25-47 la escritura de compraventa de terreno objeto de la acción de reivindicación planteada la parte accionante, suscrito entre el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil a favor de la Fundación "Estrella de Amor", representada por la Abogada antes referida, consecuentemente es improcedente la nulidad solicitada por el accionado recurrente. (…)"*

75. Ergo, el *Ad quem*, con un fundamentación fáctica y jurídica suficiente, da respuesta al cuestionamiento del censor, sobre el asunto analizado, sin que en dicha argumentación se incurra en la vulneración de ninguna norma adjetiva, tanto más que, se insiste, la calidad en la que comparece Marcia Marylin Quinteros Coello, como Presidenta y representante legal de la Fundación "Estrella de Amor", está debidamente acredita conforme el Oficio Nro. MIES-CZ-8-DDG2-2019-0016-OF, adjunto a la demanda; ergo, está consolidada la legitimidad de personería.

76. Finalmente, la debida justificación de la legitimación procesal o *legitimatio ad processum*, condujo a consolidar la legitimación en la causa o *legitimatio ad causam*, pues de los hechos fijados como ciertos, la Fundación "Estrella de Amor", debidamente representada por su presidenta, es la legitimada activa en la acción de dominio, pues referida persona jurídica ostenta la titularidad del bien inmueble objeto de reivindicación, ya que al tenor de los hechos fijados como ciertos, según la escritura pública de compraventa celebrada en la Notaria 55 del cantón Guayaquil, entre la Ilustre Municipalidad de Guayaquil y la Fundación "Estrella de Amor", el día 11 de octubre del 2016, y el Certificado del Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil, la parte actora justifica la propiedad del bien inmueble objeto de reivindicación, cumpliendo así uno de los requisitos para la procedencia de la acción.

77. Esta Alta Corte, ha indicado que, para la procedencia de la acción de reivindicación, se requiere: *"1) que se trate de una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular que esté claramente identificada; 2) que el actor o demandante tenga la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa cuya reivindicación se pretende; 3) que el demandado tenga la actual posesión material de la cosa que se reivindica; y 4) que exista plena identidad entre la cosa que reivindica el actor y la que posee el demandado"*[18]; en el *in examine*, al haberse justificado y consolidado todos los requisitos de ley, se validó la acción de dominio, conforme lo indicado.

78. Por todo lo indicado, no se advierte vulneración de normas procesales, en la labor intelectiva de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte recurrente a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas que se consideran no aplicadas y violadas, y que por ende provocarían un error *in procedendo*; asimismo, no explica la influencia que ha tenido el presunto *error*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una falta de aplicación de los artículos 107 numeral 3, 142, y 143 del COGEP, es improcedente.

[18] Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5007 (Quito, 17 de febrero de 2004).

VII. DECISIÓN

79. *En virtud de lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad,* ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,***
RESUELVE:
80. *Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Félix Espinoza San Lucas, demandado, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores in iudicando e in procedendo, y los cargos acusados.*
81. *Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y el rechazo total del recurso de casación, conforme la parte final del artículo 275 del COGEP, corresponde al juzgador competente, entregar a la parte perjudicada (actora), por la demora, el valor total de la caución.*
82. *Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.-*
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 17304-2011-1114

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **David Jacho Chicaiza**

ACCIÓN
PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El Tribunal de esta Alta Corte, rechaza el recurso de casación, ya que en la sentencia de apelación se ha respetado el debido proceso, no se ha resuelto algo distinto a lo solicitado, y se ha aplicado los preceptos jurídicos de valoración probatoria correspondientes, otorgando una resolución apegada a derecho.

Quito, jueves 27 de julio del 2023, las 15h33,

VISTOS.- En virtud del recurso de casación planteado por la Constructora Carlo Poggi Barbieri S.A., por intermedio de su procurador judicial, accionante, en contra de la decisión emitida por el Tribunal *Ad quem*; el suscrito Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa; una vez agotado el trámite de ley, de conformidad con las garantías normativas de la Ley de Casación, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

I.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. El ciudadano Humberto Poggi del Salto, representante legal de la Compañía Constructora Carlo Poggi Barbieri, demanda a Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., la rendición de cuentas; en el siguiente contexto:

"(…) 1.1.- Con fecha 16 de noviembre de 2006, CONSTRUCTORA CARLO POGGI BARBIERI S.A. celebró con el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda el "Contrato de Construcción del Encauzamiento de las Quebradas Monte Santo y Galápagos", en la ciudad de Portoviejo, Provincia de Manabí; habiendo recibido a la firma del referido contrato la suma de tres millones ciento cuarenta y nueve mil seiscientos noventa y dos 43/100 (USD $ 3.149.692.43) en calidad de anticipo por la ejecución del contrato.

1.2. - A fin de garantizar el "buen uso del anticipo", CONSTRUCORA CARLO POGGI BARBIERI S.A. contrató con Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S. A., una póliza de seguro en el ramo de fianzas; por lo que, con fecha 28 de noviembre de 2006, la aseguradora, emitió a favor del MIDUVI la Póliza No. 864 de buen uso del anticipo.

1.3.- Con el objeto de garantizar a la Aseguradora el eventual pago del valor de la Póliza No. 864 en el caso de que esta fuere ejecutada por el MIDUVI, CONSTRUCTORA CARLO POGGI BARBIERI S.A. hizo entrega "en garantía", según consta del "Convenio de Certificados de Depósito a Plazo en Garantía" celebrado entre la Constructora y la Aseguradora, los siguientes Certificados de Depósito: a). Certificado de Depósito a Plazo del Banco Internacional No. 760100374, por el valor de trescientos cincuenta mil Dólares de los Estados Unidos de América (USD $ 350.000,00); b) Certificado de Depósito a Plazo del Banco Internacional No. 760100375, por el valor de trescientos cincuenta mil Dólares de los Estados Unidos de América (USD $ 350.000,00); c) Certificado de Depósito a Plazo del Austrobank Overseas S. A. N° 14376 por un monto de ochocientos mil dólares de los Estados Unidos de América (USD $ 800.000,00).

1.4. Los certificados de depósito anteriormente señalados, devengaban el interés pactado en cada uno de ellos por la constructora y la respectiva Institución bancaria; pero la aseguradora, en poder de los certificados de depósito nunca dio cuenta de dichos intereses, ni informó si los cobró o no; pese a que, se convino que los certificados se entregaban exclusivamente en garantía.

1.5.- Concluida la tramitación de un litigio arbitral entre mi representada y el MIDUVI, por efectos de diferencias en la ejecución del contrato para el "Encauzamiento de las Quebradas Monte Santo y Galápagos" y, antes de que el MIDUVI proceda a ejecutar el laudo arbitral ante un Juez de Derecho, Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S. A., procedió al pago de los valores señalados en la resolución arbitral, sin que hasta la presente fecha, haya dado a mi representada, las cuentas de los réditos producidos por los "certificados de depósito a plazo"; sin poder por este comportamiento, ejercer el derecho de subrogación que el Art. 38 del Decreto Supremo N° 1147, reformatorio del Código de Comercio concede a las aseguradoras que han pagado indemnizaciones.(…)

2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por estas consideraciones y, por cuanto la Compañía Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S. A., al haber usufructuado de los réditos que produjeron los certificados de depósito a plazo sin ser la propietaria de los mismos, está obligada a rendir cuentas, reservándome el derecho para reclamar daños y perjuicios; por lo que, acudo ante usted Señor Juez y amparado en lo dispuesto en la Sección 9na, Titulo II, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, en la calidad en la que concurro demando a Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros, la rendición de cuentas de los réditos que recibió de las entidades bancarias desde el 9 de enero del 2007 hasta el 21 de julio del 2011, fecha en que la demandada pagó al MIDUVI la suma de $ 1639.875.16. cantidad que determinó el Tribunal Arbitral." (Sic).

2. De autos se verifica que la accionada Interoceánica Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros S.A., por intermedio de su representante legal, comparece al proceso, y se opone a la rendición de cuentas; como consecuencia de ello, plantea las siguientes excepciones, y reconvención en el siguiente contexto:

"(…) En virtud de la presente contestación propongo las siguientes excepciones:

1. Negativa total y absoluta de los fundamentos de hecho y de derecho propuestos en la demanda;

2. Falta de derecho de la parte actora para reclamar lo reclamado; actora;
3. Ilegitimidad de personería de la parte;
4. Falta de legitimo contradictor;
5. INTEROCEÁNICA COMPAÑÍA ANÓNIMA SEGUROS Y REASEGUROS no ha administrado bienes que le pertenezcan a la CONSTRUCTORA CARLO POGGI BARBIERI S.A. por lo tanto alego inexistencia de tal administración;
6. Alego incompetencia del Juez en razón del territorio, ya que todas las negociaciones se realizaron en la ciudad de Portoviejo (…)" (Sic).

3. En la reconvención, la accionada plantea lo siguiente:

"(…) Como la CONSTRUCTORA CARLO POGGI BARBIERI S.A le está obligando a mi representada INTEROCEÁNICA COMPAÑÍA ANÓNIMA SEGUROS Y REASEGUROS a litigar, sin tener fundamento legal ni derecho para hacerlo lo que ocasiona gastos, tiempo, etc., en la calidad que comparezco, le RECONVENGO a la CONSTRUCTORA CARLO POGGI BARBIERI S.A debidamente representada por el señor INGENIERO HUMBERTO POGGI DEL SALTO, para que se le condene al pago de la cantidad de CIEN MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA por concepto de daños y perjuicios (…)" (Sic).

4. En ejercicio del contradictorio, Humberto Poggi del Salto, representante legal de la Compañía Constructora Carlo Poggi Barbieri, respecto de la reconvención, plantea las siguientes excepciones:

"(…) 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho en los que el demandado se basa para plantear la reconvención.
2.- Alego "improcedencia de la reconvención" y concomitantemente falta de causa" (…)
3.- Alego Plus Petition (…)" (Sic).

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

5. Desarrollado el procedimiento, el doctor Armando Aceldo, Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, emite sentencia el 24 de junio del 2014, las 16h33, rechazando la demanda por improcedente; dicha resolución, ante el recurso de apelación planteado por la compañía accionante, fue revocada, como consecuencia, el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de 30 de mayo del 2016, las 15h17, dispone que Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., en el término de 10 días contados a partir de la recepción del proceso en el juzgado de origen, presente y rinda las cuentas que solicita la parte actora en su demanda, acto jurisdiccional que se ejecutorió.

6. En ese contexto, al haberse objetado por la parte actora la rendición de cuentas que presentó la Compañía Interoceánica de Seguros y Reaseguros S.A., se abrió la causa prueba y luego del procedimiento respectivo, la Abogada María Cristina Vela Ribadeneira, Jueza de la Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, emite sentencia el 27 de julio del 2018, las 16h59, al siguiente tenor:

"(…) "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", acepta el presente trámite; en consecuencia se dispone que INTEROCEANICA COMPAÑÍA ANONIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, en el término de veinte y cuatro horas, pague a la Compañía CONSTRUCTORA POGGI BARBIERI S. A., la cantidad de SETECIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA CON 92/100 (USD 703.866,92), conforme el análisis efectuado en la presente sentencia.- CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE. (…)"

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

7. Frente al recurso de apelación interpuesto por Interoceánica Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros S.A., el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de 12 de febrero del 2019, las 15h38, resuelve aceptar el medio de impugnación, en el siguiente contexto:

"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta el recurso de apelación interpuesto por INTEROCEANICA COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS, en consecuencia, revoca la sentencia dictada el 27 de julio de 2018 por la Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia de Iñaquito del DM de Quito y, en su lugar, en los términos de la presente sentencia, se aprueban las cuentas rendidas por INTEROCEANICA COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS (fs. 465 y 465 vta.), que se basan en la imputación, por parte de la aseguradora, del producto del certificado de depósito

N° 760100374 más los rendimientos financieros, por US$440.139,51 según informe pericial, al pago de US$1'639.875,16 que realizó al MIDUVI afianzando a la compañía CONSTRUCTORA CARLO POGGI BARBIERI S.A. Por el pago del saldo de US$1'199.735,65, se deja a salvo para la compañía aseguradora, la vía judicial pertinente de conformidad con el Art. 47 inciso primero de la Ley General de Seguros o la que le corresponda en derecho.- Sin costas.- Notifíquese.(…)" (sic)

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

8. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal ad quem, antes referido, dentro del término legal, la Compañía Constructora Carlo Poggi Barbieri S.A., accionante, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

9. El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional, mediante auto de 9 de junio del 2020, las 10h02, admitió a trámite el recurso de casación planteado por la parte actora, bajo los siguientes parámetros:

"(…) RESOLUCIÓN. - En consecuencia de los razonamientos expuestos, dado que la impugnación casacional formulada, reúne los requisitos para su admisibilidad el suscrito Conjuez Temporal de la Corte Nacional de Justicia, ADMITE a trámite el recurso de casación presentado por COMPAÑIA CONSTRUCTORA CARLO POGGI BARBIERI S.A. por las causales segunda, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación (…)". (Sic.)

10. El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, emite providencia, disponiendo que pasen los autos para resolver, conforme las garantías normativas de la Ley de Casación.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

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

12. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 11 de marzo de 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del COFJ.

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

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

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

[1] Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL

16. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76.3[2] de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con el ámbito temporal de aplicación de la ley, establecido en la Disposición Transitoria Primera del COGEP[3], considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia de la Ley de Casación y las reglas del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), cuerpos normativos ultractivos, el recurso de casación planteado es tramitado conforme dichas garantías normativas.

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

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

18. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **"9."** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a las causales **2da., 3ra., y 4ta., del artículo 3 de la Ley de Casación** respecto de los cuales, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

19. Sobre la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación:

> *"CAUSAL SEGUNDA (…)* ***De la falta de aplicación de los Arts. 344, 346.2, 856.6 y 833 del Código de Procedimiento Civil a la vez que se produjo la indebida aplicación del Art. 10 del mismo Código, cosa que acuso al amparo de la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación.***
>
> *Síntesis del cargo: Los jueces que dictaron la sentencia impugnada se hallaban obligados a excusarse por haber fallado previamente en el mismo proceso en sentencia dictada el lunes 30 de Mayo de 2016, a las 15h17.* ***Al no hacerlo sentenciaron sin competencia.***
>
> ***4.1.1.*** *Es conocido que en los juicios de rendición de cuentas se dictan dos sentencias. El juicio de rendición de cuentas está sujeto al trámite especial previsto en la Sección 9ª, Título II, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil (artículo 660 a 675). En esa parte de su articulado el viejo Código Ritual establecía que para la rendición de cuentas un proceso dividido en dos fases:* ***la primera fase*** *se tramitaba como un juicio ordinario, que concluía con la sentencia en que se declara la obligación del demandado a rendir las cuentas solicitadas o se desechaba la demanda; y, la segunda fase, en que ejecutoriada la sentencia que ordenaba la rendición de cuentas, entraba al trámite especial de rendición propiamente dicha que concluía con la sentencia en que, según el resultado de las cuentas se condenaba al demandado al pago del saldo deudor a favor del actor, o por el contrario se condenaba al actor a pagar a favor del administrador demandado, el saldo acreedor.* ***Es decir en este juicio existía la peculiaridad que en la misma causa se dictaban dos sentencias.***
>
> *Ocurre que los mismos señores Jueces que firmaron la sentencia de alzada impugnada en este recurso, esto es aquella pronunciada el martes 12 de Febrero de 2019, a las 15H38, que vino a ser la segunda de las sentencias en esta causa, es decir, aquella en que se ordena o no el pago de saldos entre las partes, fueros quienes*

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

[3] **Código Orgánico General de procesos:** *"DISPOSICIONES TRANSITORIAS: PRIMERA.- Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación."*

pronunciaron la primera sentencia el lunes 30 de Mayo de 2016, a las 15H17.
Por consiguiente, cuando este proceso retornó a la Sala Provincial por efecto de la apelación propuesta por la parte demandada los jueces debían excusarse; empero, no lo hicieron, por lo que dejaron de aplicar la norma del Art. 856.6 del Código de Procedimiento Civil, que dice: (…)
*La sentencia de 30 de Mayo de 2016 **es conexa** con la de 12 de Febrero de 2019, pues ésta última no es sino la aplicación de lo decidido en al ejecutoría de la primera. Los jueces debían (ese es el verbo que la norma usa "debe") separarse del conocimiento de la causa, sin que puedan eludir esa responsabilidad ni aún a pretexto del consentimiento de las partes, pues el inciso primero del Art. 883 del mismo Cuerpo Legal, que tampoco fue aplicado en el fallo, determina mandatoriamente que **"[n]o podrán allanarse las partes cuando la excusa del ministro, conjuez o juez**, se funde en alguna de las causas de los números 1, 4, 6, 7, y 9 del Art. 856, o cuando alguno de estos funcionarios tenga un litigio igual al que se va a juzgar […]" Es decir, se trata de un allanamiento ineludible que, por su obligatoriedad **determina la incompetencia de los jueces que deben someterse al él.***
*Al existir esa incompetencia para conocer asuntos conexos con lo previamente decidido, los jueces debían abstenerse de actuar, con o sin el consentimiento (convalidación) de las partes, empero, en este caso los juzgadores inopinadamente prosiguieron con el proceso y dictaron fallo, por lo que llevaron a la causa al a nulidad, atento el Art. 344 del Código de Procedimiento Civil, **que no aplicaron tampoco**, según el cual, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1014 del mismo Código, el proceso es nulo, en todo o en parte, cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en el Art. 346 Ibídem. Ese artículo 346, en su numeral 2, que tampoco fue aplicado, establece: (…)*
Por consiguiente, al haber obrado sin sujetarse a su obligación de excusarse, los señores Jueces causaron la nulidad del proceso, nulidad que, por cierto, es específica, trascendente y no convalidarle. (…)
*un vicio para causar nulidad debe cumplir **con las reglas de especificidad, de trascendencia y de no convalidación**, que se hallan establecidas en los Arts. 344 y 352 del Código de Procedimiento Civil y que han sido ampliamente examinadas por nuestras cortes de casación vía abundantes fallos. En este caso:*
***a) La nulidad alegada es específica**, pues se halla establecida en el Art. 346.2 del Código de Procedimiento Civil;*
***b) El vicio de nulidad es trascendente, pues afectó la decisión de la causa** ya que los jueces que ya tenían un criterio formado sobre el caso, por lo que ya existía un principio de parcialidad respecto a cuál debería ser el destino del proceso; y,*
***c) El vicio no está ni puede ni puede estar convalidado**, pues como arriba indiqué al Art. 883 del Código de Procedimiento Civil no acepta el allanamiento de las partes a la causal de excusa del juez fijada en el Art. 856.6, por lo que no cabe que se alegue que las partes consintieron en que los mismos jueces fallen sobre el tema.*
*Con lo dicho se cumplen los requisitos **de especificidad** del Art. 344 del CPC (que la causa de nulidad sea específica), pues se halla prevista en el Art. 346.2 de la misma Norma; **de trascendencia** del 352.1 del CPC ya que el vicio influyó en la decisión de la causa y de no convalidación del Art. 352.2, pues las partes no teníamos autorización siquiera para prestarla, por expresa prohibición del Art. 883.*
***4.1.2.-** Ahora bien, la Sala Ad-quem trató de justificar su competencia invocando el Art. 10 del Código de Procedimiento Civil y el Art. 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. Empero, es mi opinión que esas dos normas fueron indebidamente aplicadas, pues:*
***a)** El **Art.10 del Código de Procedimiento Civil es inaplicable a este caso** en todos sus supuestos ya que:*
***a.1)** No hay en este proceso conflictos ni positivos ni negativos de competencia que es la hipótesis gobernante del primer inciso del mentado Art. 10;*
***a.2)** No se trata de alterar la competencia de los jueces por causas supervinientes, es decir, posteriores a su toma de competencia, que es a lo que se refiere el inciso segundo del Art. 10; sino que alego incompetencia por causa de la acción previa y anterior de los mismos jueces de haber fallado sobre un asunto conexo en la misma causa;*
***a.3)** No hay discusión en esta causa acerca de la competencia de la Sala Provincial en razón el territorio y la materia una vez fijada la competencia del juez A-quo, que es a lo que alude el inciso tercero del Art. 10; sino en torno a la*

persona de los jueces que integraron el tribunal que sentenció;

a.4) *Tampoco es aplicable ninguno de los cuatro numerales del inciso cuarto ya que:* ***i)*** *La segunda fase del juicio de rendición de cuentas no es un mero incidente de una causa principal, sino que se trata de un juicio en toda regla por derecho propio, de ahí que se decida en sentencia;* ***ii)*** *La segunda fase del juicio de rendición de cuentas no es una reconvención;* ***iii)*** *La presente no es una causa sobre la venta de bienes y/o sobre su evicción; y,* ***iv)*** *Esta no es una causa que se dirija contra un deudor principal y/o uno subsidiario.*

Por tanto, el un error aplicar en este caso el Art. 10 del Código de Procedimiento Civil.

En otras palabras, queda demostrada el vicio de nulidad por incompetencia insubsanable de los señores Jueces (…)" (Sic).

20. Respecto de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación:

"De la <u>falta de aplicación</u> de las normas relativas a la valoración de la prueba contenidos en los Arts. 165, 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil, <u>lo que condujo a la equivocada aplicación</u> del Art. 47 de la Ley General de Seguros <u>y a la no aplicación</u> del Art. 297 del Código de Procedimiento Civil, cargo que formulo con sustento en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.

Síntesis del cargo: *La Sala incurre da más valor a la meras aseveraciones de la parte demandada que a pruebas constantes en instrumentos públicos. (…)*

a) *La prueba sobre la que recae el error de falta de aplicación de las normas de valoración de prueba acusado es la copia certificada en integro del proceso judicial número* ***13302-2011-504****, que corre a partir de fojas 506 hasta la 762 de los recaudos procesales:*

b) *Las norma procesales aplicables a la valoración de la prueba que fueron infringidas* ***por falta de aplicación*** *fueron los Arts. 165, 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil;*

c) *El nexo causal entre la prueba no valorada y las normas procesales indicadas en el numeral anterior es la preterición de la mentada prueba, en particular de la sentencia de segunda instancia que desecho la demanda presentada por* ***INTEROCEÁNICA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *en contra de mi Representada, la* ***Compañía Constructora Carlo Poggi Barbieri S.A.****; y.*

d) *Las normas sustanciales indirectamente vulneradas como consecuencia del yerro en la aplicación de las normas de valoración de prueba señaladas en el literal b) son el Art. 47 de la Ley General de Seguros que fue equivocadamente aplicado y el Art. 297 del Código de Procedimiento Civil que no fue aplicado. (…)*

Ahora bien, en las copias certificadas del proceso judicial número ***13302-2011- 504****, que corren a partir de fojas 506 hasta la 762 de los recaudos procesales se verifica que el señor* ***Francisco Javier Rivadeneira Serrano****, en calidad de Administrador y Apoderado General de* ***INTEROCEANICA COMPAÑÍA ANONIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, <u>formuló juicio ejecutivo</u> de la Compañía Constructora Carlo Poggi Barbieri S.A.****, proceso judicial que tenía por objeto cobrar a mi Representada lo que ésta supuestamente debía a la Aseguradora como resultado de la ejecución de las pólizas antes señaladas por parte del Ministerio de Vivienda, mismo que terminó vía sentencia de segunda instancia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí el 29 de Junio de 2015, a las 15H06, fallo que va de fojas 733 a 743 de las tablas procesales de este juicio, que desechó la demanda. (…)*

Es decir, en ese juicio la Aseguradora pretendía cobrar el valor supuestamente adeudado por mi representada por causa de la ejecución de la póliza a pedido del Ministerio de Vivienda. (…)

Es decir, ya la Aseguradora intentó cobrar judicialmente el valor supuestamente adeudado por mi Representada ***y su pretensión fue rechazada por la justicia.***

Ahora bien en la sentencia dictada en esta causa y que impugno en este recurso, vemos que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dice: (…)

Lo que dice la Sala es que la mera aseveración de las partes destruye lo expuesto en instrumento público, pues señala que (…)

Resulta que la Sala ***dejó de aplicar la norma de valoración de prueba*** *contenida en el Art. 165 del Código de Proceidmiento Civil, según el cual la copia certificada del juicio ejecutivo litigado en Manabí* ***<u>es un instrumento público</u>****, ya que esa norma establece: (…)*

Para la Sala es más valioso «<lo que asevera» la parte actora que el contenido de un instrumento público, que debe ser valorado en la forma prevista en el inciso tercero del Art. 166, que tampoco fue aplicado por la Sala y que dice (…)

Por consiguiente, lo que hace fe en juicio y prueba no es la mera aseveración de una de las partes, sino el instrumento público, máxime si ese instrumento público es la copia certificada en integro de un juicio que cumple con todos los parámetros para su valoración del Art. 167 del Código de Procedimiento Civil, (…)

Sucede que en la sentencia dictada en Manabí se dejó a salvo el derecho de la Aseguradora para entablar juicio de cobro de sus supuestas acreencias, con base en el Art. 47 de la Ley General de Seguros, por lo que en este juicio la parte demandada debía demostrar que lo planteó. Sin embargo ello no ocurrió y la Sala para lavar la cara de la Aseguradora en la sentencia atacada dice: (…)

Por lo que aunque la Asrguradora nunca demostró haber entablado ningún juicio, la Sala le concede derecho a cobrar ese valor; esto es, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha violó la sentencia intrapartes dictada por su igual de Manabí, según la que la Aseguradora debe acudir al proceso detemrinado en el Art. 47 de la Ley General de Seguros y la existencia de ese juicio debía probarse por medio de las copias respectivas; y no solo eso, debía probarse que se dictó sentencia que conceda a la aseguradora el derecho a percibir algún pago de parte de mi Representada. (…)

La Sala como consecuencia de la ***falta de aplicación*** *fueron los Arts. 165, 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil* ***llegó a la equivocada aplicación*** *del Art. 47 de la Ley General de Seguros* ***y a la falta de aplicación*** *del Art. 297 del Código de Procedimiento Civil.*

Al parecer los jueces confundieron un juicio de rendición de cuentas con un juicio de repetición de la ejecución de una póliza, pues los jueces reiteran en varias ocasiones, conforme se evidencia en la cita arriba realizada que la Aseguradora tiene derecho a reclamar esos pagos porque así lo manda el Art. 47 de la Ley General de Seguros; empero, este no es un juicio de esa naturaleza por lo que la mención de esa norma no tiene asidero en esta causa, más aún cuando no existe ese otro proceso judicial; de modo que en ese punto los jueces que dictaron esta sentencia incurrieron en una grave invasión de competencias. Por tanto, existe una equivocada aplicación del Art. 47 de la Ley General de Seguros. (…)" (Sic)

21. En torno al cargo cuarto del artículo 3 de la Ley de Casación:

"(…) La sentencia contiene decisiones respecto de puntos que no fueron materia de litigio, adolece de incongruencia, pues se vulnera el Art. 273 del Código de Procedimiento Civil y en el Ar. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, ya que los Jueces Ad-quem hacen concesiones que deben ser materia de otro juicio, lo que señalo con base en la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación.

Síntesis del Cago. *La sentencia adolece de* ***extra petita****, pues los Jueces de Alzada conceden a la parte demandada derechos que deben ser discutidos en juicio sumario atento el Art. 47 de la Ley General de Seguros. Para darle visos de legalidad divide en dos partes una misma y única obligación inadmisible y acepta la imputación de parte de ella en este juicio y dispone se pague lo demás en otro juicio,* ***con lo que dividió la continencia de la causa del eventual reclamo de parte de la Aseguradora.***

En la parte resolutiva del fallo impugnado leemos: (…)

Por consiguiente, la Sala vulneró el Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, ya que concede a la parte demandada en la sentencia derecho a hacer cobros que la misma Sala reconoce que deben ser litigados en juicio separado e independientemente, al tenor del Art. 47 de la Ley General de seguros. A fin de salvar esa incongruencia, la Sala divide esa supuesta obligación: esta parte te la doy aquí y el resto reclama en otro juicio, como si se tratase de dos asuntos diversos y distintos, cuando lo preciso es que es una sola y única obligación de corte indivisible. Por tanto, la decisión es incongruente pues ***no es jurídicamente admisible que haga pagar en juicios de origen distinto y de naturaleza diferentes en una sola y única obligación****, tanto más cuanto que* ***el presente es un juicio de rendición de cuentas y no de repetición de lo pagado con ocasión de la ejecución de una póliza de seguro****; es decir, los jueces hacen pronunciamiento que rebasan el tema de la rendición de cuentas por el empleo de los certificados de depósito por parte de la Aseguradora.*

Tal determinación supone una monumental incongruencia jurídica que va a contrario de lo legislado en el Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis.

La decisión tendría sentido si en la misma sentencia se hubiera ordenado una de las dos cosas:

*a) Que la Aseguradora debía reclamar **toda la obligación en juicio separado** con base en el Art. 47 de la Ley General de Seguros, **pues se trata de una única e indivisible obligación**; o*

*b) Que se admita la imputación hecha por la aseguradora **y en la misma sentencia se ordene a mi Representada pagar el saldo.***

*Por supuesto, lo jurídico, lo correcto es lo primero, ya que este no es un juicio de repetición de lo pagado por concepto de indemnización de seguro, sino que es la rendición de cuentas por el empleo de un certificado de depósito, que no se relaciona en forma alguna con ninguna póliza de seguro, visto que el certificado fue sustituido por otro colateral como garantía de la póliza. Al proceder de esta manera los jueces dividen la continencia de la causa del reclamo que pretende la aseguradora pues le conceden en esta causa la imputación y la mandan a reclamar en juicio separado el saldo, lo que me lleva a preguntar **¿qué ocurrirá si en ese otro juicio se decide que no tiene derecho a reclamar nada?***

Por lo expresado la sentencia adolece de incongruencia, pues entre lo litigado entre las partes y lo decidido por los jueces existe una manifiesta divergencia resultante de ignorar al principio dispositivo: (…)

*En el derecho nacional el principio dispositivo se halla elevado a rango normativo por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, **vulnerando en la sentencia,** (…) **El objeto del proceso era una rendición de cuentas.** Nada más. Si la Aseguradora cree tener derecho a hacer reclamos con sustento en el Art. 47 de la Ley General de Seguros, **pues que plantee el juicio respectivo, cosa que no ha hecho**; (…)*

*Lo otro debe ser materia de juicio separado ante juez competente. Es decir en este juicio se produjo un caso de extra petita, ya que a los jueces **les está vedado hacer concesiones que no fueron objeto de litigio**. Al haber sucedido incurrieron en causal de incongruencia. (…)*

*La causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación describe los vicios (…) **Cuando se decide sobre los puntos que no han sido objeto del litigio el vicio de actividad es de extra petita. (…)***

*En el presente caso, estamos ante una sentencia que atenta contra el principio de congruencia por causa de extra petita, pues el fallo se pronuncia sobre temas ajenos a la rendición de cuentas que deben ser debatidos en juicio sumario de conformidad con el Art. 47 de la Ley General de Seguros y, para darle tonalidad de legalidad a su acto, dividió en dos partes una misma y única obligación; es como si dijeran "en este juicio de reconozco la imputación de tal parte y el saldo ve y reclámalo en cuerda separada según el mentado Art. 47, **con el riesgo de que te sea negado**". Absurdo (…)"(Sic).*

V. PROBLEMA JURÍDICO

22. Delimitados los cargos en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si las censuras esbozadas están dotadas de sustento y argumento válido; al respecto, se delimitan los problemas jurídicos a analizarse, que se circunscriben en las siguientes interrogantes:

¿Los jueces del Tribunal de apelación, estaban obligados a excusarse, por haber fallado previamente una cuestión conexa, al tenor de los artículos 883 y 856 numeral 6 del CPC; a su vez, la falta de excusa generó la vulneración de la solemnidad sustancial de competencia, en torno a la omisión de aplicación de los artículos 344 y 346 numeral 2 del CPC, en relación con la indebida aplicación del artículo 10 ibídem, lo que, a la vez, enervó la validez procesal, y de ser el caso provocó indefensión?

¿El Tribunal de apelación en su resolución, incurre en un vicio de incongruencia al resolver respecto de temas que no fueron materia del litigio) y otorgar algo distinto a lo pedido (extra petita), ya que supuestamente decide sobre asuntos que en atención al artículo 47 de la Ley General de Seguros, debían ventilarse en un juicio sumario distinto al de rendición de cuentas?

¿El Tribunal de apelación, omite aplicar las reglas establecidas en los artículos 165, 166 y 167 del CPC, al dar más valor a meras aseveraciones de la parte accionada, que a instrumentos públicos constantes como parte de la teoría probatoria?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

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

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

24. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

> *"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..." .*[4]

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

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

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

27. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[5]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión[6].

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

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

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[7].

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

31. En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales; así, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, per se, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana

---

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

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

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

[7] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que *"...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior..."*.

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

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

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

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

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..."*.[8]

36. La casación como recurso, está determinado en las reglas de la Ley de Casación, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 1, 2 y 3, del cuerpo normativo invocado establecen las garantías normativas atinentes a la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación, los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede, y las causales taxativas que pueden operar.

37. Por su parte, el artículo 320 del CPC, determina que *"La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad *(numerus clausus)*, el mismo, limita su ámbito de acción, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en la Ley de Casación.

38. Es preciso indicar que, *"la casación civil es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede"*, en este sentido, *"rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."*[9]

39. El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales y de los actos jurisdiccionales previstos en la ley; *per se*, su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*. Mario Nájera, lo define como un "*recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia"*.[10]

---

[8] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[9] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y AsociADOS, Quito, 2005, pag. 41.
[10] Nájera, Mario, Derecho Procesal Civil, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.

40. En este sentido, el ordenamiento jurídico, ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que *"(…) La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia"*.[11]

41. Ahora bien, las garantías normativas de la ley de Casación, al delimitar la forma de una propuesta casacional, en su artículo 6, textualmente señala:

> *"Art. 6.-Requisitos formales. - En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:*
> *1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;*
> *2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;*
> *3. La determinación de las causales en que se funda;*
> *4. Los fundamentos en que se apoya el recurso".*

42. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamendrei define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*.[12]

43. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de casación; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

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

44. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a las causales **2da., 3ra., y 4ta., del artículo 3 de la Ley de Casación**; inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

45. Ahora bien, dada la pluralidad de cargos admitidos a trámite, es de relevancia puntualizar, el orden lógico que corresponde para su análisis, para el efecto, se considera lo que ha establecido esta Alta Corte:

> *"Cuando en casación se invoca varias causales, existe un orden lógico para el estudio de las mismas. Se comienza por la causal* ***segunda****, pues si esta acusación prospera, le está vedado al juzgador de casación el seguir adelante con sus análisis y entrar a resolver sobre el fondo de la controversia, sino que, declarando la nulidad procesal a partir del instante en que el vicio se produjo, ha de reenviar el proceso en cumplimiento de lo que dispone el Art. 15 de la Ley de Casación; luego se estudia la causal* ***quinta****, que describe vicios relativos a la estructura de la sentencia (su congruencia y motivación) que subsana dictando una nueva sentencia; la* ***cuarta****, relativa a los vicios de ultra, citra, o extra petita; luego la* ***tercera****, que trata de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas relativas a la valoración de la prueba que hayan llevado a la violación de una norma sustantiva; finalmente, se estudiará la causal* ***primera****, que se refiere la infracción de normas sustantivas de derecho".*[13]

46. Conforme lo indicado *ut supra*, una de las causales admitidas a trámite, es la 2da., del artículo 3 de la Ley de Casación; ergo, al tenor de la jurisprudencia invocada corresponde primigeniamente el

[11] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.
[12] Piero Calamandrei, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.
[13] Gaceta Judicial serie XVII No. 10 del año 2002, pág. 3063.

análisis de dicho cargo, para luego analizar las causales 4ta., y 3ra., en su orden.

VI.3. Estudio de la causal segunda prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación.

47. El debido proceso es un derecho de protección que contiene múltiples garantías para las personas; *per se*, implica la existencia de mecanismos de tutela y de efectividad concretos dentro de un proceso, como seguridad para las partes procesales de que sus derechos serán discutidos en un proceso justo e imparcial; el mandato de optimización analizado involucra la existencia de un procedimiento que debe desarrollarse conforme parámetros mínimos que permitan la defensa de sus intereses, en igualdad de armas.

48. La ordenación del proceso exige el cumplimiento de unos requisitos y condiciones mínimas de orden formal; partiendo de ese presupuesto, los Jueces tienen el deber de conducir los procesos dentro de los lineamientos prestablecidos, sin contradicciones, evitando yerros u omisiones que ocasionen perjuicios a las partes procesales; las actuaciones judiciales deben enmarcarse en los principios de legalidad y seguridad jurídica, en cuanto no es discrecional al Juez ni a la partes, apartarse de la ley procesal que señala un camino y un orden para los actos procesales, de modo que deben - los Jueces- observar plenamente las formalidades propias de cada juicio, las mismas que se establecen como garantías normativas en la legislación procesal, observando el respeto de los derechos fundamentales y los principios que rigen el sistema procesal vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia.

49. La dirección de los procesos a cargo de los Jueces, debe respetar la forma del trámite fijado en la ley y sus actuaciones están sometidas a las reglas fijadas en ella, como límites-garantías para las partes procesales, considerando desde luego las formalidades esenciales o sustanciales que no pueden dejarse al arbitrio ni del Juez ni de las partes procesales, y las accidentales que no vulneren derechos fundamentales del debido proceso (derecho de defensa, etc.), esto es, que el debido proceso no se refiere a las meras formas.

50. En la estructura del CPC, la nulidad procesal, *per se*, no es un recurso taxativo; es una garantía normativa que procura que el órgano jurisdiccional verifique las actuaciones de la causa en el ámbito procesal, para la concreción del debido proceso, en cualquier etapa del procedimiento o estado del juicio; la existencia de una causal de nulidad, acarrea una sanción extremadamente grave que se reserva para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, la observancia de los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que, para acceder a ésta, se deben observar ciertos principios procesales como: especificidad *(taxatividad)*, trascendencia y convalidación, a saber: **a)** principio de especificidad o legalidad, el cual consiste en que no hay nulidad sin texto legal expreso; **b)** principio de trascendencia, que establece que en virtud del carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino que además exista un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad, y **c)** principio de convalidación, el cual hace referencia a que, toda anomalía formal que constituya causal de nulidad no siempre genera la invalidez del acto procesal, toda vez que se permite en principio su saneamiento y convalidación, siendo la excepción a esta regla la existencia de nulidades insanables.

51. Ergo, para arribar a una nulidad, la causa de la misma, debe estar expresamente consignada como tal en la norma jurídica y dicho motivo debe haber influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: en primer término, se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo término, el órgano jurisdiccional sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

52. La nulidad en el proceso es una declaración judicial que deja sin efecto un acto procesal por violaciones de las garantías constitucionales y de la ley; que busca excluir todo o una parte del proceso en cuya sustanciación no se ha cumplido con las solemnidades esenciales exigidas por la ley adjetiva. La razón jurídica para la existencia de la nulidad es porque es el medio idóneo para impugnar la vigencia de un proceso que adolece de vicios sustanciales. Mediante éste se pone de manifiesto el interés del Estado para que se sustancien procesos que sean firmes y estén libres de vicios que afecten al ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales.

53. El Art. 169 de la CRE, señala:

> *"(...) El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación,*

uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

54. El fin inmediato de la ley procesal es entonces la aplicación de la disposición legal al caso concreto. Lo que se busca en todo este andamiaje constitucional, es hacer cumplir los derechos que el Estado garantiza a todo ciudadano, entre ellos el derecho al debido proceso y sobre todo la defensa.

55. En razón de lo anotado, se puede colegir que las causales de nulidad procesal buscan *"(…) proteger el orden lógico en el que se deben desarrollar los actos procesales, al igual que las formalidades que son de obligatorio cumplimiento para dotarlos de validez (…)"*[14].

56. Al hablar de las nulidades procesales, la Corte Nacional de Justicia, ha indicado:

"(…) la infracción a una solemnidad sustancial, inclusive aunque haya causado perjuicio a las partes litigantes en un primer momento, no puede servir para declarar la nulidad, si tal detrimento ha quedado subsanado mediante un acto posterior del juez o de las partes, que ha servido para garantizar la efectiva vigencia de los derechos procesales que fueron puestos en riesgo, por la omisión de los requisitos de validez de determinado acto (…)"[15].

57. Ahora bien, en el régimen procesal aplicable al caso, como garantía normativa, para garantizar el debido proceso, se ha establecido una causal de casación, la misma procede cuando se haya incurrido en vulneración de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad; así, la causal 2da. del artículo 3 de la Ley de Casación, señala lo siguiente:

*"**Art. 3.- Causales.-** El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes Causales:(…) 2da. 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".*

58. Conforme las ideas desarrolladas *ut supra*, no toda violación del procedimiento es motivo de casación. La garantía normativa es explicita al señalar que el cargo procede únicamente por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocando indefensión, bajo el supuesto de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

59. Santiago Andrade Ubidia, sobre este punto refiere:

"Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado en la ley como causa de nulidad; b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia).

Los vicios que privan al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no existe en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso, inciden en la constitución de la realidad procesal"[16].

60. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- "(…) Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).
- *La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma*

[14] Corte Nacional De Justicia de Ecuador, caso Nro. 647-2014. Acurio López.
[15] Corte Nacional De Justicia de Ecuador, caso Nro. 627-2012. Estado ecuatoriano Vs. García Sabando.
[16] Andrade Ubidia, Santiago, 2005, *La casación civil en el Ecuador*, Andrade&Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 1era edición, p. 116 y 117.

procesal violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).

- *El cargo elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma procesal, que debe ser identificada claramente.*
- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración).*
- *La violación de la norma procesal, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, debe haber viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y haber influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. (principio de trascendencia)".*[17]

61. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien en términos concretos sostiene que, los jueces del Tribunal de apelación, que dictaron la sentencia impugnada, se hallaban obligados a excusarse, por haber fallado previamente una cuestión conexa, en la misma causa; que la falta de excusa generó vulneración de la solemnidad sustancial de competencia del órgano judicial; que dichos errores generaron la falta de aplicación de los artículos 344 y 346 numeral 2, 856 numeral 6, y 883 del CPC, y la indebida aplicación del artículo 10 ibídem, como normas procesales vulneradas, lo que, a la vez, enervó la validez procesal y provocó indefensión.

62. Ahora bien, la **falta de aplicación** de la ley, en la causal 2da. del artículo 3 de la Ley de Casación, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas procesales, que a su vez vician el proceso de nulidad insanable o provocan indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

63. Por otra parte, la **indebida aplicación de la ley**, opera cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución; de acuerdo a la técnica de la casación, se perfecciona cuando el juez, al tramitar un caso y emitir una resolución, la funda en una norma procesal que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma que corresponde realmente. De los conceptos expuestos, se evidencian dos presupuestos: 1. Que la norma procesal utilizada no es la aplicable al caso; y 2. Que producto de ello, la disposición adjetiva que la regula fue inaplicada, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

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

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

> **¿Los jueces del Tribunal de apelación, estaban obligados a excusarse, por haber fallado previamente una cuestión conexa, al tenor de los artículos 883 y 856 numeral 6 del CPC; a su vez, la falta de excusa generó la vulneración de la solemnidad sustancial de competencia, en torno a la omisión de aplicación de los artículos 344 y 346 numeral 2 del CPC, en relación con la indebida aplicación del artículo 10 ibídem, lo que, a la vez, enervó la validez procesal, y de ser el caso provocó indefensión?**

66. Como primera cuestión, corresponde dilucidar si los Jueces del Tribunal de apelación, sobre la base normativa del artículo 883 del CPC, estaban obligados a excusarse en aplicación del artículo 856 numeral 6 ibídem, que establece como causal de excusa el *"Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexa con ella"*; al respecto, por mandato constitucional la Jueza o Juez, cumple un servicio público, técnico-jurídico; por lo que, en el ejercicio de esta función pública, el juzgador debe contar con la mayor objetividad posible, en salvaguarda de los derechos de las

[17] Corte Nacional de Justicia, Sentencia caso No. 17711-2013-0558.

partes y en beneficio de toda la sociedad. El administrador de justicia, como funcionario público responsable, debe asegurarse ser eficiente, idóneo para el conocimiento y resolución de una causa, por lo que, inherente a su función pública, en cumplimiento al debido proceso y en respeto al principio de la debida diligencia, tiene derecho, y el deber, de expresar si considera que su función no podrá ser ejercida de conformidad a la Constitución, los instrumentos internacionales y la ley. Por lo tanto, si en el ejercicio de su derecho y en cumplimiento de su deber como funcionario público, una Jueza o Juez expresa y justifica razón para separarse del conocimiento y resolución de una causa -por alguno de los casos taxativos previstos en la ley-, dicho argumento debe ser respetado y debe ser separado de la misma, en cumplimiento de los principios del debido proceso, así como en aplicación de los valores de independencia, imparcialidad, integridad, corrección, equidad, competencia y diligencia, determinados en los "Principios de Bangalore sobre la conducta judicial.

67. Ahora bien, para subsumir la cuestión adjetiva en el contenido del artículo 883 del CPC, que señala: *"No podrán allanarse las partes cuando la excusa del ministro, conjuez o juez, se funde en alguna de las causas de los números 1, 4, 6, 7, y 9 del Art. 856, o cuando alguno de estos funcionarios tenga un litigio igual al que se va a juzgar", prima facie*, debía existir en el proceso, una excusa de los Jueces *Ad quem*; frente a la inexistencia de este elemento procesal, jamás podría aplicarse la norma objeto de estudio; ergo, no existe error de omisión en torno a la presunta vulneración del artículo 883 del CPC.

68. Continuando con el análisis, según el CPC, las causales de excusa son las mismas que se aplican para la recusación; ergo, ante la decisión de los Jueces Ad quem, en función de su independencia e imparcialidad, de no excusarse, por considerar que no se configuraba la causal establecida en el artículo 856 numeral 6 del Código invocado, ni ninguna otra, cualquiera de las partes procesales podía en función de su tutela plantear la correspondiente recusación, en aras de garantizar la existencia de jueces competentes e imparciales. En el presente caso, los Jueces provinciales tenían pleno conocimiento que, la singularidad de la acción de rendición de cuentas acaecida, establecía desde la óptica adjetiva dos fases, de las cuales derivan dos resoluciones; frente a ello, consideraron que la naturaleza del proceso no ameritaba la generación de excusa alguna, ya que se trataba de un proceso puesto en su conocimiento en la misma instancia, por lo cual no se configuraba la causal de excusa antes indicada; en la misma ilación, la parte recurrente no advirtió con una demanda de recusación este elemento que podía haber enervado la competencia; frente a todo ello, se ultima que, el artículo 856 numeral 6 del CPC, no era aplicable a la cuestión procesal fijada en instancia, por lo cual, se excluye el presunto error de omisión acusado.

69. Normativamente, según el artículo 344 del CPC, *"Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código"*, y, el tenor del artículo 346 numeral 2 ibídem, una de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias es la *"Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila"*; en el presente caso, la ausencia de excusa o recusación por la causal establecida en el 856 numeral 6 del CPC, no enervó la solemnidad sustancial de competencia, pues el Tribunal de apelación previno en el conocimiento de la causa y en aquel se radicó la competencia, la misma que no fue alterada por ninguna causa superviniente; por ello, se excluye la falta de aplicación de las normas invocadas por el censor.

70. Desde un enfoque de jerarquía normativa, el artículo 76 numeral 7 literal k) de la CRE, establece el derecho a *"Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente (…)"*. Ergo, como derecho de protección, parte del debido proceso y de la defensa, desde la órbita del Estado constitucional, se ha establecido el derecho de toda persona a ser juzgado por una Jueza o Juez competente.

71. Desde el ámbito del pluralismo jurídico y del bloque de constitucionalidad, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, establece en su artículo 8 las Garantías Judiciales de toda persona, así el numeral 1 de la mentada norma señala:

> *"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable,* ***por un juez o tribunal competente,*** *independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".(El énfasis nos corresponde)*

72. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1[18], desarrolla este principio.

73. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de febrero de 2019, párrafo 85), sobre el derecho a un Juez competente, emite el siguiente criterio jurisprudencial:

> *"85. La Corte recuerda que el artículo 8.1 garantiza expresamente el derecho a ser juzgado por un "tribunal competente [...] establecido con anterioridad por la ley". Esto implica que la competencia de un tribunal debe estar establecida explícitamente en la ley, la cual ha sido definida por la Corte como la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes. Consecuentemente, en un Estado de Derecho solo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores".*

74. La dimensión del derecho "al Juez imparcial", exige del Estado garantías normativas mínimas sobre ese derecho, de lo que se deriva la reserva legal de la competencia. O en otras palabras, que la competencia nace únicamente de la Constitución y la ley, acepción acogida por el artículo 7 del COFJ:

> *"Art. 7.- Principios de legalidad, jurisdicción y competencia.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos (…)"*

75. En ese sentido, para materializar los mandatos de optimización descritos ut supra, el ordenamiento jurídico interno ha establecido una serie de garantías normativas; así el CPC, en el artículo 1 refiere que la *"Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados"*; el artículo 156 del COFJ, replica dicha delimitación conceptual.

76. Continuando con las garantías normativas establecidas para cristalizar el derecho a ser juzgado por un Juez competente, y tomando en cuenta que los parámetros para delimitar la competencia, son en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados, distribución que debe estar determinada en la ley (artículo 157 inciso primero del COFJ), referido cuerpo legal, establece lo siguiente:

> *"Art. 159.- Competencia por prevención.- Entre las juezas y jueces de igual clase de una misma sección territorial, una jueza o un juez excluye a los demás por la prevención".*
>
> *"Art. 160.- Modos de prevención.-*
>
> *1. En todas las causas, la prevención se produce por sorteo en aquellos lugares donde haya pluralidad de juzgados, o por la fecha de presentación de la demanda, cuando exista un solo juzgador. (…)"*
>
> *"Art. 163.- Reglas generales para determinar la competencia.- Para determinar la competencia de juezas y jueces, se seguirán las siguientes reglas generales, sin perjuicio de lo establecido por la Constitución y la ley, especialmente en lo relativo a la jurisdicción penal:*
>
> *1. En caso de que la ley determinara que dos o más juzgadores o tribunales son competentes para conocer de un mismo asunto, ninguno de ellos podrá excusarse del conocimiento de la causa, so pretexto de haber otra jueza u otro juez o tribunal competente; pero* ***el que haya prevenido en el conocimiento de la causa, excluye a los demás, los cuales dejarán de ser competentes;***
>
> *2.* ***Fijada la competencia con arreglo a la ley ante la jueza, juez o tribunal competente, no se alterará por causas supervinientes (…)"*** *(El énfasis nos corresponde).*

77. Para afianzar aún más la protección del derecho a ser juzgado por un Juez competente, el CPC, en su artículo 346 numeral 2, establece que la competencia de la o el juzgador, es una solemnidad sustancial común a todo proceso.

78. La Doctrina, establece que la competencia *"es el presupuesto del proceso consistente en la cualidad de un juez que le permite o le exige conocer válidamente determinados asuntos y tener preferencia legal respecto de otros órganos jurisdiccionales para conocer de un litigio.*

[18] "1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (…)".

Cualidad que se posee como consecuencia de la aplicación de un conjunto de criterios que constan en la norma legal. De este modo, jurisdicción tiene todo órgano jurisdiccional para conocer de un asunto que a la Función Judicial -y no a las Funciones Ejecutiva y Legislativa- corresponde resolver, pero la competencia, en cambio, implica la concreción del ámbito de válido o lícito ejercicio de esa jurisdicción, que solamente la tiene aquel juez o tribunal que, presupuesta ya su naturaleza jurisdiccional, puede o debe válidamente ejercer la jurisdicción respecto de un asunto concreto".[19]

79. En esta razón, la competencia viene siendo la medida dentro de la cual se concretiza la jurisdicción, toda vez que esta no puede ser ejercida sino dentro de los parámetros de aquella; de ahí, la fórmula por la cual *"todo juez/a tiene jurisdicción pero no competencia".*[20] La competencia además, sigue algunos principios: de legalidad, ya que solo la ley puede fijarla; imperatividad, pues es indisponible para las partes, salvo las excepciones que la propia ley configure; inmodificabilidad, por la cual, una vez fijada la competencia, esta se vuelve inalterable; indelegabilidad, y finalmente es de orden público.

80. Las normas procesales que regulan la competencia, por la estructura de los principios en los que se fundan, pertenecen al derecho público, son de cumplimiento estricto y no admiten interpretación extensiva, constituyen presupuesto de validez indispensable, de ahí la obligación que recae en el juez/a de asegurarse respecto a su competencia o incompetencia, en razón de la capacidad o incapacidad que las normas le otorgan para conocer y juzgar la *litis* en una materia determinada.

81. Ahora bien, en ocasiones, un órgano judicial puede perder la competencia para conocer un caso, por las causas previstas en la ley procesal; al respecto, Hernando Devis Echandía, señala:

> *"Ocurre la pérdida de la competencia para determinada clase de negocio, (…) Cuando por virtud de un impedimento o de recusación se separe el juez o magistrado del conocimiento de un proceso, se pierde la competencia, aunque la jurisdicción del juez no resulte afectada".*[21]

82. En el presente caso, al no existir excusa o recusación en firme, u otra cuestión procesal que haya enervado la competencia primigenia del Tribunal de apelación, no se alteró la misma, consecuentemente, esta solemnidad sustancial prevista en el artículo 346 numeral 2 del CPC, no fue inobservada, ni omitida, por lo tanto, no había razón para subsumir la cuestión adjetiva en el artículo 344 del Código invocado y declarar la nulidad procesal; en ese sentido, el *Ad quem*, motivó su decisión sustentándose además en el contenido del artículo 10 del CPC, debidamente aplicado al caso, ya que el Tribunal de apelación, previno en el conocimiento de la causa, y excluyó a los demás jueces, los cuales dejaron de ser competentes, asimismo porque fijada la competencia con arreglo a la ley, no existió razón alguna para que la misma sea alterada.

83. En este contexto el yerro acusado de no excusarse por haber fallado previamente en el mismo proceso, no enerva la validez procesal, por falta de aplicación de los artículos 344, 346 numeral 2, 856 numeral 6 y 833 del CPC, e indebida aplicación del artículo 10 ibídem; ergo la censura planteada es improcedente, toda vez que se han respetado los derechos al debido proceso, seguridad jurídica, y el derecho a ser juzgado por un Juez competente.

VI.4. Estudio de la causal cuarta prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación.

84. Para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del ad quem, el censor, invoca la causal 4ta. del artículo 3 de la Ley de Casación, cuyo tenor es el siguiente:

> *"Art. 3.-Causales.-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; y,".*

85. El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste en: *"…la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante,"*[22] en este sentido, *"la incongruencia del fallo puede revestir tres formas: a) cuando se decide*

[19] Enciclopedia Jurídica Espasa (1991) Fundación Tomás Moro, Ed. Espasa Calpe, Madrid, pág. 182.
[20] Eduardo Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 28.
[21] Devis Hechandía, Hernando, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, pág.126.
[22] Humberto Murcia Ballén, *"Recurso de Casación Civil"*, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñes, Bogotá,2005, Pag.506.

más de lo pedido (plus o ultra petita); b)cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra petita)".[23]

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

> *"(…) El principio de la congruencia (…) delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso".*[24]

87. En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 273 del CPC: *"La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella"*, en relación con lo que dispone el artículo 274 ibídem: *"En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución (…)"*; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es sino la que es materia del litigio[25].

88. En tal virtud, la congruencia exige *"al juez que su pronunciamiento en sentencia se corresponda con el objeto del proceso, resuelva sobre las peticiones realizadas por las partes y decida los puntos litigiosos del proceso".*[26]

> *"…Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa parte favorecida por la ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia y de equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada…".*[27]

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

- *"Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.*
- *Asemejar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.*
- *Identificar, de ser el caso, la reconvención esbozada por el demandado, así como las excepciones planteadas a la misma.*
- *Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.*
- *Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvención u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.*
- *Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito ut supra, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido (plus o ultra petita), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (extra petita), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (citra petita) (debida fundamentación y demostración).*
- *El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia)."*[28]

90. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente,

[23] Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).
[24] G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador)
[25] Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 323.
[26] Oswaldo Navas, Teoría General del Proceso, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2019, p 101
[27] Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 321.
[28] Corte Nacional de Justicia, Sentencia, caso No. 09327-2016-00215

quien en términos concretos sostiene que, la sentencia impugnada contiene decisiones respecto de puntos que no fueron materia de litigio, que adolece de incongruencia, pues se vulnera los artículos 273 del CPC, y 19 del COFJ, ya que los Jueces *Ad quem*, hicieron concesiones que deben ser materia de otro juicio; que existe *extra petita*, ya que se concede a la parte demandada derechos que deben ser discutidos en juicio sumario atento al artículo 47 de la Ley General de Seguros, que para el efecto dividieron en dos partes una misma y única obligación inadmisible y aceptaron la imputación de parte de ella en el juicio de rendición de cuentas, y dispusieron que se pague lo demás en otro juicio, con lo que dividieron la continencia de la causa del eventual reclamo de parte de la aseguradora; que la decisión es incongruente pues no es jurídicamente admisible que se haga pagar en juicios de origen y naturaleza distinta una sola y única obligación, tanto más que el presente caso es un juicio de rendición de cuentas y no de repetición de lo pagado con ocasión de la ejecución de una póliza de seguro.

91. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, atinente al presente cargo, se circunscribe en la siguiente interrogante:

> **¿El Tribunal de apelación en su resolución, incurre en un vicio de incongruencia al resolver respecto de temas que no fueron materia del litigio) y otorgar algo distinto a lo pedido (extra petita), ya que supuestamente decide sobre asuntos que en atención al artículo 47 de la Ley General de Seguros, debían ventilarse en un juicio sumario distinto al de rendición de cuentas?**

92. Para dar respuesta a la censura, como primera cuestión, corresponde identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso; según lo indicado en el numeral 1 de esta sentencia, el objeto del proceso es una acción de rendición de cuentas planteada por el ciudadano Humberto Poggi del Salto, representante legal de la Compañía Constructora Carlo Poggi Barbieri, en contra de Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., respecto de los siguientes títulos valores entregados a la accionada como garantía: a). Certificado de Depósito a Plazo del Banco Internacional No. 760100374, por el valor de trescientos cincuenta mil Dólares de los Estados Unidos de América (USD $ 350.000,00); b) Certificado de Depósito a Plazo del Banco Internacional No. 760100375, por el valor de trescientos cincuenta mil Dólares de los Estados Unidos de América (USD $ 350.000,00); c) Certificado de Depósito a Plazo del Austrobank Overseas S. A. N° 14376 por un monto de ochocientos mil dólares de los Estados Unidos de América (USD $ 800.000,00).

93. En lo referente a las excepciones planteadas por Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., y la contestación a la demanda, es claro que, como parte del contradictorio, la accionada argumentó que, canceló al MIDUVI la cantidad de $1.639.875,16, por la terminación de mutuo acuerdo del contrato que existía entre dicha entidad pública y la Constructora Carlo Poggi Barbieri S.A., cumpliendo con lo dispuesto por la Ley General de Seguros, que *"La COMPAÑÍA CONSTRUCTORA CARLO POGGI BARBIERI S.A., adeuda A INTEROCEÁNICA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS valores por las efectivizaciones de las pólizas emitidas a favor del MIDUVI, sus renovaciones, respectivas primas por el aseguramiento en el contrato con el MIDUVI y a falta de pagó inició acciones judiciales para exigir el cumplimiento de la deuda"*, que *"El valor correspondiente al certificado No. 76010374, luego de su efectivización, se imputo al pago realizado al MIDUVI por concepto de efectivización de póliza de Buen Uso de Anticipo, de acuerdo como manda la Ley, primero los intereses, gastos y capital"*, en ese escenario, entre otras excepciones la accionada plantea la *"Negativa total y absoluta de los fundamentos de hecho y de derecho propuestos en la demanda"*

94. Fijado lo anterior, corresponde hacer énfasis en el necesario ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones o peticiones, y lo resuelto en la sentencia; por lo que, en el *in examine*, se precisa una revisión del caso a fin de evidenciar si existió o no un vicio de incongruencia.

95. Las garantías normativas que regulan la emisión de la resolución judicial, determinan que esta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes originados durante el juicio, fundándose en la Constitución, la ley y los méritos del proceso; la omisión de resolución de las pretensiones o el otorgamiento más allá de aquellas, o algo distinto a las mismas, constituyen errores *in iure*, que dan lugar a la casación.

96. Lo que jurídicamente calificado como "traba de la litis", se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, (exigencia fundada o no) y de la resistencia esgrimida en contra (excepciones). Fijados los puntos del litigio y desarrollada su discusión más allá de la negación

pura, corresponde al órgano jurisdiccional, pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones o razones que fundamentan la pretensión y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas. El tratadista Humberto Murcia Ballén señala al respecto "…la actividad del juez, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada; que solo puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes, o, en otros términos, que solamente debe moverse dentro del espacio que le determina el demandante en su demanda o el demandado en la contestación"[29].

97. El artículo 19 del COFJ, establece el principio dispositivo, bajo el cual todo proceso se promueve por iniciativa de parte legitimada; en función de aquel, para resolver la cuestión planteada en sede casacional, este Tribunal contrasta la pretensión de la demanda, su contradictorio (contestación a la demanda) y la resolución impugnada.

98. De la traba de la Litis, es claro que el conflicto jurídico, tiene que ver con la rendición de cuentas; en ese sentido, corresponde analizar la esencia del instituto jurídico en el siguiente contexto:

99. Sobre la rendición de cuentas.- El deber o la obligación de rendir cuentas tiene dos mecanismos de activación jurídica, siempre desde el gestor; por una parte, se ejerce al ceñirse a las reglas previstas al administrar y entregar información suficiente al requirente dentro de los plazos y términos acordados previamente respecto a su gestión sobre bienes ajenos o negocios; y por otra, en el caso de no haberse previsto reglas para la rendición de cuentas, "cuando el dueño las pida" (artículo 660 del CPC). Administrar bienes ajenos conlleva implícita la rendición de cuentas sobre tal ejecución, pues dicha obligación sobreviene al encargo, y se ejerce o en etapas o hitos, o sobre la totalidad de la gestión efectuada. Dicha administración se ejerce por voluntad de las partes, por voluntad de la ley o por orden de autoridad pública.

100. La ley habilita ciertos casos de gestión unilateral de negocios dirigidos a cesar o impedir los perjuicios o arbitrariedades que se pudieren ocasionar al propietario, como el caso del agente oficioso o en los estados de excepción, sin que éstos se encuentren exentos de informar suficientemente sobre la administración o uso del bien o bienes en cada evento.

101. La legislación civil ecuatoriana prevé para caso específicos la rendición de cuentas, así el artículo 440 del Código Civil determina: "*El tutor o curador está obligado a llevar cuenta fiel, exacta, y en cuanto fuere dable documentada, de todos sus actos administrativos, día por día; a exhibirla luego que termine su administración; a restituir los bienes a quien por derecho corresponda, y a pagar el saldo que resulte en su contra*"; el artículo 2059 ibídem establece: "*El mandatario está obligado a dar cuenta de su administración*", y en este mismo contexto la legislación societaria prevé: "*Los administradores están obligados a rendir cuenta de la administración por períodos semestrales, si no hubiere pacto en contrario, y además en cualquier tiempo, por resolución de los socios*" (artículo 53, Ley de Compañías).

102. La doctrina establece dos efectos para la rendición de cuentas: **(i)** inmediato que está "*constituido por las cuentas, esto es, los ingresos y egresos, con sus respectivos soportes, de la actividad desarrollada por quien se ha encargado de administrar bienes o negocios de otra persona, sea que su origen esté en un acto de voluntad de las partes, como el contrato, o en una situación contemplada en la ley, como el secuestro o el albaceazgo*"; y, **(ii)** mediato, que ***"consiste en establecer quién le debe a quién y cuánto, es decir, cuál es el saldo que queda en favor de una parte y a cargo de la otra.*** *Se habla de parte, sin hacer referencia a una específica, pues el saldo puede quedar a cargo del demandante o del demandado*"[30]. (El énfasis nos corresponde)

103. En este contexto, la obligación de rendir cuentas consiste en la de presentar de manera detallada, clara y transparente, las operaciones realizadas, en el manejo de bienes o dineros ajenos, para que quien las recibe pueda enterarse de las mismas, examinarlas, verificarlas y si fuera del caso, impugnarlas. Por disposición de la norma contenida en el artículo 660 del CPC, cualquier persona que hubiese administrado bienes ajenos, fuera de su patrimonio, está en la obligación de rendir cuentas en los períodos estipulados o a falta de aquellos, cuando sea requerido judicialmente por el dueño. Esta obligación,

[29] Humberto Murcia Ballén, "*La Casación Civil en Colombia*", Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá, Pag. 480.
[30] Jaime Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal, Tomo II, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2005, p. 128

nace de dos fuentes, **la primera,** la ley, como en el caso de los tutores o curadores (Art. 441 del Código Civil.); el albacea de los bienes hereditarios (Art. 1330 del Código Civil); el socio administrador de una sociedad colectiva (Art. 1984 del Código Civil); el mandatario (Art. 2059 del Código Civil); el depositario judicial; el síndico de quiebra, el representante legal o liquidador de una compañía, etc.; **la segunda**, por el consenso de la voluntad de dos o más personas que estipulan la designación de un administrador con obligación de rendir cuentas.

104. En el *in examine,* se tiene fijado como cierto, la existencia de un *"convenio de certificados de depósito a plazo fijo en garantía"*, suscrito entre actora y demandada, por el consenso de la voluntad de aquellas; en virtud de ello y el conflicto suscitado entre las partes, es claro que se generó la obligación de rendir cuentas por parte de Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., a favor de la Compañía Constructora Carlo Poggi Barbieri; en ese sentido, se pronunció la justicia ordinaria en este caso, con una sentencia ya ejecutoriada.

105. En la segunda fase del proceso, propia del trámite, Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., presenta las cuentas solicitadas; en concreto, en torno al certificado de depósito a plazo fijo No. 760100374, del Banco Internacional, por la cantidad de $350.000, insiste en su argumento inicial planteado al contestar la demanda, cual es el hecho que canceló al MIDUVI la cantidad de $1.639.875,16, por la terminación de mutuo acuerdo del contrato que existía entre dicha entidad pública y la Constructora Carlo Poggi Barbieri S.A., cumpliendo con lo dispuesto por la Ley General de Seguros, que *"La COMPAÑÍA CONSTRUCTORA CARLO POGGI BARBIERI S.A., adeuda A INTEROCEÁNICA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS valores por las efectivizaciones de las pólizas emitidas a favor del MIDUVI, sus renovaciones, respectivas primas por el aseguramiento en el contrato con el MIDUVI y a falta de pagó inició acciones judiciales para exigir el cumplimiento de la deuda"*, que *"El valor correspondiente al certificado No. 76010374, luego de su efectivización, se imputo al pago realizado al MIDUVI por concepto de efectivización de póliza de Buen Uso de Anticipo, de acuerdo como manda la Ley, primero los intereses, gastos y capital"*.

106. Entonces, dada la esencia del juicio de cuentas, así como la aplicación directa de sus efectos jurídicos inmediato y mediato (analizados en párrafos precedentes), es claro que, al ser parte de la traba de la litis, la imputación o no del certificado de depósito a plazo fijo No. 760100374, del Banco Internacional, por la cantidad de $350.000, a las cuentas que imperativamente debía rendir Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., a favor de la Compañía Constructora Carlo Poggi Barbieri, el Tribunal de apelación no incurrió en un vicio de incongruencia, otorgando algo distinto a lo pedido (extra petita), ya que, se insiste, la imputación o no de los valores del tan mencionado certificado de depósito, sus rendimientos y más, si eran parte de la rendición de cuentas, dado el devenir del conflicto surgido entre las partes; ergo, el cargo planteado es improcedente.

VI.5. Estudio de la causal tercera prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación.

107. La causal referida establece lo siguiente:

> *"**Art. 3.-Causales.-** El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: (…) 3ra. 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".*

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

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

de la prueba, no puede haber violación de la norma sustantiva como para configurar esta causal".[31]

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

- *"Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).*
- *La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).*
- *El cargo casacional escogido, debe ir relacionado con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.*
- *La violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, a la vez, debe derivar en una equivocada aplicación o en la no aplicación de normas de derecho (norma sustantiva). De este enunciado, se desprende también dos cargos que deben justificarse en la propuesta casacional: 1) Equivocada aplicación; o, 2) No aplicación, de normas de derecho sustancial".*[32]

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

- *"El medio o medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se ha infringido la norma que regula la valoración de dichas pruebas.*
- *La norma o normas que regulan la valoración de la prueba, cuya aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación se acusa.*
- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre los medios de prueba y la norma violada.*
- *Singularizar la norma sustantiva que como consecuencia del yerro in iure acusado, ha sido* ***indirectamente*** *transgredida".*[33]

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

> *"La demostración de este caso implica revisar la aplicación de los preceptos jurídicos relativos a la valoración del aprueba, lo que conduce a corregir el error judicial de la segunda violación, aplicando otras normas de derecho sustancial o a la aplicación de las que la sentencia no ha aplicado (…) la valoración de la prueba es la operación mental que realiza el juzgador para, con la debida argumentación y ponderación, determinar si los hechos del caso tienen relación con la norma o normas a aplicar y conducir si son ciertas o no las afirmaciones del actor y/o del demandado; y, sobre todo, la valoración implica una decisión sobre la credibilidad de la fuente –medio de la prueba(…) la facultad de valorar prueba es privativa de los jueces de instancia; por lo que el tribunal de casación, en la primera fase de tratamiento del recurso, no puede juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal ad quem, ni realizar una valoración nueva y distinta de las pruebas que obran de autos, sino comprobar si en la valoración de la prueba se ha violado o no los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba y si esta violación ha conducido a la violación de las normas sustantivas".*[34]

112. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien en términos concretos sostiene que, el *Ad quem*, incurrió en la falta de aplicación de los artículos 165, 166, y 167 del CPC, lo que condujo a la equivocada aplicación del artículo 47 de la Ley General de Seguros, y a la falta de aplicación del artículo 297 del CPC.

113. Ahora bien, la **falta de aplicación** de la ley, en la causal 3ra. del artículo 3 de la Ley de Casación, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas atinentes a preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, cuya observancia era exigible, y que de haberlo hecho, dicha situación, por efecto,

[31] Carlos Ramírez, Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120
[32] Corte Nacional de Justicia, Sentencia, caso No. 18334-2014-0171
[33] Corte Nacional de Justicia, Sentencia, caso No. 18334-2014-0171
[34] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos,* Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120 -121.

determinaba la aplicación real y correcta de las normas de derecho sustantivo en la sentencia.

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

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

> **¿El Tribunal de apelación, omite aplicar las reglas establecidas en los artículos 165, 166 y 167 del CPC, al dar más valor a meras aseveraciones de la parte accionada, que a instrumentos públicos constantes como parte de la teoría probatoria?**

116. Para dar respuesta al problema jurídico, es menester el estudio de las garantías normativas cuya falta de aplicación se acusa.

117. Los artículos 165, 166, y 167 del CPC, establecen lo siguiente:

> *"Art. 165.- Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, o sea todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, como los diplomas, decretos, mandatos, edictos, provisiones, requisitorias, exhortos u otras providencias expedidas por autoridad competente; las certificaciones, copias o testimonios de una actuación o procedimiento gubernativo o judicial, dados por el secretario respectivo, con decreto superior, y los escritos en que se exponen los actos ejecutados o los convenios celebrados ante notario, con arreglo a la ley; los asientos de los libros y otras actuaciones de los funcionarios y empleados del Estado de cualquiera otra institución del sector público; los asientos de los libros y registros parroquiales, los libros y registros de los tenientes políticos y de otras personas facultadas por las leyes.*
>
> *El instrumento público agregado al juicio dentro del término de prueba, con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho juicio.*
>
> *Art. 166.- El instrumento público hace fe, aún contra terceros, 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 fe sino contra los declarantes.*
>
> *Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular.*
>
> *Se otorgará por escritura pública la promesa de celebrar un contrato, si, para su validez, se necesita de aquella solemnidad, conforme a las prescripciones del Código Civil.*
>
> *Art. 167.- Para que los documentos auténticos judiciales y sus copias y compulsas prueben, es necesario:*
>
> *1. Que no estén diminutos;*
>
> *2. Que no esté alterada alguna parte esencial, de modo que arguya falsedad; y,*
>
> *3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que con tales documentos se intente probar."*

118. Desde la órbita del régimen procesal aplicable al caso, la Sección 7ª. del CPC, hace relación a la prueba, por su parte, el Parágrafo 2do, instituye las reglas atinentes a la prueba documental; así, en tratándose de documentos públicos, los artículos 165, 166, y 167, del Código invocado, refieren como hacen fe, el alcance probatorio que aquellos tienen en un proceso judicial, y los requisitos que deben reunir para tal efecto.

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

> *"**Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba:** Puede decirse que este representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no debe perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos. De esta manera se contribuye a*

la concentración y la eficacia procesal de la prueba".[35]

120. De acuerdo a lo delimitado en los párrafos supra, es claro que, en función del principio de libertad probatoria, las partes procesales ofertaron un sinnúmero de medios prueba, las mismas fueron ordenadas, practicadas e incorporadas al proceso, sin que respecto de ellas, se haya realizado objeción alguna, en el momento procesal oportuno, en torno a su legalidad, pertinencia, conducencia, eficacia y validez, institutos que tienen relación con los principios desarrollados en líneas anteriores, cuyo referente es el artículo 76 numeral 4 de la CRE.

121. En términos concretos las alegaciones de la parte recurrente, se refieren a que el *Ad quem*, en su resolución, no realiza una valoración completa del acervo probatorio, sobre todo de las copias certificadas del proceso judicial No. 13302-2011-504; que hay una preterición de la mentada probanza; que las copias certificadas antes descritas justificaban que la Aseguradora hoy demandada, intentó cobrar judicialmente el valor supuestamente adeudado por la compañía Constructora Carlo Poggi Barbieri S.A., acción que ha sido negada por la justicia; que sin embargo de ello, el *Ad quem*, a partir de meras aseveraciones de las partes destruye lo expuesto en el instrumento público antes referido, dejando de aplicar los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; que con las copias certificadas del caso No. 13302-2011-504, se probó que la justicia dejó a salvo el derecho de la aseguradora para entablar juicio de cobro de sus supuestas acreencias con base en el artículo 47 de la Ley General de Seguros, lo cual debía ser demostrado en este juicio de rendición de cuentas, cuestión no justificada procesalmente, y, pese a ello, el *Ad quem*, concede a Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., el derecho a cobrar valores económicos no establecidos judicialmente, violando la sentencia "intra-partes" dictada por un Tribunal de Manabí; que todas estas cuestiones derivaron en la equivocada aplicación del artículo 47 de la Ley General de Seguros, y en la no aplicación del artículo 297 del CPC.

122. Del examen de los argumentos planteados, se determina que la parte recurrente orienta su alegato casacional a cuestionar la justipreciación que realiza el ad quem, de uno de los medios probatorios aportados, cual es un instrumento público (copias certificadas del caso No. 13302-2011-504). Ahora bien, tal como se ha planteado el recurso, el impugnante incurre en la vulneración del principio de no debate de instancia, pues pretende que se valore nuevamente la prueba; ergo, al configurarse tal pretensión, en los enunciados de la formulación propuesta, la censura es inviable, pues aquello es una situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

> *"(…) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente.* ***Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba****, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (…)*
>
> ***la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia.*** *El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (…)"*[36]

123. Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de *"no debate de instancia"*, por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error

[35] Devis Echandia, Hernando, *"Teoría General de la Prueba Judicial"*, Tomo I, Sexta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1999, p.109-126.
[36] Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén *"se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia"*[37]. La parte recurrente debía delimitar el ámbito de los preceptos de valoración probatoria soslayados y su trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados.

124. Continuando con el análisis, como parte de sus enunciados, la parte casacionista, cuestiona que en el considerando *"SEPTIMO"* de la sentencia impugnada, el *Ad quem*, da más valor a una mera aseveración de las partes que a un instrumento público, por lo que existiría la vulneración de los preceptos jurídicos de valoración de la prueba acusados. Así, se observa que el enfoque principal, se dirige a cuestionar la valoración de la prueba realizada sobre las copias certificadas del caso No. 13302-2011-504; en ese contexto, como parte medular de su fundamentación confronta los datos obrantes en este instrumento, procurando que en sede casacional se haga un ejercicio de justipreciación, lo cual según lo indicado *ut supra*, está proscrito; además que, no identifica y demuestra de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre el medio de prueba y la infracción a las normas que regulan la valoración de dicha prueba.

125. Ahora bien, revisado el fallo impugnado, respecto del medio de prueba, en el que, según el argumento casacional, se ha dejado de aplicar el contenido de los artículos 165, 166, y 167 del CPC, se observa que el Ad quem, hace referencia a dicha probanza practicada, y realiza la justipreciación correspondiente de la misma en el considerando "SEPTIMO" de su fallo; asimismo, de la revisión de dicho apartado, se establece que el Tribunal de apelación, al momento de justipreciar dicho medio probatorio, cumple con su obligación de dar el alcance probatorio correspondiente a las copias certificadas del caso No. 13302-2011-504, instrumento público que hizo fe y constituyó prueba legalmente actuada, por haber sido autorizado en debida forma, con arreglo a la ley, que hace fe, aun contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y contra los declarantes en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados; tanto más que, las obligaciones y descargos contenidos en él hacen prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular, más aún cuando dicha prueba no está diminuta, alterada, y como instrumento judicial se halla firme; ergo, dicho medio si fue considerado y valorado, en instancia, en base al conocimiento científico, las reglas de la lógica, la experiencia, y la observación racional, en relación con el objeto del conflicto, cual es la rendición de cuentas; dicho esto, en relación a la primera interrogante del problema jurídico planteado, se concluye que el *Ad quem*, respecto de los artículos 165, 166, y 167 del CPC, no incurre en error de omisión alguno, por ello, la propuesta impugnatoria adolece de debida fundamentación, demostración, y trascendencia.

126. En la misma ilación, relacionando el cargo casacional planteado por el censor, con el conflicto judicializado, es de relevancia insistir que, desde la doctrina, uno de los efectos para la rendición de cuentas es el mediato, consistente en ***"establecer quién le debe a quién y cuánto, es decir, cuál es el saldo que queda en favor de una parte y a cargo de la otra"***[38]; ergo, es claro que, conforme el análisis del anterior cargo casacional, al ser parte de la traba de la litis, la imputación o no del certificado de depósito a plazo fijo No. 760100374, del Banco Internacional, por la cantidad de $350.000, a las cuentas que imperativamente debía rendir Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., a favor de la Compañía Constructora Carlo Poggi Barbieri, el Tribunal de apelación debía pronunciarse sobre esta cuestión en base a los medios de prueba aportados, en ese ejercicio soberano, consideró las copias certificadas del caso No. 13302-2011-504, y concluyó que, debía existir esta imputación, sin que en esa potestad haya vulnerado las normas contenidas en los artículos 165, 166, y 167 del CPC.

[37] Murcia Ballen, Humberto, *"Recurso de Casación Civil"*, 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59
[38] Jaime Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal, Tomo II, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2005, p. 128

127. Ahora bien, el análisis que hace el Tribunal *ad quem*, parte de un argumento que todo pronunciamiento debe contener respecto de la institución jurídica objeto de análisis (rendición de cuentas), en torno a sus efectos; en la especie, al analizar la imputación o no del certificado de depósito a plazo fijo No. 760100374, del Banco Internacional, por la cantidad de $350.000, a las cuentas que imperativamente debía rendir Interoceánica Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., a favor de la Compañía Constructora Carlo Poggi Barbieri, en la sentencia impugnada, se contrastan las proposiciones fácticas, jurídicas y probatorias constantes en autos, sobre la base de los principios que rigen la actividad probatoria, luego de lo cual se arriba a la conclusión que sin son imputables dichos valores a la rendición de cuentas objeto del litigio, lo que coadyuvó a emitir la resolución impugnada, sin que en ese ejercicio de justipreciación exista error alguno.

128. Es importante recalcar que, del claro tenor de los principios que rigen la teoría general de la prueba judicial, entre ellos el de comunidad de la prueba, el *Ad quem*, arriba a su conclusión, luego de la confrontación y valoración de un sinnúmero de medios probatorios, oportunamente admitidos y producidos; ergo, las copias certificadas del caso No. 13302-2011-504, no fueron la única prueba obrante en autos, a *contrario sensu*, existieron otras pruebas útiles conducentes y pertinentes, que justipreciadas, dieron como resultado aquel hecho cierto que conduce a aprobar las cuentas rendidas por Interoceánica Compañía Anónima de Seguros, que se basan en la imputación, por parte de la aseguradora, del producto del certificado de depósito N° 760100374 más los rendimientos financieros, al pago de US$1'639.875,16 que realizó al MIDUVI afianzando a la compañía CONSTRUCTORA CARLO POGGI BARBIERI S.A., ya que de la confrontación de las propuestas fácticas y probatorias, se estableció dicha cuestión.

129. Desde un ámbito de debida fundamentación y demostración, correspondía a la parte recurrente indicar el por qué se acusa el error de omisión de los artículos 165, 166, y 167 del CPC, y en qué sentido existió la equivocada aplicación del artículo 47 de la Ley General de Seguros, y la no aplicación del artículo 297 del CPC, dicho ejercicio argumentativo no se evidencia en la propuesta casacional, a *contrario sensu*, se observa una alegación que vulnera el principio de no debate de instancia, relacionado con la inconformidad en torno a la justipreciación de los elementos probatorios y la conclusión que emanó del *Ad quem*.

130. El Tribunal de apelación, ha estudiado los requisitos establecidos en la ley, la doctrina y la jurisprudencia para que prospere la rendición de cuentas, en base a los planteamientos que han realizado las partes, y al observarse el cumplimiento de los elementos necesarios para validar la institución objeto de discusión, ha aceptado el recurso de apelación interpuesto por Interoceánica Compañía Anónima de Seguros, y ha revocado la sentencia dictada por el *A quo*; *per se*, no se avizora de forma alguna que se haya vulnerado las normas objeto de análisis.

131. En conclusión, el Tribunal *Ad quem*, al resolver la acción de rendición de cuentas incoada, en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, justipreció las pruebas aportadas por las partes, sin haber violado normas de derecho concernientes a esa valoración, pues conforme lo explicado a lo largo de esta resolución, no se verifica que se haya omitido la obligación de dar el alcance probatorio correspondiente, a las copias certificadas del caso No. 13302-2011-504, es decir que se haya dejado de aplicar los artículos 165, 166, y 167 del CPC; por ello, no se puede verificar que la cuestión alegada por la parte impugnante, haya conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia, relacionadas con los artículos 47 de la Ley General de Seguros, y 297 del CPC; toda vez que, desde la técnica impugnatoria, conforme lo explicado precedentemente, si no hay violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, no puede haber violación de la norma sustantiva como para configurar la causal objeto de estudio, por ello, por adolecer de debida fundamentación, demostración, y trascendencia, el cargo casacional, en la forma propuesta, es improcedente.

VII. DECISIÓN

132. *En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 16 y más pertinentes de la Ley de Casación, por unanimidad,* ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, RESUELVE:***

133. *Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por la Constructora Carlo Poggi Barbieri S.A., por intermedio de su procurador judicial, accionante, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores in iudicando y los cargos acusados.*

134. *Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y el rechazo total del recurso de casación, conforme la parte final del artículo 12 de la Ley de Casación, corresponde que el Tribunal a quo, entregue a la parte perjudicada (parte demandada) el valor total de la caución.*

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

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 17230-2018-11434

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **David Jacho Chicaiza**

ACCIÓN
TERMINACIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE PREDIO RURAL

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En la presente sentencia se declara la procedencia del recurso de casación, presentado por la parte actora y demandada, por cuanto el Tribunal de apelación, en su resolución, adopta decisiones contradictorias e incompatibles, e incurre en deficiencia motivacional; consecuentemente, enmendando los errores, se emite una sentencia de mérito declarando la procedencia parcial de la demanda.

Quito, jueves 18 de enero del 2024, las 15h08,

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por el ciudadano José Leonardo Serrano Sarmiento, actor; y Luis Anibal Aguas Vizuete, demandado, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*; el suscrito Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó procedente parcialmente el medio de impugnación extraordinario planteado por las partes; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

I.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. El ciudadano José Leonardo Serrano Sarmiento, en juicio ordinario, demanda a Luis Aníbal Aguas Vizuete, la "terminación del contrato de arrendamiento de un predio rural", en el siguiente contexto, según el líbelo inicial, aclaración, y reforma:

"(…) Soy el único y universal heredero de quien en vida fue mi cónyuge, la señora María Dolores Ponce Gangotena (…)

Mediante escritura pública otorgada el 8 de Octubre del 2008, mi cónyuge María Dolores Ponce Gangotena ahora fallecida, celebró un contrato de arrendamiento con el señor Luis Aníbal Aguas Vizuete, mediante el cual dio en arrendamiento los terrenos de la hacienda Cotogchoa, con excepción de la casa de hacienda y jardines, predio de carácter rural, con la finalidad que sean utilizados para actividades agrícolas y ganaderas, quedando el arrendatario facultado para utilizar la infraestructura existente en el predio.

Mi cónyuge, la arrendadora María Dolores Ponce Gangotena, falleció el 30 de diciembre de 2013, quedando el compareciente como su único y universal heredero y por tanto legitimado a solicitar la terminación del contrato de arrendamiento suscrito con el señor Luis Aníbal Aguas Vizuete.

En el contrato suscrito se estipuló en su cláusula CUARTA, que el plazo de duración del mismo sería de seis años calendario contados a partir del 1 de octubre del 2008, es decir, hasta el 1 de octubre del 2014.

En la cláusula QUINTA del referido contrato que hace relación a PRECIO Y FORMA DE PAGO se estipuló:

> *"Se acuerda que el precio a pagarse como canon de arrendamiento para el primero año es la suma de cinco mil dólares americanos ($5000,00) los tres primeros meses, cuatro mil cuatrocientos cuarenta y cuatro dólares con cincuenta centavos, los meses restantes. El segundo año se pagará cinco mil dólares americanos cada mes, el tercero y cuarto año y quinto año, el arrendatario pagará seis mil dólares americanos ($ 6.000,00) por mes; y el último año, es decir el sexto, el arrendatario pagará siete mil dólares americanos ($7.000,00) por mes (…) no habrá ningún tipo de descuento"*

Es decir, que el canon de arrendamiento a partir del sexto año se estableció en la suma de SIETE MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD 7.000,00) pagaderos por mensualidades adelantadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes en que esté vigente el contrato. Por tanto el canon de arrendamiento para el 1 de noviembre de 2014 era la suma de USD 7.000,00 mensuales, no obstante de lo cual, el arrendatario lo ha venido incumpliendo, procediendo a realizar abonos mensuales de USD 4.000,00 y no de US 7.000,00 como corresponde conforme paso a detallar a continuación: (…)

Por lo que a la fecha de la presentación de la reforma a la demanda, el arrendatario adeuda la cantidad de doscientos cincuenta y siete mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 257.000,00)" (…)

4.1.7. En la cláusula SEXTA las partes intervinientes acordaron que es responsabilidad del arrendatario el mantenimiento de las acequias de agua y cualquier otro gasto que tenga relación con este servicio, así como el pago de las tarifas de energía eléctrica en los casos en que sean usadas exclusivamente por el arrendatario, igual que el agua potable.

4.1.8. En la cláusula Octava del referido contrato se estipuló que el Arrendatario recibe de la Arrendadora una cantidad determinada de ganado, la misma que consta de los inventarios que se realizaron en esa época y que fueron incorporados al contrato como habilitantes y se comprometió a devolver a la finalización del contrato, en la misma cantidad y calidad de ganado; así como la maquinaria y equipos que también constan en los inventarios referidos.

4.1.9. Es decir que al fenecimiento del contrato (1 de octubre del 2014) el arrendatario estaba en la obligación contractual de entregar la cantidad de ganado en las mismas condiciones y en el número que lo recibió,

4.1.10. Una vez fenecido el tiempo del contrato referido en el numeral inmediato anterior, (1 de octubre de 2014) el arrendatario está en la obligación de entregar además de las cabezas de ganado que en el número y raza recibió, todas sus crías existentes, o falta de estas crías, su equivalente en dinero.

Como tengo señalado, el contrato de arrendamiento suscrito concluyó el 1 de octubre del 2014 por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 1890 del Código Civil, procedí

a requerir al señor Luis Aníbal Aguas Vizuete mediante diligencia notarial realizada por el Doctor Marcelo Pazmiño Ballesteros, Notario Tercero del Cantón Rumiñahui, a fin de que proceda a la desocupación inmediata del inmueble y haga la entrega formal de los bienes y ganado entregados en arrendamiento mediante el contrato antes mencionado pero el señor Luis Aníbal Aguas Vizuete presentó oposición, negándose a entregar el predio dado en arriendo no obstante hallarse terminado el contrato de arrendamiento suscrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (…)

5.1. El Art 75 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: (…)

5.2. El Art 168.6, de la Constitución de la Republica señala: (…)

5.4. El Art 1454 del Código Civil señala: (…)

5.5. El Art 1561 del Código Civil señala: (…)

5.6. El Art 1562 del Código Civil señala: (…)

5.7. El Art 1856 del Código Civil señala: (…)

5.8. El Art 1890 del Código Civil señala: (…)

5.9. El Art 1891 del Código Civil señala: (…)

5.10. EL Art 1897 del Código Civil señala: (…)

5.11. El Art 1926 del Código Civil señala: (…)" (Sic).

2. En este sentido, la parte actora plantea como petición concreta, lo siguiente:

"(…) 7.1. La terminación del contrato de arrendamiento.

7.2. La inmediata desocupación del bien y restitución del mismo en las mismas condiciones en que las que recibió.

7.3. La entrega inmediata del ganado de la misma cantidad y calidad del entregado al inicio del arrendamiento, de conformidad con lo estipulado en el contrato, el cual deberá estar aquerenciado en la propiedad.

7.4. La entrega de todas las crías que a partir del fenecimiento del contrato (1 de noviembre del 2014) se han dado, o en su defecto su equivalente en dinero.

7.5. La entrega de toda la maquinaria y equipos constantes y detallados en el inventario anexo al contrato de arrendamiento.

6.6. El pago de doscientos cincuenta y siete mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 257.000,00) que se halla en mora el arrendatario.

6.7. El pago de los cánones arrendaticios mensuales vencidos y los que se vencieran hasta la completa desocupación y entrega del inmueble, a razón de un canon mensual de USD $ 7.000.00.

7.8. El pago de los servicios de luz, teléfono, agua potable y agua de riego hasta la fecha en que se produzca la restitución del inmueble.

7.9. Las costas procesales.

7.10. Los honorarios de sus abogados defensores.

Ofrezco reconocer abonos parciales que se justifiquen legalmente(…)" (Sic).

3. De autos se verifica que el accionado Luis Aníbal Aguas Vizuete, contesta la demanda, y deduce las siguientes excepciones previas y de fondo:

"(…) 4.1 Art. 153 num. 2do. del COGEP.- Incapacidad o falta de personería de la parte actora o su representante.-

El señor José Leonardo Serrano Sarmiento, no cuenta con personería o representación de parte de los copropietarios del bien inmueble denominado Hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, en este caso del compareciente LUIS ANIBAL AGUAS VIZUETE, mi cónyuge AIDA CORINA BONILLA VILLALBA, mi hijo LUIS ALBERTO AGUAS BONILLA, mi yerno JUAN CARLOS MEJIA FREIRE, su cónyuge CARMEN DEL ROCIO AGUAS BONILLA, consecuentemente no está facultado por las referidas personas para demandar la terminación de un contrato de arrendamiento suscrito por la fallecida propietaria señora MARIA DOLORES DE FATIMA PONCE GANGOTENA, la misma que vendió parte de la indicada propiedad en derechos y acciones, consecuentemente los copropietarios se subrogaron derechos y obligaciones; cuanto más que el contrato de arrendamiento que es base del presente juicio, es totalmente inexistente como se deja indicado anteriormente. Además de ello, no tiene representación de los herederos presuntos y desconocidos de la señora MARIA DOLORES DE FATIMA PONCE GANTOTENA.

4.2 Art. 153 num. 3ro. del COGEP.- Falta de legitimación en la causa o incompleta conformación del Litis consorcio activo y pasivo.-

Pues el Dr. José Leonardo Serrano Sarmiento, es únicamente copropietario de derechos y acciones de la Hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, del Cantón Rumiñahui, Provincia de Pichincha, al subrogarse por herencia de su fallecida cónyuge la señora MARIA DOLORES DE FATIMA PONCE GANGOTENA, cuyos herederos presuntos y desconocidos también deberían ser llamados a ejercitar su derecho activo en la presente causa y que lamentablemente el actor no lo ha solicitado; cuanto más que tampoco tiene representación del resto

de copropietarios antes referidos, consecuentemente no se ha conformado el Litis consorcio activo.
Mi cónyuge AIDA CORINA BONILLA VILLALBA, también arrendataria del inmueble, por efectos de la sociedad conyugal que tiene formada con el compareciente por matrimonio, no ha sido demandada, en tal circunstancia no se ha conformado Litis consorcio pasivo.
4.3 Art. 153 num. 4to.- Error en la forma de proponer la demanda.
El Dr. José Serrano Sarmiento, demanda la terminación del contrato de arrendamiento y demás pretensiones, haciendo referencia al contrato de arrendamiento suscrito por el compareciente LUIS ANIBAL AGUAS VIZUETE y la fallecida señora MARIA DOLORES DE FATIMA PONCE GANGOTENA, mediante escritura pública -celebrada el 8 de Octubre del 2008, ante el Lcdo. Hugo Alberto Barrezueta Pastor, Notario Primero del Cantón Latacunga, cuyo contrato de arrendamiento es totalmente inexistente, puesto que el mismo feneció cuando el compareciente LUIS ANIBAL AGUAS VIZUETE, mi cónyuge AIDA CORINA BONILLA VILLALBA, mi hijo LUIS ALBERTO AGUAS BONILLA, mi yerno JUAN CARLOS MEJIA FREIRE, su cónyuge CARMEN DEL ROCIO AGUAS BONILLA, adquirimos derechos y acciones del inmueble objeto del arrendamiento y pasamos a ser copropietarios del mismo, estableciendo con la fallecida propietaria un nuevo contrato de arrendamiento con el carácter de verbal, por tiempo indefinido y por un nuevo canon de arrendamiento de USD4.000,00 mensuales, el mismo que se encuentra vigente en la actualidad; además demanda por sí solo desconociendo los derechos de los copropietarios antes referidos, así como los derechos de los presuntos herederos conocidos y desconocidos de la señora MARIA DOLORES DE FATIMA PONCE GANGOTENA, a quien heredó el actor, error incurrido, cuando también el actor oculta la existencia de copropietarios y ejerce indebidamente esta acción por si solo.
4.4 Art, 153 num. 8vo.- Cosa juzgada.
Existe cosa juzgada respecto al canon de arrendamiento correspondiente a los USD4.000,00 mensuales, ya que al haberse realizado el pago por consignación al actor de algunos meses en la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Rumiñahui Provincia de Pichincha, éste en forma libre y voluntaria aceptó el canon arrendaticio mensual, y En cuyos casos se dictó sentencias, las mismas que se encuentran ejecutoriadas por el Ministerio de la Ley, declarando hecho el pago y extinguida la obligación de aquellos pagos de USD4.000,00 realizados por el compareciente mediante esta vía.
EXCEPCIONES DE FONDO
4.5 Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la infundada demanda y reforma planteada; pues ningún derecho tiene el actor para accionar en los términos que lo ha deducido.
4.6 Falta de derecho del señor José Leonardo Serrano Sarmiento, para haber propuesto la demanda y su reforma, ya que por sí solo no podía haber ejercitado un derecho que es compartido con los copropietarios del mencionado bien inmueble, así con los presuntos herederos conocidos o desconocidos de la fallecida señora María Dolores de Fátima Ponce Gangotena.
4.7 Improcedencia de la demanda, tanto en el fondo como en la forma.
4.8 Falta de causa y objeto lícito, por cuanto el contrato escrito de arrendamiento celebrado con la señora MARIA DOLORES DE FATIMA PONCE GANGOTENA, quedó sin efecto y es inexistente al entrar en vigencia el contrato verbal de arrendamiento, acordado con la fallecida señora Ponce Gangotena, cuando ésta vendió en derechos y acciones parte de su Hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, al compareciente, a mi cónyuge, a mi hijo, a mi yerno y a su cónyuge. (…)(Sic).

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

4. Desarrollado el proceso y llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, la doctora Karina Alejandra Martínez Salazar, Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, emite su sentencia aceptando parciamente la demanda, la misma que es reducida a escrito el 12 de enero de 2021, las 15h45, en el siguiente contexto:

"(…) Por todo lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta parcialmente la demanda y se declara terminado el Contrato de Arrendamiento suscrito por la señora María Dolores Ponce Gangotena de Serrano y Luis Aníbal Aguas Vizuete, el 8 de octubre del 2008.

Se ordena la desocupación y entrega inmediata del inmueble arrendado consistente en la Hacienda Santa Margarita de Cotogchoa ubicado en el Cantón Rumiñahui de la provincia de Pichincha, a excepción de la casa principal de la Hacienda, los jardines y la pequeña casa de servicio, conforme lo detallado en el Contrato de Arrendamiento. La parte demandada entregará al actor la misma cantidad y calidad de ganado conforme el anexo constante a fojas 100, 101 y 102 del proceso. Adicionalmente, se dispone el pago de los cánones arrendaticios por el monto de USD $ 7000 como canon mensual a partir de la fecha de mora, esto es, a partir del mes de noviembre del 2014 hasta la fecha de desocupación y entrega del bien inmueble arrendado, debiéndose descontar los abonos realizados por la parte demandada y constantes en los procesos de consignación realizados a partir del mes de noviembre del 2014 hasta el mes de junio del 2017 por USD $ 4000, considerados como abonos al canon mensual (...)" (Sic)

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

5. Frente al recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Luis Aníbal Aguas Vizuete, demandado, y la adhesión a referida impugnación, realizada por José Leonardo Serrano Sarmiento, actor; el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, en sentencia de 23 de septiembre de 2021, las 15h45, acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el accionado, y rechaza la adhesión del accionante, en el siguiente sentido:

"(…) Por las consideraciones expuestas, respetando de la Constitución de la República del Ecuador, las garantías del debido proceso señaladas en el Art. 76 numeral 7; del derecho a la seguridad jurídica determinado en el Art. 82; y, del Art. 169 que dice: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, este tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA. Se acepta parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por el demandado Luis Aguas Vizuete, y por consiguiente se reforma la sentencia venida en grado en estos puntos: A) El pago de los cánones arrendaticios se realizara de manera proporcional y conforme lo analizado en el numeral 4.4.4 de esta resolución, a partir del mes de noviembre del 2014, hasta la desocupación y entrega, todo lo cual se liquidará pericialmente, debiendo descontarse abonos y consignaciones efectuados de ser caso. B) Se dispone la entrega y desocupación del bien inmueble materia del contrato de arrendamiento al accionante, en el porcentaje que actualmente le pertenece al actor conforme las copias certificadas de compra venta de derechos y acciones, teniendo en cuenta la coopropieadad existente con el demandado. C) En lo demás se confirma la sentencia subida en grado; esto es, se declara terminado el contrato de arrendamiento suscrito por MARÍA DOLORES PONCE GANGOTENA DE SERRANO Y LUIS ANIBAL AGUAS VIZUETE, el 8 de octubre del 2008; y, el demandado LUIS ANIBAL AGUAS VIZUETE entregará al actor la misma cantidad y calidad de ganado que dado al inicio del arrendamiento, conforme consta en el anexo constante de fs.100 a 102 del proceso. D) No cabe sanción en costas al no observarse que ninguna de las partes hayan litigado de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad, conforme los presupuestos necesarios contenidos en el Art.284 del COGEP, motivo por el cual se rechaza la adhesión al recurso de apelación interpuesto por la parte actora (…)" (sic)

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

6. Inconformes con la sentencia dictada por el Tribunal ad quem, antes referida, dentro del término legal, el ciudadano José Leonardo Serrano Sarmiento, actor; y Luis Anibal Aguas Vizuete, demandado, interponen recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

7. El Doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de martes 28 de junio de 2022, las 16h15, admitió a trámite el recurso de casación propuesto por las partes, en el siguiente sentido:

"(…) SE ADMITEN LOS RECURSOS PLANTEADOS, EN CUANTO AL DE LA PARTE ACTORA, POR LAS CAUSALES SEGUNDA (EXCLUSIVAMENTE RESPECTO AL CARGO DE EXISTENCIA DE DECISIONES CONTRADICTORIAS O INCOMPATIBLES), TERCERA Y QUINTA (UNICAMENTE RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 1887, 1884 Y 1920 DEL CÓDIGO CIVIL);

Y EN CUANTO A LA PARTE DEMANDADA POR LAS CAUSALES PRIMERA, SEGUNDA Y CUARTA. ELLO CONFORME A LOS CARGOS Y FUNDAMENTOS CONTENIDOS EN LOS ESCRITO DE INTERPOSICIÓN Y DE ACLARACION DE LAS PARTES.----- 10. En cumplimiento a lo que dispone el inciso tercero del artículo 270 reformado del COGEP, se dispone CORRER TRASLADO mutuo de este auto y el escrito de interposición del señalado recurso, se CONCEDE EL TÉRMINO DE TREINTA (30) DÍAS PARA QUE LO CONTESTE DE FORMA FUNDAMENTADA. (…)" (Sic).

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

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

9. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo[1], Himmler Roberto Guzmán Castañeda[2], y David Isaías Jacho Chicaiza[3], Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte.

10. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el martes 25 de octubre del 2022, las 16h52, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del COFJ.

11. En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E), en la presente causa[4], al tenor del artículo 1 inciso segundo de la Resolución No. 02-2021, emitida por esta Alta Corte, en relación con el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021, ibídem.

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

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

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL

14. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3[5] de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia

[1] Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[2] Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[3] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[4] Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV
[5] **Constitución de la República del Ecuador:** *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (…)".*

del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

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

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

16. En el in examine, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló ut supra, en el numeral "7" de la presente sentencia, se aceptó a trámite los recursos de casación, en cuanto al de la parte actora, por los casos **2** (por la existencia de decisiones contradictorias o incompatibles), **3, y 5** (únicamente respecto de los artículos 1887, 1884 y 1920 del código civil); y en cuanto a la parte demandada por los casos **1, 2 y 4,** todos del artículo 268 del COGEP, respecto de los cuales, los recurrentes, argumentan lo siguiente:

IV.1. Fundamentación del recurso de casación, del ciudadano Luis Aníbal Aguas Vizuete, demandado.

17. El demandado, sobre el caso 1 del artículo 268 del COGEP, señala lo siguiente:

> *"(…) 4.1.1. Falta de aplicación del artículo 111 del COGEP en concordancia con el literal 1), numeral 7, del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.*
>
> *El artículo 111 del COGEP, que regula el trámite de la apelación dispone: (…)*
>
> *En escrito presentado el 26 de enero de 2021, presenté un alcance a mi apelación dentro de término, en el que alegué la nulidad por falta de motivación de la sentencia del juez a quo.*
>
> *En este escrito que forma parte del expediente adverti que la juzgadora de instancia declara terminado el contrato de arrendamiento sin invocar la causal legal que le habilita para realizar esta declaración. En su parte resolutiva el juzgador a quo señala "se declara terminado el Contrato de arrendamiento suscrito".*
>
> *No obstante, la terminación judicial de un contrato tiene que fundamentarse en una causal establecida en la Ley. Al no haber invocado las normas jurídicas que le permitían declarar como terminado el contrato, la juzgadora de instancia incurrió en un vicio de falta de motivación que está sancionado con nulidad en el artículo 76 de la Constitución.*
>
> *Esta alegación, pese a ser reconocida por el tribunal de apelación, nunca fue atendida, violando la norma adjetiva invocada. Respecto a esto, el tribunal se niega a pronunciarse, aduciendo lo siguiente: (…)*
>
> *El argumento del tribunal carece de veracidad, pues la fundamentación está establecida en el mismo escrito en el que la causal está invocada, lo que fácilmente puede leerse en el mismo escrito*
>
> *El tribunal debió haber observado la falta de motivación de la sentencia de instancia, declarando la nulidad, siendo esta una sanción que establece la Constitución a las resoluciones judiciales que carecen de motivación. Así, es evidente la trascendencia de la violación a la norma procedimental contenida en el artículo 111 del COGEP; pues, de haberse pronunciado, como debían, sobre la causal de nulidad habrían identificado que efectivamente carecía de motivación y debía ser anulada la sentencia de instancia. (…)*
>
> ***4.1.2. Falta de aplicación del Artículo 97 del COGEP.***
>
> *El artículo 97 del Código Orgánico General de Procesos, establece lo siguiente: (…)*
>
> *En el presente caso el tribunal reconoció la existencia de propiedad comunitaria sobre la Hacienda Santa Margarita de Cotegehoa. Respecto a ello, en su fallo la Corte Provincial señala: (…)*
>
> *De la misma forma en la que el compareciente prueba su calidad de copropietario, también demostró que existían otros igualmente propietarios de derechos acciones sobre la misma propiedad, hecho que el tribunal forzadamente desconoce, aduciendo "todos los hechos controvertidos de este juicio se circunscriben a las partes procesales mencionadas lo que imposibilita, el análisis de otros sujetos procesales que no sean los de la relación contractual".*
>
> *Al ser un hecho comprobado y reconocido que existía copropiedad en la Hacienda,*

materia de esta demanda y que estos derechos pertenecían también a personas que no formaron parte del juicio, la sentencia no podía perjudicar los derechos de estos terceros. Debía entenderse entonces, que al no existir una partición de la propiedad común, los derechos reales de los comuneros no se afincan sobre un área específica del terreno, ni los del actor, ni lo del demandado, ni los que pertenecen a terceros.

Afectando, por lo tanto el derecho de terceros, el tribunal de alzada dispone al compareciente que

> *"Se dispone la entrega y desocupación del bien inmueble materia del contrato de arrendamiento al accionante, en el porcentaje que actualmente le pertenece al actor conforme las copias certificadas de compra venta de derechos y acciones, teniendo en cuenta la copropiedad existente con el demandado"*

En otras palabras, el tribunal, so pretexto de un contrato suscrito antes del régimen de copropiedad, decide deliberadamente ignorar el derecho de terceros y expedir una sentencia en la que pone al compareciente en la posición de realizar una partición ad-hoc para poder cumplir con la sentencia. (Que parte del inmueble de aproximadamente 160 hectáreas se debe entregar y desocupar, la parte norte, la sur, o cual, la que elija el actor? la que elija el demandado? Debe hacerse un sorteo? A quien le corresponden las quebradas? La casa de hacienda?, etc...)

Este hecho que imposibilita la ejecución del fallo, lo que fue advertido por esta defensa desde el principio del proceso y esta circunstancia impide que terceros comuneros, copropietarios de derechos y acciones puedan hacer valer sus derechos en la ejecución de la causa; cabe recalcar que en primer nivel, y al sentirse amenazado con el resultado del juicio el comunero Juan Carlos Mejia, compareció a juicio como tercero alegando estar perjudicado, pero, la Jueza en flagrante violación de sus derechos, le negó trámite a su pedido de actuar como tercerista dentro de la causa.

Por lo tanto, esta falta de aplicación de la norma antes citada, resultó en una sentencia inejecutable que afecta dejando en indefensión al compareciente y a los terceros copropietarios, viciando de nulidad al fallo que deberá ser declarado nulo, para que se dicte una nueva sentencia que aplicando el Art. 97 COGEP, respete el derecho de terceros. (…) (Sic)

18. Al completar el recurso de casación, el recurrente vuelve a acusar la falta de aplicación de los artículos 111 y 97 del COGEP.

19. Sobre el **caso 2 del artículo 268 del COGEP,** el demandado señala:

> *"(…) La sentencia impugnada no cumple con los requisitos de motivación. (…)*
>
> *Recientemente la Corte Constitucional señaló que el análisis de motivación debe realizarse, con un análisis distinto*
>
> *La Corte señaló: (…)*
>
> *Respecto a la incoherencia, la Corte Constitucional en el mismo fallo señala: (…)*
>
> *Respecto a la comprensibilidad, señala (…)*
>
> *Señala la Corte en que casos hay incomprensibilidad (…)*
>
> *La sentencia impugnada, carece de estos requisitos en algunas de sus partes.*
>
> *4.2.2. Respecto al pronunciamiento sobre cosa juzgada:*
>
> *Previo al inicio del juicio, el demandado de esta causa había realizado varias consignaciones a través de distintas judicaturas del cantón Rumiñahui, de acuerdo con el contrato verbal de arrendamiento existente por los cánones de arrendamiento, los cuales se los efectuó de acuerdo al siguiente detalle: (…)*
>
> *En estos procesos que forman parte del expediente (fjs 335, 376; y 432 a 463), compareció el hoy accionante, allanándose a todas las demandas, aceptando el pago sin ninguna salvedad. Concretamente, aceptando el canon consignado de cuatro mil dólares que se había pactado con la señora Ponce Gangotena, por lo que, de manera reiterada, en estos procesos los respectivos jueces "administrando justicia" declararon extinta la obligación para esos periodos. No declaran parcialmente extinta, ni tampoco reconocen la existencia de abonos, existe declaración expresa de que esta extinta la obligación, fallos ejecutoriados que jamás fueron impugnados por Serrano Sarmiento.*
>
> *Serrano Sarmiento, actor de esta causa, conoció estos procesos y los aceptó. Compareció aceptando el pago y nunca impugnó ninguna de las sentencias dictadas. Por lo que, existiendo un acuerdo entre las partes respecto del cumplimiento de obligaciones, aprobado judicialmente en sentencia, se crea y da origen a cosa juzgada.*

Por lo mismo, declarada judicialmente como extinta la obligación, no tenía derecho el accionante a reclamar nuevamente el pago de cánones de arrendamiento por los mismos periodos, y mucho peor pedir que se condene al pago de una suma mayor por canones de arrendamiento a los que el propio Serrano aceptó y se allanó en estos juicios de pagos por consignación de pensiones de arrendamiento.

No obstante lo cual el actor solicita el pago de la suma de siete mil dólares, como canon fijo de arrendamiento, desconociendo el hecho de que este valor se pactó, cuando su extinta mujer era dueña de la totalidad de la Hacienda Cotogchoa, desconociendo los procesos de venta de derechos y acciones a favor del compareciente y de sus hijos, o mejor dicho dolosamente ocultándolos al Juzgador, y desconociendo la existencia de algunos de los procesos de pago por consignación donde había participado. En consecuencia, me opuse a esta pretensión con la excepción de cosa juzgada. (…)

La sentencia entonces carece de motivación por las siguientes razones:

Razonabilidad: el tribunal no señala UNA SOLA NORMA JURÍDICA aplicable al caso. (…)

La identidad de causa se refiere a que se trate de la misma MATERIA. Pues, existen hechos que pueden ocasionar simultáneamente responsabilidad penal, civil y administrativa. En ningún libro, ley, sentencia, ni siquiera en apuntes de un estudiante de derecho alguien se atrevería a suponer que es necesario que la causa tenga la misma vía legal. Tal absurdo implicaría negar que una transacción extrajudicial pueda tener el efecto de cosa juzgada. (…)

Asimismo, el tribunal no hace ningún análisis con respecto de los tres elementos que señala y cuales se cumplen y cuales no. (…)

La decisión es absolutamente incomprensible. El Tribunal declara a la excepción como improcedente por dos razones: (1) "consignación de cánones de arrendaticios que el efectuó, cuyo sustento legal (...) es distinta, y (2) consignación de EL tribunal declara a canones de arrendaticios que el efectuó. (...) así como a vias legal (sic) es distinta tribunal no explica de qué manera el fundamento legal de un juicio de consignación donde se pagan cánones de arrendamiento es distinto a un juicio sobre los mismos cánones de arrendamiento. (…).

Tomando en cuenta lo que señaló la Corte Constitucional en su reciente fallo, donde establece nuevos criterios para evaluar la motivación, la sentencia del tribunal de alzada infringe la garantia de motivación. Pese a las extensas citas doctrinarias a las que me he referido, el fallo no es coherente ni comprensible.

Con respecto a la coherencia del fallo:

El tribunal no explica la pertinencia de aplicar la doctrina citada, no basa su argumentación en fuentes del derecho ecuatoriano. Es más, el tribunal ni siquiera se refiere a NINGUNA NORMA del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El test elaborado por el tribunal, particularmente la sui generis definición de la identidad de causa, no guarda ninguna relación lógica con su argumentación. Al aplicar el test, arbitrariamente elaborado por el tribunal, tampoco explica la manera en la que los pagos por consignación aceptados por el actor y donde se ha dictado sentencia, no cumplen con los requisitos de identidad de sujeto, objeto o causa.

Asimismo, por las mismas razones que señalé anteriormente, el argumento utilizado para decidir que no cabe la excepción de cosa juzgada es gramaticalmente incomprensible, para un abogado y para el público en general Por lo mismo, Corte Provincial desecha mi excepción de manera arbitraria e inmotivada. La motivación es insuficiente, y no cumple con los estándares legales y constitucionales para que sea válido.

La excepción de cosa juzgada se deriva de la prohibición de doble juzgamiento o non bis in idem. De acuerdo con nuestra Constitución "i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia." La causa, en este precepto implica identidad objetiva, esto es, de los hechos, e identidad subjetiva, de las partes. La Constitución también establece que debe existir identidad de materia. Esto es que una persona que fue sancionada administrativamente puede ser objeto de sanciones penales o civiles (como los daños y perjuicios). (…)

Así, ninguna norma constitucional, legal o jurisprudencial exigen que para que sea procedente la excepción de cosa juzgada sea necesaria "la via legal en la que se ventila sea igual" (frase ininteligible). Ninguna doctrina,

ni precedente ni vinculante hacen referencia a este sui generis requisito extraído de la imaginación del tribunal y que además fue utilizado sin ninguna lógica o comprensibilidad, para concluir que un proceso donde se aceptó el pago de un canon de arrendamiento por las mismas partes, es distinto a un proceso donde una de las partes vuelve a reclamar este mismo concepto. El fallo en este punto es ilógico e incomprensible, por lo que carece de motivación. (…)

4.2.3. Resolución sobre falta de legitimación en la causa o incompleta conformación de la litis.(…)

Está acreditado en el presente proceso con las escrituras públicas y razones de inscripción en el Registro de la Propiedad que se vendieron derechos y acciones sobre la Hacienda Cotogchoa, y por ende existe comunidad entre los herederos de María Dolores Ponce Gangotena. Luis Aguas Vizuete y su mujer Aida Bonilla de Aguas, Luis Aguas Bonilla y Carmen del Rocio Aguas Bonilla v su marido Juan Carlos Mejía Freire y que de forma conjunta somos codueños o comuneros de la hacienda Sta. Margarita de Cotogchoa c los siguientes porcentajes:

Luis Aníbal Aguas Vizuete y Sra. Aida Corina Bonilla de Aguas (20.44%) Luis Alberto Aguas Bonilla (7.17%) Carmen del Rocio Aguas Bonilla y Juan Carlos Mejía Freire (7.17%).

Sin perjuicio de aquello, comparece al proceso el Doctor Serrano Sarmiento, y exige entre sus pretensiones que se le entregue materialmente la TOTALIDAD DE LA HACIENDA, hecho incompatible con las reglas de la comunidad, pues derecho de terceros que necesariamente debían ser parte del juicio para que pueda existir un pronunciamiento sobre esta pretensión.

Por esta razón el compareciente puso como excepción previa y alegó en el transcurso de todo el juicio y de la apelación que existía una indebida conformación de litisconsorcio, porque debía contarse con todos los propietarios comuneros de la hacienda.

Al pronunciarse sobre esta excepción, el tribunal de alzada incurre en varios yerros de argumentación jurídica que hacen que el ejercicio de motivación sea precario e insuficiente. (…)

En otras palabras, para analizar la debida conformación del consorcio es necesario analizar las pretensiones, y qué personas podrían estar llamadas a contradecirlas. En el presente caso, el tribunal ni siquiera hizo un análisis sobre las pretensiones y se limitó a analizar superficialmente a la relación contractual que existía previo a la comunidad. Es más, deliberadamente decide ignorar la relevancia de terceros propietarios de la hacienda señalando "la argumentación de la no concurrencia de otras personas que dice el accionado no han comparecido al proceso (copropietarios) no corresponde a la realidad fáctica dada la misma naturaleza de este juicio (...)"

De tal manera, existe una disonancia entre la doctrina y el análisis efectuado que se traduce en un vicio de motivación. El análisis doctrinario apunta a analizar las pretensiones y el tribunal omite dicho análisis.

Tomando en consideración los factores de motivación que exige el nuevo análisis de la Corte Constitucional, el razonamiento de la Corte también resulta insuficiente para cumplir con la garantía de motivación.

El análisis efectuado carece de fundamentación normativa suficiente. Es más, ni siquiera se apoya en ninguna norma o precedente vinculante, por lo que la doctrina es superflua y deja de lado la correcta argumentación jurídica.

El análisis tiene incoherencia lógica y decisional, pues no existe una concatenación entre la doctrina invocada, la normativa (no señalada) y su decisión.

De esta manera, es evidente que la motivación en este fallo es solamente aparente, porque las citas utilizadas por el tribunal de apelación no están concatenadas al ordenamiento jurídico ecuatoriano y porque su decisión no guarda coherencia con las citas.

Habiendo incurrido en este vicio, la sentencia debe casarse y expedirse un nuevo fallo motivado en este punto, donde, como corresponde, deberá reconocerse que por las pretensiones del accionante sobre la entrega material del inmueble, debía contarse con todos los copropietarios de la hacienda, para que estos hagan valer sus derechos.

4.2.4. Sobre la supuesta prueba de la vigencia del contrato de arrendamiento (pre- copropiedad/comunidad)

En la sección 4.4.4. de la Sentencia, el tribunal de alzada concluye que un contrato de arrendamiento suscrito por la señora Ponce Gangotena cuando era dueña de la Hacienda, sigue vigente, pese a que sus herederos tienen únicamente la calidad de copropietarios

o comuneros de la misma.
Para esta aseveración el tribunal señala: (…)
En otras palabras la Corte asevera que el contrato objeto de la demanda sigue vigente debido a que el demandado ha hecho pagos.
Esta argumentación jurídica es defectuosa y no puede ser considerada como motivación
El argumento, si bien parte de una norma jurídica, no concatena los hechos con el derecho, es decir, carece de lógica. El artículo 1725, para que sea aplicable necesita que obligación respectiva tenga que consignarse por escrito. El tribunal adquem no explica porque razón considera que el contrato de arrendamiento cabe dentro de esta categoría. generando así un defecto insanable en esta argumentación.
Asimismo, teniendo en cuenta los nuevos parámetros de la Corte Constitucional. hablaríamos de una incoherencia lógica evidente, pues al argumento del tribunal le falta una premisa:
Premisa 1: Las obligaciones que deben consignarse por escrito no pueden ser probadas con testigos..
Premisa 2: (FALTANTE) El tribunal debió explicar las razones por las que, a criterio de este tribunal, el contrato de arrendamiento verbal debía consignarse por escrito.
Conclusión: Saltándose la segunda premisa, el tribunal concluye que el contrato verbal no ha sido probado.
Asimismo, el tribunal llega a la extraña conclusión que la falta de prueba del contrato verbal, necesariamente lleva a la conclusión de que el contrato escrito (pre copropiedad/comunidad) sigue vigente. Lo cual, no sigue un hilo lógico que permita entender el razonamiento de este tribunal. Además, la H. Sala no leyó o no tomó en cuenta siquiera la propia afirmación del actor, cuando presento la querella por supuesta usurpación. Allí, reconoció que ya no existía el contrato de arrendamiento al que quiere dar vigencia y valor en esta causa. Esta propia afirmación del actor, sumado a mi declaración de parte, agregados los procesos de pago por consignación y en ellos la aceptación de Serrano a lo que allí se sostiene por mi parte, acaso, ¿no son suficiente argumento como para demostrar lo que sostengo?
…"En esta audiencia no se ha llegado a fundamentar el recurso, no hay un solo fundamento jurídico. Hay un antecedente que se debe considerar y es que Aguas sigue teniendo en su posesión el inmueble, en una forma absolutamente arbitraria, desde octubre de 2014, incluyendo el ganado. Aquí hay un acto lesivo a la propiedad, sin tener derecho alguno sigue en posesión, el contrato de arriendo se terminó el 1 de octubre de 2014 y es verdad que la señora Ponce Gangotena murió meses antes pero el querellante aceptó mantener el contrato hasta su terminación, en el texto del contrato se expresa que termina el 1 de octubre de 2014, sin que se necesite notificación alguna para que sea devuelto inmediatamente a su terminación...
Por esta razón, la sentencia debe casarse y corregirse, aplicando la normativa pertinente que incluye al artículo 1728 del Código Civil, conforme lo explico más adelante; y, en consecuencia, existiendo principio de prueba por escrito, era válido probar testimonialmente, a través de la declaración de parte, e indiciariamente, con los pagos por consignación, la vigencia del contrato verbal.
4.2.5. Sobre la decisión de declarar como terminado el contrato:
En la sentencia dictada por el tribunal de apelación, se declara terminado un contrato de arrendamiento suscrito entre María Dolores Ponce Gangotena y Luis Aníbal Aguas Vizuete.
De manera textual, el falló dice "C) En lo demás se confirma la sentencia subida en grado, esto es, se declara terminado el contrato de arrendamiento suscrito por MARIA DOLORES PONCE GANGOTENA DE SERRANO Y LUIS ANIBAL AGUAS VIZUETE, el 8 de octubre de 2008"
Incurriendo en las mismas fallas que la juzgadora a quo, este tribunal no identifica cual es la norma o la causal por la que decide dar por terminado el contrato. El tribunal no indica si esto fue por extinción de derecho del arrendador, por incumplimiento, por vencimiento del plazo, ni ninguna otra razón, tampoco señala la normativa pertinente. Es más, ni siquiera aclara si la sentencia es declarativa o constitutiva.
La norma que regula la extinción del contrato de arrendamiento es el artículo 1891 del Código Civil que no es tomada en cuenta, ni por a juzgadora a quo ni tampoco por el juzgador adquem.
En ninguna parte del análisis realizado por el tribunal se hace referencia a la subsunción de

los hechos a una norma que autorice al juez a declarar como terminado el contrato.
Consecuentemente, tomando en cuenta los parámetros de motivación: (…)
Tomando en cuenta el último fallo de la Corte Constitucional, puede concluirse que estamos ante un evidente caso de motivación inexistente.
Por lo mismo, esta decisión no puede tener ningún efecto y debe dictarse un fallo motivado, analizando si procede y desde cuando procede declarar terminado el contrato Puesto que, habiendo vendido parte de la Hacienda Cotogchoa, se expiró el derecho del arrendador sobre la cosa arrendada, debiendo declararse que el contrato ya habia terminado desde que se produce esta condición. (…)# (Sic)

20. Sobre el **caso 4 del artículo 268 del COGEP**, señala:

"(…)4.3.1. Indebida aplicación del artículo 198 del COGEP.
El tribunal de la Corte Provincial, en el fallo impugnado sostuvo lo siguiente: (…)
Por cuanto el contrato de arrendamiento no se había incorporado de manera íntegra al proceso, tenía el carácter de diminuto y no podía otorgársele eficacia probatoria (conforme lo explico en el acápite siguiente). Al momento en el que el actor practicó la prueba, recién pudimos advertir que el contrato de arrendamiento que había sido anunciado y anexado al libelo de demanda se encontraba mutilado. Este documento de acuerdo a la razón sentada por el Notario, ante quien se le hizo certificar unas copias, menciona que contaba con 24 fojas útiles. Sin embargo al leer el documento habían solamente 21 fojas, lo que evidenciaba que el actor había sustraído tres páginas del documento. Este hecho fue expresamente manifestado durante la actuación de la prueba, ante la jueza aquo, quien evidentemente ignoró este particular.
Ante esta alegación, que fue expuesta en la audiencia de juicio y materia de la apelación, el tribunal de la Corte Provincial resuelve considerarla improcedente con base en el artículo 198 del COGEP. Si bien en la sentencia se refiere al artículo 197, por la transcripción del texto resulta claro que es el artículo 198 COGEP, el que se encuentra indebidamente aplicado.
Dicho artículo no guarda ninguna relación con mi alegación sobre la calidad de diminuto del documento y la consecuente falta de eficacia de la prueba, pues parte de supuestos de hecho distintos.
Una alegación de nulidad o falsedad, no es lo mismo que una alegación de que el documento es diminuto.
La nulidad ataca a la validez y eficacia del negocio jurídico en su conjunto; es una sanción civil, que puede ser nulidad absoluta o relativa, y que afecta al negocio jurídico bilateral (convención o contrato). (…)
Cosa distinta es que el documento se presente de manera diminuta. Esto es, conforme con nuestra normativa un requisito para la eficacia probatoria. (…)
Si bien los tres supuestos afectan la capacidad de un documento de ser producido en juicio, las tres son instituciones distintas que tienen un tratamiento legal y son sancionados con normas de diversa índole. En el presente caso no correspondía aplicar normativa aplicable a documentos nulos o falsos, cuando la alegación correspondía a un documento diminuto.
En otras palabras, el artículo 198 del COGEP es aplicable para las alegaciones de nulidad y falsedad. En el presente caso se alegó que el documento es diminuto por lo que la norma jurídica que corresponde a este supuesto de hecho, es distinto al de la falsedad nulidad.
En consecuencia, la Corte Provincial aplicó indebidamente el artículo 198. Esta aplicación indebida condujo a desestimar la apelación en lo que respecta a que la prueba no podía ser valorada por ser incompleta o diminuta. La equivocada aplicación de esta norma que condujo a la (indebida) valoración del contrato de arrendamiento derivó a que el tribunal (también de manera equivocada) reconozca la vigencia de un contrato (expirado) aplicando las disposiciones contractuales de dicho contrato, en concordancia con los artículos 1454 y 1856 del Código Civil, que rigen al contrato de arrendamiento que por falta de prueba jamás pudieron ser aplicados.
De tal manera, como explico más adelante, tenía que aplicarse la sanción procesal contenida en el artículo 195.1. del COGEP.
Por esta razón procede que la Excma. Corte case la sentencia y enmiende con su fallo esta grave falta y error del Inferior.
4.3.2. Falta de aplicación del artículo 195.1 del COGEP, en concordancia con el artículo 76 numeral 4 de la CRE
En concordancia con lo señalado en líneas anteriores. Al presentar el recurso de apelación

sostuvimos que la juez a quo había cometido un error al dar valor probatorio al contrato de arrendamiento que el accionante incorpora al proceso (fojas 95)
Conforme lo expliqué el contrato de arrendamiento había sido mutilado y se habían sustraído tres páginas del mismo, lo que tiene como consecuencia la falta de eficacia de este documento, que debiendo haber sido presentado en su integridad, esto es con las 24 fojas de contrato que certifica el Notario, solamente presenta 21 fojas, por lo que puede concluirse que el actor sustrajo partes del documento, mutilándolo y haciéndolo diminuto. Este hecho, como señalé, fue puesto en evidencia de la juzgadora de instancia y de la Corte Provincial. El tribunal conformado por jueces de esta última, como tengo indicado, aplicó la normativa incorrecta para este supuesto de hecho, cuando lo que correspondía era aplicar el numeral primero del artículo 195.
El numeral primero del artículo 195 del COGEP establece lo siguiente: (…)
Al haber sido presentado de forma incompleta y mutilada, el juez que conoce la causa debía pronunciarse sobre su falta de eficacia (distinta a la admisibilidad), sancionando al documento con la respectiva privación de su valor probatorio.
Esto además es concordante con el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución, norma directamente aplicable, que invalida y priva de eficacia a la prueba actuada en violación de la Ley. Pese a que la Corte Provincial se pronuncia sobre este particular, evita resolver como corresponde.
En consecuencia, la sentencia impugnada transgrede el artículo 195 del COGEP y 76 de la Constitución, dejando de aplicar esta normativa. Esta transgresión fue trascendental pues da valor probatorio al único documento que justifica la existencia de un contrato de arrendamiento cuya terminación era objeto de la litis.
La equivocada aplicación de esta norma que condujo a la (indebida) valoración del contrato de arrendamiento condujo a que el tribunal aplique (también de manera equivocada) reconozca la vigencia de un contrato (expirado) aplicando las disposiciones contractuales de dicho documento, en concordancia con los artículos 1454 y 1856 del Código Civil, que rigen al contrato de arrendamiento que por falta de prueba jamás pudieron ser aplicados. Y, por lo tanto, debe casarse la sentencia en este punto declarando la falta de eficacia probatoria de este documento; en consecuencia, debe también realizarse un nuevo fallo que rechace la demanda por falta de prueba sobre la existencia del contrato.

4.3.3. Falta de aplicación de los artículos 172, 186, y 187 del COGEP

El COGEP, en lo pertinente a la prueba, y en particular la testimonial y declaración de parte establece las siguientes normas
Art. 172.-(…)
Art. 186 (…)
Art 187(…)
En el presente caso, hemos alegado el contrato de arrendamiento que demanda el accionante había expirado, como su derecho real sobre la Hacienda Cotogchoa.
En el año 2010, con la señora María Dolores Ponce Gangotena, quien inicialmente dio en arriendo la hacienda al compareciente, y luego de haberme vendido derechos y acciones sobre este inmueble, tanto a mi persona como a mis hijos, llegamos al acuerdo de que como copropietario pagaría únicamente la cantidad de cuatro mil dólares por los frutos que le corresponden a su cuota.
Hecho que es absolutamente lógico y comprensible bajo el esquema de la copropiedad, donde por esta calidad podía usar cualquier parte de la hacienda y gozar de los frutos inherentes a mi cuota (esto explico mas adelante al referirme a las normas de la comunidad como cuasicontrato).
La existencia de este hecho fue demostrada a través de la declaración judicial del compareciente y, en concordancia, con las copias de los juicios de los pagos en consignación que obran del proceso. Estas pruebas constituyen un conjunto de indicios, graves precisos y concordantes que univocamente apuntaban hacia la existencia de un contrato de este tipo. Pues, fue expresamente alegado en la declaración de parte y existen pruebas de que el demandado aceptó en múltiples ocasiones el pago de cuatro mil dólares de arrendamiento. Es decir, no era una prueba aislada sino que concordaba con el resto del acervo probatorio, lo que genera presunciones conforme lo establece el artículo 172 del COGEP. Además, insistiré el propio actor de este juicio en el año 2015, cuando me querello por supuesto delito de usurpación, en la audiencia de juicio ante

la Sala de lo Penal en instancia de Corte Provincial, manifestó (…) esto, ha sido tomado literalmente de la sentencia dictada en esta causa y que obra como prueba de mi parte. Cabe más evidencia?
El tribunal de apelación al pronunciarse respecto a la existencia del hecho alegado por esta parte, no invocó ni tomó en consideración la normativa aplicable para la valoración de la prueba.
El inciso segundo del artículo 187 del COGEP de manera clara establece que la declaración de parte puede constituirse como prueba a favor del declarante, siempre que no exista prueba en contra de lo manifestado.
De tal manera, el tribunal, habiendo aplicado la norma pertinente para valorar esta prueba, para invalidar o desestimar la aptitud probatoria de este medio debió haber señalado la o las pruebas que demuestran lo contrario. Cabe recalcar que la existencia de un contrato escrito anterior, de ninguna forma puede demostrar que no existió un contrato verbal posterior. Más aun, como vengo señalando, el resto de la prueba documental apoya la tesis del contrato verbal.
Así, el tribunal dejó de aplicar lo que establece el artículo 187 del COGEP, cuando esta es la norma que regula la valoración de la declaración de parte como prueba.
Al no haber considerado el efecto probatorio conjunto de dicha declaración y los pagos por consignación aceptados por las partes, el tribunal dejó de aplicar los artículos 172, 186 y 187 del COGEP, para la valoración de la prueba testimonial e indiciaria.
La transgresión al ordenamiento jurídico que realiza el tribunal, dejando de aplicar las normas aquí señaladas, tiene como consecuencia que la sentencia no haya reconocido la existencia de un hecho trascendental, el contrato verbal que rige por el cual el compareciente arrendó a la Señora Ponce Gangotena su cuota sobre el inmueble.
La transgresión jurídica del tribunal, a través de la falta de aplicación de los Art. 172,186 y 187 COGEP, condujeron a que el Tribunal de alzada deje de aplicar el numeral 3 del artículo 1891, en concordancia con el artículo 1902 del Código Civil, reconociendo que el contrato había terminado y que el compareciente se encontraba arrendando la porción de los frutos que corresponden a la herencia de la señora Dolores Ponce Gangotena.
Asimismo, la deliberada falta de aplicación de la normativa señalada ocasionó que el tribunal reconozca la vigencia de un contrato (expirado) aplicando las disposiciones contractuales de dicho contrato, en concordancia con los artículos 1454 y 1856 del Código Civil, que rigen al contrato de arrendamiento que por falta de prueba jamás pudieron ser aplicados.
Aplicando la normativa sobre la valoración de la prueba pertinente, el tribunal debió haber desechado la demanda, por lo que la Corte Nacional debe casar el fallo con esta argumentación y proceder a declarar lo que corresponda, que no será otra cosa que reconocer que el contrato de arrendamiento objeto de la demanda había fenecido y había sido sustituido por uno distinto que recae sobre otro objeto (una cuota de la cosa).
4.3.4. Falta de aplicación del artículo 1728 del Código Civil
El Tribunal de alzada, en su inexplicable misión de desconocer la extinción del arrendamiento, pre- copropiedad, que existía sobre la hacienda, sostuvo: (…)
De esta manera, esta sala especializada en lo civil, pretende a través de esta (incompleta) argumentación, insinuar que un contrato verbal no puede ser probado ante un órgano jurisdiccional.
Lo que omite señalar el tribunal es que la norma señalada tiene una excepción contenida solamente tres artículos más adelante, concretamente, el artículo 1728 del Código Civil establece:
Esta norma que recoge el principio de prueba por escrito, señala que para la prueba de contratos no siempre es necesario que el contrato como tal esté por escrito. Basta que la parte, en contra de quien se pretenda probar la existencia del contrato, haya producido algún documento escrito que sirva como indicio de la existencia del contrato.
Como he señalado de manera reiterada, existen varios procesos de juicios por consignación, donde se consignó el valor de cuatro mil dólares, por los frutos que corresponden a la cuota de la extinta mujer del accionante, con base en el acuerdo verbal mantenido con ella. Las comparecencias del accionante en estos procesos otorgan un principio de prueba por escrito que generan una excepción que debía aplicarse al presente caso.
La trasgresión juridica realizada por la Sala, al no aplicar el artículo 1728 del Código Civil,

condujeron a que el Tribunal de alzada deje de aplicar el numeral 3 del artículo 1891, en concordancia con el artículo 1902 del Código Civil, reconociendo que el contrato había terminado y que el compareciente se encontraba arrendando la porción de los frutos que corresponden a la herencia de la señora Dolores Ponce Gangotena.

Esta transgresión derivó también en la errónea conclusión de que el contrato de arrendamiento escrito, pre comunidad, sigue vigente; en consecuencia, resultó en que reconozca la vigencia de un contrato (expirado) aplicando las disposiciones contractuales de dicho documento, en concordancia con los artículos 1454 y 1856 del Código Civil, que rigen al contrato de arrendamiento. que por falta de prueba jamás pudieron ser aplicados

Por lo mismo, la Corte Nacional deberá casar este fallo, aplicando la excepción contenida en el artículo 1728, y, en consecuencia, debe reconocer que el contrato objeto de la demanda ha expirado y que las consignaciones corresponden a un contrato verbal posterior a la comunidad de derechos y acciones formada.

4.3.5. Falta de aplicación del artículo 1586 del Código Civil.

Pese a la naturaleza sustantiva del Código Civil, existen normas en este Código que regulan la forma en la que deben probarse obligaciones. Asimismo, contiene normas con respecto al valor probatorio de ciertos actos y documentos. Una de estas normas es la siguiente:

Art. 1586- (…)

En el presente caso, la obligación de pago de canones de arrendamiento es una obligación consecutiva, parte de un contrato de tracto sucesivo. Por lo mismo, esta norma es aplicable a la valoración de la prueba.

La Corte Provincial omitió pronunciarse sobre esta norma, siendo aplicable al caso.

Habiendo probado con los pagos por consignación que el pago ha sido efectuado en los periodos julio, agosto, septiembre y diciembre del 2015; enero, marzo abril, mayo, noviembre y diciembre del 2016; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio del año 2017, y junio, julio, agosto y septiembre del 2018, esto es más de tres periodos determinados y consecutivos (abril, mayo y junio de 2018), el tribunal, aplicando el articulo señalado debió haber reconocido la presunción de que los pagos por los periodos anteriores han sido efectuados, declarando improcedente el reclamo de este rubro por parte del actor y declarando extintas las obligaciones de pagar el canon de arrendamiento en los periodos anteriores a 2015.

La transgresión a esta norma condujo a la falta de aplicación del Art. 1583 Numeral 2 y 1584 del Código Civil por lo que la Corte Nacional deberá enmendar está sentencia, casando la misma y en aplicación de la norma vulnerada declarar hechos los pagos anteriores a abril de 2018. (…) (Sic)

IV.2. Fundamentación del recurso de casación del ciudadano José Leonardo Serrano Sarmiento, actor.

21. Respecto del **caso 2, del artículo 268 del COGEP,** el actor, argumenta lo siguiente:

(…)La causal segunda invocada en el recurso, se produce porque el Tribunal Impugnado (Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha), en la parte resolutiva dispone:

(...) B) Se dispone la entrega y desocupación del bien inmueble materia del contrato de arrendamiento al accionante, en el porcentaje que actualmente le pertenece al actor conforme las copias certificadas de compra venta de derechos y acciones, teniendo en cuenta la copropiedad existente con el demandado..."

La causa presente, tratase de una acción ordinaria por intermedio de la cual se pretende la declaración judicial de la terminación del contrato de arrendamiento y la entrega material del bien inmueble y de los bienes muebles entregados al demandado en razón del contrato de arrendamiento, es decir el único punto de resolución, es la terminación de la relación contractual de arrendamiento; y sin embargo el tribunal Ad Quem, con errada interpretación de la ley, adopta una decisión contradictoria o incompatible, porque dispone algo que nunca ha sido materia de la litis, el de realizar la individualización de derechos y acciones (sin proceso especial de partición) y la partición misma pero de manera tácita, ya que al ordenar que se retenga el porcentaje adquirido por compra venta, sin que el demandado sea dueño de una cosa singular, pero del contenido de la escritura se desprende lo contrario, pues, en el mejor de los casos es dueño de porcentaje, que por no haber sido objeto de división no puede llamarse dueño de cosa singular, lo que hace que el Tribunal Provincial adopte una resolución

contradictoria o incompatible que hace que ésta sentencia sea imposible de cumplir. (…)
Como se aprecia de la parte resolutiva transcrita anteriormente, el Tribunal Ad Quem ha dispuesto reformar la sentencia de primer nivel, disponiendo que la entrega y desocupación del bien inmueble materia del contrato, sea en el porcentaje que pertenece al actor, teniendo en cuenta la copropiedad, identificando como tal al 20, 44% lo que no es verdad, pues del texto de la escritura de compraventa de derechos y acciones, es para la sociedad conyugal, más como el demandado es el señor Luis Aníbal Aguas Vizuete, y no su cónyuge, el porcentaje únicamente es del 10.22% que por no haber sido objeto de división, no puede llamarse dueño de cosa singular, lo que determina que la decisión es contradictoria o incompatible. (…)
La pregunta principal dentro de este punto es ¿cuándo termina un derecho de copropiedad?, y es que ser copropietario termina siendo un cuasicontrato, así esto expira por la división de la propiedad, lo que se debe realizar por medio de un juicio de partición.
Entendemos entonces, que dentro de un juicio en el cual se ventila y se analiza por medio de la traba de la litis, un contrato de arrendamiento que ha sido incumplido, y del cual se pide la restitución de las cosas que fueron entregadas en arriendo, no se puede observar este estado de copropiedad, y peor aún disponer entrega de un bien en copropiedad en una parte porcentual aún incierta.
La imposibilidad de aquello radica en que justamente la propiedad como tal, es decir el bien inmueble es uno solo, no está dividido, se conforma como tal, y al realizar la entrega parcial resuelta en sentencia, se está realizando un acto de partición, sin tener en cuenta que la partición es una acción de trámite especial y de jueces especializados en la materia (Especiales de Familia). Decisión que trasgrede las siguientes disposiciones:
"Art. 1263.- (…)
"Art. 1341 (…)
"Art. 1751 (…)
Al no existir división del bien inmueble, la hacienda es un bien proindiviso, por lo que, para proceder a la entrega material del porcentaje del demandado, éste debería pedir la partición con el fin de poder determinar qué pertenece a cada uno; más como éste procedimiento no es compatible con la acción ordinaria de terminación de contrato de arrendamiento, la decisión es incompatible con la acción principal, fácilmente se torna imposible de cumplir y consecuentemente contradictoria con la Ley.
En conclusión, no se puede dividir un bien inmueble en partes, dentro de un procedimiento en el cual se ha trabado la litis referente a un arrendamiento, más no al derecho de dominio, peor aún a una posible partición, siendo imposible de cumplir con lo resuelto, la decisión se torna contradictoria; por lo que solicitamos casen la sentencia, y ordenen la devolución total del bien inmueble (…)" (Sic)

22. Sobre el **caso 3 del artículo 268 del COGEP**, señala:

"(…) En esta parte del recurso, analizaremos algo que, a criterio nuestro, resulta legalmente incorrecto, esto es una resolución de algo que excedió los límites fijados en el objeto de la controversia, causal conocida como "ultra petita", y que estimamos ocurrió dentro de esta parte de la sentencia: (…)
Para exponer con mayor precisión el tema mencionado, veamos cuál fue el objeto de la controversia fijado por la Jueza de primer nivel, y aceptado por las partes en la audiencia preliminar en esta causa:
"DETERMINAR SI PROCEDE O NO DECLARAR LA TERMINACION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SUSCRITO POR LAS PARTES PROCESALES, LA DESOCUPACION Y RESTITUCION DEL INMUEBLE ARRENDADO, LA ENTREGA DEL BIEN, ENTREGA DEL GANADO EN LA MISMA CANTIDAD Y CALIDAD, LAS ENTREGAS DE LAS CRIAS O SU EQUIVALENTE EN DINERO A PARTIR DEL FENECIMIENTO DEL CONTRATO, DETERMINAR SI PROCEDE O NO EL PAGO DE 257 MIL DOLARES EN MORA DEL ARRENDATARIO, EL PAGO DE CANONES POR EL VALOR DE 7000 MIL DOLARES EL PAGO DE LUZ AGUA POTABLE, AGUA DE RIEGO Y LA PROCEDENCIA O NO DE COSTAS PROCESALES/O NO PROCEDE POR CUANTO EL ACTOR NO ES TITULAR DE LA TOTALIDAD DEL BIEN INMUEBLE ARRENDADO DEL DERECHO Y UNICAMENTE EL PAGO DE CANONES ARRENDATICIOS POR EL VALOR DE 4000 DOLARES."
Como tal, el objeto de la controversia fijado en la audiencia es aquel que tanto las partes, los jueces y en general toda parte procesal, se tiene que circunscribir para poder delimitar

sus acciones dentro del proceso. Es decir, todos los involucrados dentro de un proceso judicial, actúan en base a y dentro de este objeto del proceso.
Así, cuando dentro de un proceso se va a analizar si procede o no la declaratoria de un derecho, no puedes terminar declarando otro, que no sea el pedido específicamente.
Justamente aquí es donde creemos que existe ultra petita, que no es otra cosa que aquella resolución que a pesar de estar centrada en los aspectos que integran el debate litigioso, excede los límites qué fijaron las partes o la Ley.
Analizando tanto la parte dispositiva de la sentencia, en conjunto con la parte resolutiva, vemos que los jueces hablan de la reducción del valor del canon de arrendamiento en virtud de lo determinado en el Art. 1920 del Código Civil. En este punto, cuando los jueces a pesar de que la parte dispositiva de la sentencia se centra en aspectos que incluyen al debate litigioso de este proceso, se apartan de lo que las partes fijaron como objeto de la controversia.
Como observamos, ni dentro del objeto de la controversia, ni de la demanda o su contestación, encontramos una pretensión o disposición entre las partes, de que el litigio versara sobre el cálculo del canon, en el cual se solicitara su reducción, por considerar que la cabida del bien inmueble era menor.
El objeto de controversia y las pretensiones de las partes fueron claras, y era si procedía. el pago de un valor determinado del canon de arrendamiento, o si procedía el pago menor indicado por la demandada como parte de un supuesto acuerdo verbal.
El anterior, fue el punto de partida para que las partes anunciaran y practicaran prueba, e incluso para el debate tanto en primera como segunda instancia, por lo que los jueces no pudieron haber reformado dicho objeto, y pasar de la determinación de un canon particular, a la reducción del canon de acuerdo con la cabida.
Haber resuelto aquello excedió los límites que las propias partes fijamos para integrar y debatir dentro del proceso, configurándose de esta forma la causal invocada, por ultra petita incluso, la propia Corte omite la aplicación de normas claras dentro del caso de reducción de canones, por lo que yerra en su decisión, resolviendo cosas que no eran materia del litigio.
Por estas fundamentaciones, solicitamos se case la sentencia, y en la parte resolutiva pecto del canon de arrendamiento, se ratifique lo resuelto en primera instancia. (…) (Sic)

23. Sobre el **caso 5 del artículo 268 del COGEP**, señala:

"(…) De igual forma, pero por otros motivos, consideramos que existe falta de aplicación de los artículos 1857 y 1884 en la sentencia, que claramente hubieran sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia.
Los artículos antes nombrados establecen lo siguiente:
"Art. 1857.- (…)
"Art. 1884.- (…)
Para comenzar a explicar por qué consideramos que existe la falta de aplicación de los dos artículos antes transcritos, debemos entender que el presente proceso se refiere exclusivamente a un contrato de arrendamiento, es decir, su litis fue trabada en esta relación jurídica entre las partes procesales.
Mal hacen los jueces del tribunal inferior, en tratar de mezclar temas ajenos a la litis, como por ejemplo la copropiedad, ampliamente analizado en los motivos anteriores. Es justamente por ello, que consideramos que se debió profundizar el tema del arrendamiento, con el fin de que se entienda quién puede arrendar, qué se puede arrendar, y qué pasa si existe disputa sobre el precio estipulado como canon de arrendamiento.
Estos elementos son claves dentro de la relación jurídica que se ventilaba en el proceso, pues como tal, constituyen aspectos básicos de todo arrendamiento. De tal forma, encontramos que el artículo 1857 del Código Civil, nos establece una premisa en su segundo inciso muy importante, esto es que puede arrendarse aún la cosa ajena -
El legislador lo que hace dentro de este artículo, es separar las relaciones jurídicas que puedan existir entre tal vez un tenedor y un propietario cuando este último no tenga la posesión de la cosa; así mismo, separa las relaciones jurídicas entre un arrendatario incluso con el propietario de la cosa.
El arrendatario siempre responde al arrendador, e incluso en caso de duda puede consignar el valor de su renta para que sea retirado por quien crea tenga el derecho, pero las relaciones no se mezclan.
Ahora, a pesar de que las escrituras de compraventa adjuntadas están en litigio, supongamos que exista esta llamada "copropiedad" esto claramente daría paso a que dicho

copropietario pueda solicitar a quien recibe la renta la entrega de los valores que le corresponderían por arriendo, si así lo quisiera.
Sin embargo, la legislación separa las relaciones contractuales, mismas que los jueces mezclan dentro de su parte dispositiva, para llegar a una conclusión y resolución que como ya analizamos, es imposible de cumplir, y más aún para rebajar el precio del canon de arrendamiento fijado en el contrato.
La relación entre el arrendador y arrendatario están fijadas estrictamente por el Código Civil y por el contrato de arrendamiento, nada puede influir dentro de la misma, por lo que los jueces debieron pronunciarse exclusivamente sobre dicha relación, y de considerar que existía el litigio en el precio pactado en el contrato, acudir a lo que dispone el propio Código Civil respecto del precio de renta, en su artículo 1884.
Aquí también ocurre, que el tribunal no aplica el artículo 1884, pues en su parte medular establece que si hubiere disputa acerca del precio o renta, y por una o por otra parte no se produjere prueba legal de lo estipulado a este respecto, se estará al justiprecio de peritos - lo que implica que hasta este punto existe la regulación.
Pero que hacen los jueces, sacan por una simple y básica regla de tres, un precio bajándolo del porcentaje del que supuestamente es propietario el demandado, sin incluso verificar que del propio contrato de arrendamiento - que es ley para las partes - se entregan en arriendo otros bienes, no solo el bien inmueble.
Entre estos bienes existe ganado, maquinaria, la hacienda, etcétera, mismos bienes detallados en el arrendamiento suscrito por las partes. Como puede entonces un tribunal, verificar el justiprecio del arriendo, con la simple reducción porcentual de una supuesta copropiedad, sin tomar en consideración el resto de bienes arrendados.
De tal forma, consideramos que existe una falta de aplicación de los articulos antes mencionados, por lo que solicitamos casen la sentencia, y se ratifique la sentencia dictada en primera instancia. (…)
IV.VI. (…) SOBRE LA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1920 DEL CÓDIGO CIVIL.-
El Tribunal de apelaciones falló y en su sentencia dispuso, analizó e interpretó lo siguiente:
"El Código Civil en el Art. 1920 parágrafo sexto señala: el arrendador está obligado a entregar el predio rústico en los términos estipulados. Si la cabida fuere diferente de la estipulada, habrá lugar al aumento o disminución del precio o renta, o a la rescisión del contrato, según lo dispuesto en el Titulo de la compraventa. Por consiguiente, analizando el contenido del artículo prenombrado (1920), no se invalida como tampoco pierde la calidad y condición dicho instrumento, lo que si regula es el monto de la renta, cuando la cabida no corresponde a la estipulada.
Ahora bien, de los recaudos procesales, se observa que el arrendatario-demandado adquirió derechos y acciones fincados en la propiedad de la Hacienda Margarita de Cotogchoa, infiriéndose que la parte actora, a través de esta venta de derechos y acciones modificó la cabida del terreno arrendado, lo que indefectiblemente afecta al canon de arrendamiento estipulado en el contrato; por lo que, en estricto derecho no le corresponde al accionado cancelar el canon arrendaticio de US $ 7.000,00 concepto de arriendo una cantidad proporcional, teniendo como base los USDS 7.000, 00 mensuales de arriendo, y descontando el porcentaje de derechos y acciones en el 20.44% constantes en la escrituras públicas de compraventa de derechos y acciones otorgada por MARIA DOLORES DE FATIMA PONCE GANGOTENA a mensuales conforme la pretensión de la parte actora; debiendo sufragarse por favor de LUIS ANIBAL AGUAS VIZUETE Y AIDA CORINA BONILLA VILLALVA, suscrita el 17 de septiembre del 2010, ante el Notario del cantón Ruminahui e inscrita el 8 de abril del 2011, en el Registro de la Propiedad y Mercantil del cantón Ruminahui fs. 268 a 278; y de la escritura pública de aclaratoria, rectificatoria y ratificatoria, efectuada el 3 de marzo del 2011, con las cuales se justifica la copropiedad del demandado, utilizando una regla de tres simple a fin de obtener el monto mensual de arriendo a partir del mes de noviembre del 2014, todo lo cual deberá liquidarse pericialmente."
Aquí existe claramente una errónea interpretación del artículo 1920 del Código Civil, el mismo que en su parte pertinente estipula:
"…Si la cabida fuere diferente de la estipulada, habrá lugar al aumento o disminución del precio o renta, o a la rescisión del contrato, según lo dispuesto en el Título De la compraventa."
La parte que nos incumbe de este artículo es sobre el aumento o disminución del precio

estipulado para el arrendamiento, justamente este va a raíz de la cabida. Entonces, la pregunta a hacerse en primer lugar es ¿cuál es la definición de cabida?
La cabida no es otra cosa que la extensión de superficie de un terreno, es decir los metros u hectáreas que tenga dependiendo de que se esté arrendando. Entendiendo esto, vemos que los jueces al momento de redactar su parte dispositiva y analizar el artículo precedente confunden cabida con cuota de copropiedad. Como se definió en puntos anteriores, la copropiedad ocurre cuando dos o más personas son propietarios de la misma cosa, ya sea en partes iguales o por cuotas específicas.
De tal forma, cabida y copropiedad no es lo mismo, por lo que la interpretación que hacen los jueces sobre la reducción del precio respecto del porcentaje de cuota de copropiedad que supuestamente tienen los demandados, es ilógica, al no ser lo mismo no se puede pretender que se reduzca el precio basándose en dicho porcentaje.
A modo de ejemplo, el artículo antes indicado y mal interpretado por el tribunal ad quem, se refiere exclusivamente cuando he arrendado 70 hectáreas, y al medir el bien inmueble resulta que no son 70 si no 80. En este escenario se podría pedir el aumento del precio. En otro caso. si no son 70 si no 60, se podría pedir la reducción del precio.
No es lo mismo la cuota de copropiedad, e incluso, por cuanto ya se ha explicado, la relación jurídica que vincula a las partes dentro de esta litis es exclusivamente el contrato de arrendamiento.
En conclusión, existe una errónea interpretación del artículo 1920 del Código Civil dentro de la parte dispositiva de la sentencia, que conllevó a los jueces a resolver una ilegal reducción del precio fijado en el contrato de arrendamiento, siendo esta errónea interpretación determinante en la parte dispositiva, por lo cual solicitamos se case la sentencia, y se ratifique la emitida en primera instancia (…)" (Sic)

V. PROBLEMA JURÍDICO

24. Delimitados los cargos en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si las censuras esbozadas están dotadas de sustento y argumento válido; al respecto, se delimitan los problemas jurídicos a analizarse, que se circunscriben en las siguientes interrogantes:

¿El Tribunal Ad quem, al no considerar el argumento de nulidad por falta de motivación, acusado por los demandados, como cargo de apelación, incurre en error de omisión del artículo 111 del COGEP, cuestión procesal que enervó la validez procesal, y de ser el caso, provocó indefensión?
¿La parte dispositiva de la sentencia de apelación generó un perjuicio al demandado y a terceros interesados que ostentan la copropiedad del inmueble objeto del conflicto, lo que deriva en una falta de aplicación del artículo 97 del COGEP?
¿El Tribunal Ad quem, al emitir pronunciamiento sobre las excepciones previas de cosa juzgada, falta de legitimación en la causa, e incompleta conformación del litis consorcio, deducidas por el demandado; al sostener que el contrato de arrendamiento escrito estaba vigente, y al decidir sobre la terminación del mismo, incurre en deficiencia motivacional?
¿La sentencia impugnada, adopta decisiones contradictorias o incompatibles?
¿La sentencia de apelación, incurre en un vicio de congruencia de ultra petita?
¿El Ad quem, incurre en un error de subsunción (aplicación indebida) del artículo 198 del COGEP, cuanto en error de omisión (falta de aplicación) de los artículos 195 numeral 1, 172, 186, y 187 del Código ibídem, y 1728, y 1586 del Código Civil, en la valoración de la prueba, en la presente causa?

¿Los errores de subsunción y omisión acusados, generaron la violación indirecta de las normas sustantivas contenidas en los artículos 1454, 1856, 1891 numeral 3, 1902, 1583, y 1584 numeral 2 del Código Civil?

¿La sentencia del Tribunal ad quem, incurre en un error de omisión (falta de aplicación) de los artículos 1887 1884 y 1920 Código Civil?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

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

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

26. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

> *"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."*[6].

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

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

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

29. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[7]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión[8].

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

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

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[9].

---

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

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

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

[9] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

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

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

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

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

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

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

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..."*.[10]

38. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

39. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *"es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede"*, en este sentido, *"rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."* [11]

40. El principio de taxatividad *(numerus clausus)* limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el COGEP, conforme lo dispuesto en su

[10] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[11] Andrade, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.

artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la resolución impugnada.

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

42. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que *"(…) La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia"*.[12]

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

> *"Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:*
> *1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*
> *2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*
> *3. La determinación de las causales en que se funda.*
> *4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".*

44. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamendrei, define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*.[13]

45. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

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

46. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite los recursos de casación, en cuanto al de la parte actora, por los casos **2** (por la existencia de decisiones contradictorias o incompatibles), **3, y 5** (únicamente respecto de los artículos 1887, 1884 y 1920 del código civil); y en cuanto a la parte demandada por los casos **1, 2 y 4,** todos del artículo 268 del COGEP; inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

VI.3. Estudio del caso 1 previsto en el artículo 268 del COGEP.

47. El debido proceso es un derecho de protección que contiene múltiples garantías para las personas; *per se*, implica la existencia de mecanismos de tutela y de efectividad concretos dentro de un proceso, como seguridad para las partes procesales de que sus derechos serán discutidos en un proceso justo e imparcial; el mandato de optimización analizado involucra la existencia de un procedimiento que debe desarrollarse conforme parámetros mínimos que permitan la defensa de sus intereses, en igualdad de armas.

[12] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.
[13] Calamandrei, Piero, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

48. La ordenación del proceso exige el cumplimiento de unos requisitos y condiciones mínimas de orden formal; partiendo de ese presupuesto, los Jueces tienen el deber de conducir los procesos dentro de los lineamientos prestablecidos, sin contradicciones, evitando yerros u omisiones que ocasionen perjuicios a las partes procesales; las actuaciones judiciales deben enmarcarse en los principios de legalidad y seguridad jurídica, en cuanto no es discrecional al Juez ni a la partes, apartarse de la ley procesal que señala un camino y un orden para los actos procesales, de modo que deben -los Jueces- observar plenamente las formalidades propias de cada juicio, las mismas que se establecen como garantías normativas en la legislación procesal, observando el respeto de los derechos fundamentales y los principios que rigen el sistema procesal vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia.

49. La dirección de los procesos a cargo de los Jueces, debe respetar la forma del trámite fijado en la ley y sus actuaciones están sometidas a las reglas fijadas en ella, como límites-garantías para las partes procesales, considerando desde luego las formalidades esenciales o sustanciales que no pueden dejarse al arbitrio ni del Juez ni de las partes procesales, y las accidentales que no vulneren derechos fundamentales del debido proceso (derecho de defensa, etc.), esto es, que el debido proceso no se refiere a las meras formas.

50. En la estructura del COGEP, la nulidad procesal, per se, no es un recurso taxativo; es una garantía normativa que procura que el órgano jurisdiccional verifique las actuaciones de la causa en el ámbito procesal, para la concreción del debido proceso, en cualquier etapa del procedimiento o estado del juicio; la existencia de una causal de nulidad, acarrea una sanción extremadamente grave que se reserva para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, la observancia de los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que, para acceder a ésta, se deben observar ciertos principios procesales como: especificidad *(taxatividad)*, trascendencia y convalidación, a saber: **a)** principio de especificidad o legalidad, el cual consiste en que no hay nulidad sin texto legal expreso; **b)** principio de trascendencia, que establece que en virtud del carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino que además exista un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad, y **c)** principio de convalidación, el cual hace referencia a que, toda anomalía formal que constituya causal de nulidad no siempre genera la invalidez del acto procesal, toda vez que se permite en principio su saneamiento y convalidación, siendo la excepción a esta regla la existencia de nulidades insanables.

51. Ergo, para arribar a una nulidad, la causa de la misma, debe estar expresamente consignada como tal en la norma jurídica y dicho motivo debe haber influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: en primer término, se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo término, el órgano jurisdiccional sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

52. La nulidad en el proceso es una declaración judicial que deja sin efecto un acto procesal por violaciones de las garantías constitucionales y de la ley; que busca excluir todo o una parte del proceso en cuya sustanciación no se ha cumplido con las solemnidades esenciales exigidas por la ley adjetiva. La razón jurídica para la existencia de la nulidad es porque es el medio idóneo para impugnar la vigencia de un proceso que adolece de vicios sustanciales. Mediante éste se pone de manifiesto el interés del Estado para que se sustancien procesos que sean firmes y estén libres de vicios que afecten al ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales.

53. El Art. 169 de la CRE, señala:

> *"(...) El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".*

54. El fin inmediato de la ley procesal es entonces la aplicación de la disposición legal al caso concreto. Lo que se busca en todo este andamiaje constitucional, es hacer cumplir los derechos que el Estado garantiza a todo ciudadano, entre ellos el derecho al debido proceso y sobre todo la defensa.

55. En razón de lo anotado, se puede colegir que las causales de nulidad procesal buscan *"(…) proteger el orden lógico en el que se deben desarrollar los actos procesales, al igual que las*

formalidades que son de obligatorio cumplimiento para dotarlos de validez (…)"[14].

56. Al hablar de las nulidades procesales, la Corte Nacional de Justicia, ha indicado:

> *"(…) la infracción a una solemnidad sustancial, inclusive aunque haya causado perjuicio a las partes litigantes en un primer momento, no puede servir para declarar la nulidad, si tal detrimento ha quedado subsanado mediante un acto posterior del juez o de las partes, que ha servido para garantizar la efectiva vigencia de los derechos procesales que fueron puestos en riesgo, por la omisión de los requisitos de validez de determinado acto (…)"*[15].

57. Ahora bien, en el régimen procesal aplicable al caso, como garantía normativa, para garantizar el debido proceso, se ha establecido una causal de casación, la misma procede cuando se haya incurrido en vulneración de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad; así, el caso 2, del artículo 268 del COGEP, señala lo siguiente:

> *"**Art. 268.- Casos.** El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*
> *1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal".*

58. Conforme las ideas desarrolladas *ut supra*, en relación con la causal objeto de análisis, no toda violación del procedimiento es motivo de casación. La garantía normativa es explicita al señalar que el cargo procede únicamente por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocando indefensión, bajo el supuesto de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

59. Santiago Andrade Ubidia, sobre este punto refiere:

> *"Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado en la ley como causa de nulidad; b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia).*
> *Los vicios que privan al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no existe en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso, inciden en la constitución de la realidad procesal"*[16].

60. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- *"(…) Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).*
- *La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma procesal violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).*
- *El cargo elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma procesal, que debe ser identificada claramente.*
- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la*

[14] Corte Nacional De Justicia de Ecuador, caso Nro. 647-2014. Acurio López.
[15] Corte Nacional De Justicia de Ecuador, caso Nro. 627-2012. Estado ecuatoriano Vs. García Sabando.
[16] Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, Andrade&Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 2005, 1era edición, p. 116 y 117.

trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración).

- *La violación de la norma procesal, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, debe haber viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y haber influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. (principio de trascendencia)".*[17]

61. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte demandada y recurrente, quien acusa la falta de aplicación de los artículos 111 y 97 del COGEP.

62. La **falta de aplicación** de la ley, en el caso 1 del artículo 268 del COGEP, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas procesales, que ha debido aplicar, infracción que vicia al proceso de nulidad insubsanable o causa indefensión, que influye por la gravedad, en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

63. Del estudio de los enunciados del recurrente, se aprecia que la propuesta casacional, delimita y observa el principio de taxatividad, consecuentemente, corresponde prima facie, verificar si la misma, no soslaya algún principio que rige el medio de impugnación, y, ulteriormente determinar si la censura planteada está dotada de sustento y argumento válido.

64. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en las siguientes interrogantes:

> **¿El Tribunal *Ad quem*, al no considerar el argumento de nulidad por falta de motivación, acusado por los demandados, como cargo de apelación, incurre en error de omisión del artículo 111 del COGEP, cuestión procesal que enervó la validez procesal, y de ser el caso, provocó indefensión?**
>
> **¿La parte dispositiva de la sentencia de apelación generó un perjuicio al demandado y a terceros interesados que ostentan la copropiedad del inmueble objeto del conflicto, lo que deriva en una falta de aplicación del artículo 97 del COGEP?**

65. Para dar respuesta al problema jurídico, es menester el estudio de las garantías normativas procesales cuya falta de aplicación se acusa.

66. Desde la órbita del régimen procesal vigente, el libro II, del COGEP, intitulado *"Actividad Procesal"*, en su título I, desarrolla un sinnúmero de *"Disposiciones Generales"*, por su parte, el Capítulo VI desarrolla las reglas sobre las *"Providencias Judiciales"*, así, desde el ámbito de la teoría general del proceso, emerge el efecto vinculante de las sentencias y autos, en el sentido que *"Las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el proceso sobre el que recayó el fallo, salvo los casos expresados en la ley"* (artículo 97 del COGEP); a su vez, el Capítulo VIII, establece las garantías normativas de *"Las nulidades"*, dentro de ellas, la *"Nulidad y apelación"* (artículo 111 del COGEP). En este contexto, el desarrollo conceptual de las normas singularizadas *ut supra*, y su irradiación procesal, conforme lo indicado, se derivan de la teoría general del proceso, la misma que, coadyuva a delimitar el ámbito conceptual de los preceptos indicados, todo lo cual tiene relación con las disposiciones generales de la actividad procesal.

67. Ahora bien, para analizar el problema jurídico, en cuanto a la primera interrogante planteada, hay que considerar que el artículo 111 del COGEP, cuya omisión se acusa, establece las siguientes reglas:

> *"Art. 111.- Nulidad y apelación. El tribunal que deba pronunciarse sobre el recurso de apelación examinará si en el escrito de interposición se ha reclamado la nulidad procesal.*
>
> *Solamente en caso de que el tribunal encuentre que el proceso es válido, se pronunciará sobre los argumentos expresados por la o el apelante. Si encuentra que hay nulidad procesal y que la misma ha sido determinante porque la violación ha influido o ha podido influir en la decisión del proceso, la declarará a partir del acto viciado y remitirá el proceso a la o al juzgador de primer nivel.*
>
> *Los procesos conocidos por la o el juzgador superior, sin que se haya declarado la nulidad, no podrán ser anulados por las o los juzgadores inferiores, aun cuando hayan observado después, que ha faltado alguna solemnidad sustancial."*

68. Del contexto de la censura, se llega a determinar que, el recurrente, sostiene que, en el momento procesal oportuno, alegó la falta de

[17] Corte Nacional de Justicia, Sentencia caso No. 17230-2019-02515.

motivación de la sentencia de la Jueza *A quo*, en un alcance realizado a la fundamentación de su recurso de apelación, argumento reconocido por el Tribunal de Apelación, pero no considerado; y, que el Tribunal de alzada, en aplicación del artículo 111 del COGEP, debía observar la falta de motivación y declarar la nulidad procesal, ya que, la juzgadora de primer nivel, declara terminado el contrato de arrendamiento sin una fundamentación jurídica suficiente para el efecto; entonces, se asume que el recurso está enfocado en sostener que la falta de motivación deriva en una nulidad procesal.

69. Ahora bien, el censor incurre en una imprecisión conceptual, ya que confunde las instituciones jurídicas de "nulidad constitucional" y "nulidad procesal"; la primera emerge como consecuencia de la inobservancia del principio de la motivación, establecido en el artículo 76 numeral 7, literal l) de la CRE; y, la segunda, por infracción de normas adjetivas o de procedimiento de forma determinante que hayan influido o podido influir en la decisión del proceso. En ese contexto, si el argumento del censor, en apelación, fue la deficiencia motivacional de la sentencia de primera instancia, correspondía al *Ad quem*, en ejercicio de su soberanía jurisdiccional, justipreciar la prueba, establecer y fijar los hechos, y sobre la base de ello, subsumirlos o no en las normas invocadas por los legitimados, enmendando los vicios motivacionales de la Jueza *A quo*, mas no declarar una nulidad procesal.

70. Continuando con el análisis, de la revisión de la sentencia impugnada, se avizora que, el Tribunal de apelación, fue enfático en sostener que *"en el escrito de alcance al Recurso de Apelación presentado por el accionado, se hace referencia a que existe nulidad de la sentencia por falta de motivación; no obstante, revisado que ha sido este escrito, no consta fundamentación de porque existe dicha nulidad, por lo tanto, no se atiende dicho pedido de nulidad por no haber fundamentado por escrito conforme determina la ley."*; ergo, sobre la base del principio dispositivo que rige la materia, al no haber fundamentado el pedido de nulidad, el *Ad quem*, se pronunció en el sentido indicado; además, respecto de la validez procesal, consideró lo siguiente:

> *"2.2. Se han cumplido con las garantías básicas que aseguran el derecho al debido proceso, señaladas por el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, así como se han observado las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias determinadas por el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos; por lo que, sin que se aprecie violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, y observados además los principios de especificidad, trascendencia, convalidación, protección y conservación que rigen la nulidad procesal, no se aprecia que deba ser declarada en el presente caso y en su lugar se reconoce la validez del proceso."*

71. Ergo, el Tribunal de apelación, al declarar la validez procesal, implícitamente sostuvo que no existía error in procedendo que declarar, que haya sido determinante e influyente en la decisión del proceso, que desemboque en una nulidad; por ello, procedió a pronunciarse sobre los argumentos expresados por los apelantes sobre el tema de fondo.

72.- Finalmente sobre este punto, hay que considerar que, según el artículo 110 numeral 1 del COGEP, la nulidad del proceso debe ser declarada *"De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial"*; en el *in examine*, el censor, de ninguna manera, ha argumentado la inobservancia de alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en el artículo 107 del código invocado; ergo, la censura adolece de taxatividad, y trascendencia, para una declaratoria procesal de nulidad.

73. Continuando con el estudio del caso, en torno a la segunda interrogante del problema jurídico, hay que considerar que el artículo 97 del COGEP, cuya omisión se acusa, establece las siguientes reglas:

> *"Art. 97.- Efecto vinculante de las sentencias y autos. Las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el proceso sobre el que recayó el fallo, salvo los casos expresados en la ley."*

74. El demandado, censor, acusa la falta de aplicación del artículo 97 del COGEP, argumentando que el *Ad quem*, reconoció la existencia de la copropiedad de la hacienda objeto del conflicto, y que existían derechos inherentes a personas que no formaron parte del presente proceso; que pese a dicho reconocimiento, deliberadamente, el Tribunal de alzada, ignora los derechos de terceros y en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, pone al recurrente en la posición de realizar una partición *ad hoc*, cuestión que imposibilita la ejecución del fallo, todo lo cual, vicia de nulidad al caso. En este contexto, también,

afirma el recurrente que, el Tribunal de apelación, por medio de un contrato suscrito antes del régimen de copropiedad, ha ignorado el derecho de terceros.

75. Frente a este planteamiento, es de relevancia entender que el presente proceso es un juicio ordinario de terminación de contrato de arrendamiento de un inmueble rural, por ello, se analiza, para resolver el conflicto jurídico, aquellas cuestiones inherentes a la traba de la litis.

76. Se ha fijado como hecho cierto la existencia de una relación contractual de arrendamiento entre el demandado Luis Aguas Vizuete y la ciudadana María Dolores Ponce Gangotena (fallecida), ahora representada por su cónyuge sobreviviente José Serrano Sarmiento (actor), quien presentó la demanda.

77. Ahora bien, para dar respuesta a la censura, en breves líneas, corresponde referirnos a la *"Legitimatio ad processum"* y *"legitimatio ad causam"*. La legitimación en la causa, conocida también como legitimatio ad causam, es la que le permite a una persona formular o contradecir una pretensión. Para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legítimo contradictor). En cambio, la *legitimatio ad processum*, se refiere a la capacidad jurídico procesal de las partes o a la representación para intervenir en juicio a nombre de otro.

78. Dada la naturaleza jurídica del proceso (terminación de contrato de arrendamiento de un inmueble rural), es claro que tanto el actor como el demandado, eran los llamados a comparecer en la causa como legitimados para el efecto, sin que en dicha determinación adjetiva, se avizore error de procedimiento alguno; además, en esa ilación, el *Ad quem*, emitió su resolución, la cual, si bien es cierto inobserva ciertos hechos fijados como ciertos, entre ellos, que la hacienda objeto del contrato de arrendamiento, en la actualidad ya no tiene un solo dueño, sino varios, dicha cuestión no emerge como un error de procedimiento o de infracción a una norma adjetiva, sino como una tesis de derecho sustantivo que debió analizarse en la modulación del Tribunal de apelación, conforme se analizará en el estudio del caso 2 del artículo 268 del COGEP; ergo, no existe taxatividad, debida fundamentación, demostración, y menos aún trascendencia, para la procedencia del error de omisión del artículo 97 del COGEP, como causa de nulidad.

79. Por todo lo indicado, no se advierte vulneración de normas procesales, en la labor intelectiva de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte recurrente a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas que se consideran no aplicadas y violadas, y que por ende provocarían un *error in procedendo*; asimismo, no explica la influencia que ha tenido el presunto *error*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una falta de aplicación de los artículos 111 y 97 del COGEP, es improcedente.

VI.3. Estudio del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

80. El caso seleccionado para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del ad quem, (numeral 2 del artículo 268 del COGEP) establece lo siguiente:

> *"**Art. 268.- Casos.** El recurso de casación procederá en los siguientes casos (…)*
> *2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

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

> *"Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva (...) que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado (…) El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal*

de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado".[18]

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

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles.
- Si la impugnación hace relación a que el fallo no cumple el requisito de motivación.

83. Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo[19], son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

84. De los enunciados de las partes recurrentes, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe a la existencia de decisiones contradictorias e incompatibles, y a la falta de motivación, indicando que se han soslayado los artículos 76 numeral 7 literal 1) de la CRE, 130 numeral 4 del COFJ, y 89 del COGEP.

85. Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional[20], doctrinaria[21], y jurisprudencialmente[22].

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

CRE: "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías

---

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

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

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

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

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

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

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

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

básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".

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

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

COGEP: *"Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación".*

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

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

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

> *"(…) Art. 130.- (…) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se* ***<u>explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho</u>****. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos". (Énfasis añadido).*

90. Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: *"...la motivación es la exteriorización de la <u>justificación razonada que permite llegar a una conclusión...</u>"*[23] (Énfasis añadido).

91. Es decir, tanto las normas jurídicas mencionadas en el presente fallo, como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen a los administradores de justicia el deber de construir sus fallos en base a un

[23] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

razonamiento lógico, el cual se consuma cuando los jueces explican razonadamente la conexión entre los preceptos jurídicos aludidos en su resolución, con los hechos que han sido debidamente acreditados en la especie, esta labor intelectiva les permite llegar a una adecuada conclusión.

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

> *"…En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos:* ***(i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente****. Esto quiere decir lo siguiente:*
>
> *61.1. Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en "la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas". O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, "[l]a motivación no puede limitarse a citar normas" y menos a "la mera enunciación inconexa [o "dispersa"] de normas jurídicas", sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso.*
>
> *61.2. Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, "la motivación no se agota con la mera enunciación de [… los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]", sino que, por el contrario, "los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [… si] no se analizan las pruebas". En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en "la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas", sino que se debe: "exponer […] el acervo probatorio aportado a los autos", "mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado" y "permitir conocer cuáles son los hechos". Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes".*[24]

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

94. En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si la parte recurrente pretendía justificar la causal 2 prevista en el artículo 268 del COGEP, en torno al incumplimiento del requisito de la motivación en la sentencia recurrida; tenía el deber de justificar, *"con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de motivación"*[25].

95. Delimitado el alcance, tanto de la causal invocada, como de la garantía de la motivación, es posible sintetizar el alcance del cargo formulado por las partes impugnantes, en la adopción de decisiones contradictorias e incompatibles, y en falta de motivación de la resolución de segunda instancia. Ahora bien, ¿Cómo debía acreditar la mentada falta de motivación la parte recurrente?

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

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

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

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

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

97. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿El Tribunal Ad quem, al emitir pronunciamiento sobre las excepciones previas de cosa juzgada, falta de legitimación en la causa, e incompleta conformación del litis consorcio, deducidas por el demandado; al sostener que, el contrato de arrendamiento escrito estaba vigente, y al decidir sobre la terminación del mismo, ¿incurre en deficiencia motivacional?

¿La sentencia impugnada, adopta decisiones contradictorias o incompatibles?

98. De los enunciados de las partes recurrentes, se logra extraer los puntos medulares de su impugnación, los cuales hacen relación a que la sentencia del *Ad quem*, adopta decisiones contradictorias, e incurre en la vulneración de los artículos 76 numeral 7 literal l) de la CRE, y 89 del COGEP, por las siguientes razones:

Respecto de la existencia de decisiones contradictorias o incompatibles, acusada por el actor, el censor sostiene que:

- El *Ad quem*, con errada interpretación de la ley, dispone algo que nunca ha sido materia de la litis, al realizar la individualización de derechos y acciones, y la partición misma de manera tácita, y ordenar que se retenga el porcentaje adquirido por compraventa sin que el demandado sea dueño de cosa singular.
- El Tribunal de apelación, al reformar la sentencia de primer nivel, disponiendo la entrega y desocupación, del bien inmueble materia del contrato, con porcentajes, incurre en una decisión contradictoria e incompatible.
- Dentro de un juicio en el cual se analiza por medio de la traba de la litis, un contrato de arrendamiento que ha sido incumplido, y del cual se pide la restitución de las cosas, no se puede observar un estado de copropiedad del inmueble, y menos aún disponer la entrega del mismo en una parte porcentual incierta.
- La entrega parcial resuelta en sentencia, conduce a un acto de partición, sin considerar que la misma es un trámite especial no compatible con la acción ordinaria de terminación de contrato de arrendamiento.
- No se puede dividir un inmueble en partes dentro de un procedimiento en el cual se ha trabado la litis en torno a un conflicto derivado de un contrato de arrendamiento, mas no sobre el derecho de dominio.

Respecto de la deficiencia motivacional, acusada por el demandado, el censor sostiene que:

- Existen varios procesos de consignación, relacionados con el pago de varios cánones de arrendamiento, acordados en su momento con la señora Ponce Gangotena, referentes al contrato de arriendo de la hacienda, a los cuales compareció el actor, aceptando el pago de $4.000, sin ninguna salvedad.
- En dichos procesos de consignación, los Jueces administrando justicia, declararon extinguida la obligación por los periodos de arrendamiento constantes en cada uno de los casos, lo que da origen a cosa juzgada, planteada como excepción previa.
- Al haber sido declarada judicialmente extinguida la obligación, no tiene derecho el accionante, a reclamar de nuevo el pago de cánones de arrendamiento por los mismos períodos.
- Pese a lo indicado en líneas anteriores, la decisión de no acoger la excepción previa de cosa juzgada, es incoherente e incomprensible, ya que no se explica la pertinencia de aplicar la doctrina citada, no se menciona ninguna norma, asimismo, la definición de la identidad de causa, no guarda relación lógica con la argumentación, y tampoco se explica la manera en que los pagos por consignación aceptados por el actor no cumplen con los requisitos de identidad de sujeto, objeto o causa, todo lo cual vulneró el non bis in ídem.
- Está acreditado que se vendieron a distintas personas, derechos y acciones de la hacienda Cotogchoa, y por ende, existe copropiedad del bien, razón por la cual, el pretender, por parte del actor, la entrega material de la totalidad de la hacienda es incompatible con las reglas de la comunidad.
- Ante la excepción previa de indebida conformación de litisconsorcio, el Tribunal de alzada, incurre en incoherencia lógica y decisional, toda vez que, no hizo un análisis sobre las pretensiones, tan solo se limitó a analizar superficialmente la relación contractual que existió previo a la comunidad, ignorando deliberadamente la relevancia de la existencia de terceros propietarios de la hacienda.

- No hay concatenación entre la doctrina invocada, la normativa, y la decisión.
- Hay incoherencia lógica, cuando el *Ad quem*, concluye que un contrato de arrendamiento, suscrito por la señora Ponce Gangotena, cuando era dueña de la hacienda, sigue vigente, pese a que sus herederos tienen únicamente la calidad de copropietarios, cuando asevera que el contrato objeto de la demanda sigue vigente debido a que el demandado hizo pagos.
- La invocación del artículo 1725 del Código Civil, no se concatena con los hechos, en lo referente, a que no se explica por qué circunstancia se considera que el contrato de arrendamiento cabe dentro de esta categoría.
- Existe incoherencia cuando se concluye que la falta de prueba del contrato verbal, necesariamente lleva a la conclusión de que el contrato escrito sigue vigente, sin considerar ciertos hechos fijados como ciertos.
- No se identifica la norma aplicada para dar por terminado el contrato, tampoco se explica si fue por extinción del derecho del arrendador, por incumplimiento, por vencimiento del plazo, por ello, no hay una adecuada subsunción, tampoco se entiende si es una sentencia declarativa o constitutiva.

99. Ahora bien, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional[26], para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta con una argumentación jurídica suficiente, es decir, con una estructura mínimamente completa, integrada por estos dos elementos: ***una fundamentación normativa suficiente***, y ***una fundamentación fáctica suficiente***, lo cual constituye el **criterio rector** para un análisis adecuado.

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

101. Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica[27].

102. Insuficiencia.- Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia.[28] Manuel Atienza, señala que *"el ideal de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión"*, en este sentido *"motivar suficientemente significa que se haya alcanzado en grado suficiente de expresión la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión"*.[29]

103. Apariencia.- Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia constitucional, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: incoherencia; inatinencia; incongruencia; e, incomprensibilidad[30], conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente contexto:

104. Incoherencia.- Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen -sus premisas y conclusiones- (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.

105. La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una

[26] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[27] Ibídem.
[28] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[29] Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, p. 136-138
[30] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

argumentación jurídica suficiente. En cambio, una incoherencia decisional siempre implica que la argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación[31].

106. Inatinencia.- Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no "tienen que ver" con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez "equivoca el punto" de la controversia judicial. La *inatinencia* implica que una argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado las razones inatinentes, no quedan otras que logren configurar una argumentación jurídica suficiente[32].

107. Incongruencia.- Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho). La incongruencia frente a las partes puede darse por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta. La incongruencia (sea frente a las partes o sea frente al Derecho) siempre implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación.[33]

108. Incomprensibilidad.- Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o -cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)- para un ciudadano o ciudadana.[34]

109. Delimitado el alcance, tanto de la causal invocada, como de la garantía de la motivación, es posible sintetizar el alcance del cargo formulado por las partes impugnantes, en la existencia de decisiones contradictorias o incompatibles, y en la falta de motivación de la resolución de segunda instancia.

110. Respecto de la censura acusada por el actor, es evidente que el *Ad quem*, incurre en un vicio de apariencia por incoherencia, en la ilación existente entre la traba de la litis, cual es, la procedencia o no de la desocupación, restitución, y entrega, del inmueble arrendado, por efectos de la declaratoria de terminación del contrato de arrendamiento, y la conclusión a la que llega cuando sostiene que *"el demandado, ha justificado documentadamente, que mediante escritura de compraventa de derechos y acciones es copropietario de derechos y acciones del bien inmueble de la Hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, consecuentemente, deberá desocupar y entregar al actor la parte que le pertenezca.; esto en base al derecho de propiedad privada contemplado en el Art. 321 de la Constitución de la República del Ecuador"*; a partir de ello, incurre en una decisión contradictoria, al modular la sentencia y disponer *"la entrega y desocupación del bien inmueble materia del contrato de arrendamiento al accionante, en el porcentaje que actualmente le pertenece al actor conforme las copias certificadas de compra venta de derechos y acciones, teniendo en cuenta la coopropiedad existente con el demandado"* (Sic).

111. Se avizora la existencia de una decisión contradictoria, toda vez que, por una parte, la individualización de los derechos y acciones de los legitimados en el conflicto y de terceros, nunca fue parte de la traba de la litis; en ese contexto, no fue objeto del análisis fáctico y jurídico, la determinación de los porcentajes, o el estado de copropiedad del inmueble, en función del derecho real de dominio, por tanto un pronunciamiento en ese sentido, es contradictorio con los límites fijados por las partes, en el conflicto judicializado; además, el mismo, deriva en un vicio de congruencia (ultra petita).

[31] Ibídem.
[32] Ibídem.
[33] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[34] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

112. En esa ilación, abordando la censura del accionado, también, la motivación del Ad quem, resulta aparente por incoherencia lógica y decisional, ya que, pese a estar fijado como cierto, la venta de derechos y acciones de la hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, a distintas personas (entre ellas el demandado), y por ende, la copropiedad del bien; a sabiendas que, dichas circunstancias, en el ámbito temporal de vigencia del contrato de arrendamiento, mutaron diametralmente los términos del convenio primigenio, y que por tal razón emergieron otros hechos, también fijados como ciertos, entre ellos, aquel que establece el acuerdo implícito de voluntades en torno al canon arrendaticio, no objetado por el actor, en los procesos de consignación realizados por el demandado, en su momento, ante la justicia ordinaria; el Tribunal de apelación, sin correspondencia alguna entre las premisas fácticas, y bajo una premisa jurídica, cual es la invocación del artículo 1920 del Código Civil, concluye que *"la parte actora, a través de esta venta de derechos y acciones modificó la cabida del terreno arrendado, lo que indefectiblemente afecta al canon de arrendamiento estipulado en el contrato; por lo que, en estricto derecho no le corresponde al accionado cancelar el canon arrendaticio de US $ 7.000,00 mensuales, conforme la pretensión de la parte actora; debiendo sufragarse por concepto de arriendo una cantidad proporcional, teniendo como base los USD$ 7.000, 00 mensuales de arriendo, y descontando el porcentaje de derechos y acciones en el 20.44% constantes en la escrituras públicas de compraventa de derechos y acciones otorgada por MARIA DOLORES DE FATIMA PONCE GANGOTENA a favor de LUIS ANIBAL AGUAS VIZUETE Y AIDA CORINA BONILLA VILLALVA, (…) con las cuales se justifica la copropiedad del demandado, utilizando una regla de tres simple a fin de obtener el monto mensual de arriendo a partir del mes de noviembre del 2014"* (Sic); e incoherentemente resuelve que *"El pago de los cánones arrendaticios se realizara de manera proporcional y conforme lo analizado en el numeral 4.4.4 de esta resolución, a partir del mes de noviembre del 2014"* (Sic).

113. Persiste el vicio de apariencia motivacional por incoherencia, cuando el Ad quem, aduciendo como hecho cierto la existencia de un desahucio practicado por el actor hacia el demandado, subsume tal cuestión fáctica en el artículo 1891 numeral 2 del Código Civil, utilizado como premisa jurídica en el análisis, sin considerar que la norma invocada hace referencia a la terminación del arrendamiento por expiración del tiempo estipulado para la duración del mismo, único y exclusivamente.

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

115. A su vez el principio de trascendencia, implica que el argumento del censor debe ser de tal naturaleza, que logre enervar la sentencia impugnada, a tal punto que debe justificar que sin la ocurrencia del presunto error *in iure* acusado (falta de motivación), el fallo sería otro y no el recurrido; en el *in examine*, se observa que las partes recurrentes, postulan el cargo analizado, con debida singularización, explicando la decisión contradictoria, y la deficiencia motivacional de apariencia por incoherencia, dicha cuestión se constata en los postulados expuestos *ut supra*.

116. Por todo lo expuesto, se concluye que la sentencia del *Ad quem*, incurre en los yerros *in iure* acusados, por las partes recurrentes, analizados en párrafos anteriores; ergo, se determina la pertinencia del cargo casacional descrito en el numeral 2 del artículo 268 del COGEP, ya que, ineludiblemente se ultima que la resolución impugnada incurre en apariencia motivacional, no cumple el correspondiente estándar, en lo atinente a la fundamentación fáctica y jurídica suficiente, al tenor de la sentencia No. 1158-17-EP/21, de la Corte Constitucional, y adopta decisiones contradictorias e incompatibles; consecuentemente, las afirmaciones esgrimidas por las partes impugnantes, a través del remedio procesal, coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la deficiencia motivacional, que provocaron los errores denunciados; asimismo, explican la influencia que han tenido dichos errores, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se avizora el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en los cargos planteados, persistió la sustentación suficiente y crítica vinculante, así, las tesis esbozadas cumplen el principio de debida fundamentación y demostración, por lo

que, lo alegado en sede de casación, en torno al cargo concreto, es procedente.

117. Por todo lo expuesto, se concluye que la sentencia del *ad quem*, incurre en el yerro *in iure* acusado (caso 2 del artículo 268 del COGEP), y dada la procedencia parcial del cargo aludido tanto por el accionante y el demandado, al tener estrecha relación fáctica, jurídica, y procesal, con los subsiguientes casos acusados, y el problema jurídico a resolver, resulta inoficioso profundizar en los demás reproches invocados.

VII. SENTENCIA DE MÉRITO

118. Conforme la garantía normativa establecida en el artículo 273 numeral 3 del COGEP, dada la procedencia del recurso de casación planteado, corresponde casar la sentencia **en mérito de los autos y expedir la resolución que corresponde, reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que se estima correctos;** en esa ilación:

119. Para considerar los antecedentes del caso *in examine*, este Tribunal aplicará una *"motivación per relacione"*[35] del contenido en el considerando "tercero" (numerales 3.1,3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, y 3.7) de la sentencia recurrida, que hacen relación a lo detallado en el acto de proposición, contestación a la demanda, y los actos procesales.

120. En cuanto al objeto del proceso, es claro que el mismo se circunscribe a resolver las siguientes cuestiones:

- La procedencia o no de la terminación del contrato de arrendamiento.
- La procedencia o no de la desocupación del bien inmueble y restitución del mismo.
- La procedencia o no de la entrega del ganado de la misma cantidad y calidad del entregado al inicio del arrendamiento.
- La procedencia o no de la entrega de todas las crías que a partir del fenecimiento del contrato se han dado, o en su defecto su equivalente en dinero.
- La procedencia o no de la entrega de toda la maquinaria y equipos constantes y detallados en el inventario anexo al contrato de arrendamiento.
- La procedencia o no del pago de doscientos cincuenta y siete mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 257.000,00) que se halla en mora el arrendatario.
- La procedencia o no del pago de los cánones arrendaticios mensuales vencidos y los que se vencieran hasta la completa desocupación y entrega del inmueble, a razón de un canon mensual de USD $ 7.000.00.
- La procedencia o no del pago de los servicios de luz, teléfono, agua potable y agua de riego hasta la fecha en que se produzca la restitución del inmueble.

121. Del escenario procesal planteado, en la sentencia impugnada, se llega a fijar como ciertos determinados hechos que serán invocados en el análisis de cada cuestión.

VII.1. La procedencia o no de la terminación del contrato de arrendamiento.

122. Para analizar la cuestión planteada, atañe observar las reglas del Libro IV del Código Civil, intitulado *"De las obligaciones en general y de los contratos"*, el cual contiene una serie de delimitaciones conceptuales, y aspectos relacionados con los actos y declaraciones de voluntad; la capacidad, los vicios del consentimiento; las obligaciones; una gama de contratos, entre ellos el de arrendamiento, los efectos de las obligaciones; la prueba de las obligaciones; los modos de extinguir las obligaciones; etc.; a su vez, corresponde determinar si los hechos fijados como ciertos coadyuvan a establecer si (1) el acuerdo de voluntades, escrito, génesis de la relación jurídica se halla vigente o no; si (2) dicho acuerdo de voluntades mutó expresa o tácitamente por acuerdo de las partes; y, si (3) la relación jurídica derivada del contrato inicial sigue vigente o no; al respecto:

123. El Título II, del Libro IV, del Código Civil, desarrolla una serie de reglas, entre ellas, las relacionadas con la capacidad legal para obligarse por un acto o declaración de voluntad, así, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita. La jurisprudencia indica que:

[35] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, párrafo 63.

"No puede existir contrato o convención sin el concurso real de la voluntad de dos o más personas que concurran a su otorgamiento personalmente o debidamente representadas. Este requisito es de la esencia del contrato cualquiera que sea su clase y naturaleza o la calidad de las personas que en ellos tomen parte (…)"."[36]

124. En el caso objeto de estudio, los hechos fijados como ciertos, determinan que, el contrato de arrendamiento de la hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, fue suscrito por personas con capacidad legal para el efecto, ante Notario Público, per se, tenían plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. En la misma ilación, se constata que María Dolores Ponce Gangotena (+) y Luis Aníbal Aguas Vizuete, consintieron en dicho acto o declaración de voluntad. En el presente caso, el arriendo del bien inmueble, según nuestra legislación interna, no se subsume en ninguno de los casos de existencia de objeto ilícito, por lo cual no hay una declaración de voluntad, que *"infrinja una concreta ley prohibitiva o imperativa"*[37]. En lo referente a la causa real y lícita, el Código Civil, en su artículo 1483, señala que *"Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita."*; el arrendamiento del bien inmueble objeto de conflicto, tuvo una causa real, permitida por la ley, por lo que se excluye la existencia de una causa ilícita.

125. Cuando hablamos del contrato, partimos de que aquel, es una de las fuentes de las obligaciones, cuya esencia emerge del concurso real de las voluntades, de dos o más personas; el contrato es el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa (artículo 1454 del Código Civil). En efecto, queda claro que la naturaleza del contrato radica en la imposición de una obligación, la misma que, a pesar de ser libre y voluntaria, no puede inobservar los requisitos legales; en este sentido, los contratos han de ser celebrados entre personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley, esto nos demuestra los parámetros que las partes deben cumplir al momento de obligarse mediante un contrato[38].

126. Ahora bien, el Código Civil, al establecer las reglas relativas al arrendamiento, en el Título XXV del Libro Cuarto, señala entre otras normas que, dicha institución, es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales (artículo 1856 del Código Civil). El precio puede consistir, ya en dinero, ya en frutos naturales de la cosa arrendada (artículo 1858 del Código Civil), el precio podrá determinarse de los mismos modos que en el contrato de venta (artículo 1859 del Código Civil); en el arrendamiento de cosas, la parte que da el goce de ellas se llama arrendador, y la parte que da el precio, arrendatario (artículo 1860 del Código Civil); el arrendador está obligado: 1. A entregar al arrendatario la cosa arrendada (artículo 1865 del Código Civil); el arrendatario está obligado al pago del precio o renta (artículo 1883 del Código Civil); si entregada la cosa al arrendatario, hubiere disputa acerca del precio o renta, y por una o por otra parte no se produjere prueba legal de lo estipulado a este respecto, se estará al justiprecio de peritos; y los costos de esta operación se dividirán entre el arrendador y el arrendatario, por partes iguales (artículo 1884 del Código Civil); el arrendatario está obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento (artículo 1888 del Código Civil); la restitución de la cosa raíz se verificará desocupándola enteramente, poniéndola a disposición del arrendador, y entregándole las llaves (artículo 1889 del Código Civil); para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aún cuando haya precedido desahucio; y si requerido no la restituyere, será condenado al pleno resarcimiento de los perjuicios de la mora, y a lo demás que contra él competa, como injusto detentador (artículo 1890 del Código Civil); el arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y

[36] Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3814. Quito, 19 de mayo de 2003
[37] Luis Parraguez, Régimen Jurídico del Contrato, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Cevallos Editora Jurídica, pág. 525
[38] John Toledo, Nulidad del Contrato vs. Nulidad de la Escritura Pública. Libro. Práctica Civil y Mercantil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022, pág. 287.

especialmente: 1. Por la destrucción total de la cosa arrendada; 2. Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo; 3. Por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas que más adelante se expresarán; y, 4. Por decisión judicial, en los casos que la ley ha previsto. (artículo 1891 del Código Civil); si en el contrato se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si la duración es determinada por el servicio especial a que se destinó la cosa arrendada, o por la costumbre, no será necesario desahucio (artículo 1895 del Código Civil); el arrendador está obligado a entregar el predio rústico en los términos estipulados. Si la cabida fuere diferente de la estipulada, habrá lugar al aumento o disminución del precio o renta, o a la rescisión del contrato, según lo dispuesto en el Título De la compraventa (artículo 1920 del Código Civil); no habiendo tiempo fijo para la duración del arriendo, deberá darse el desahucio con anticipación de un año, para hacerlo cesar (artículo 1927 del Código Civil).

127. De la abstracción normativa descrita, podemos discriminar los requisitos del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles o predios rústicos, así, encontramos los **requisitos personales**, siendo: **a)** El arrendador; y, **b)** El arrendatario; por otra parte encontramos los requisitos reales, entre ellos: **1)** La cosa; y, **2)** El precio; finalmente encontramos los requisitos formales, nuestra legislación, no establece ninguna formalidad, es decir, no requiere este contrato en nuestro medio, forma especial para su perfección, ya que es un contrato típicamente bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo, consensual (se perfecciona por el solo, simple, o mero acuerdo de las partes) y real (se perfecciona con la entrega de la cosa).

128. Ahora bien, de los hechos fijados como ciertos, se advierte la existencia de un contrato de arrendamiento entre la señora Dolores Ponce Gangotena (+) y el señor Luis Aníbal Aguas Vizuete, otorgado mediante escritura pública de 8 de octubre del 2008, documento en el cual se determina las obligaciones recíprocas que adquieren los contratantes, cuyo objeto era el arrendamiento de la hacienda Santa Margarita de Cotogchoa.

129. Así, en la cláusula "Segunda" del instrumento en referencia, se establece que, la arrendadora entrega en arriendo a Luis Aníbal Vizuete, la totalidad del terreno, construcciones en general, con excepción de la casa principal de la hacienda, los jardines y una pequeña casa de servicio que está siendo habitada por las personas que trabajan en la casa de hacienda. Los árboles y bosque no podrán ser explotados por el arrendatario y si fuere necesario hacerlo necesitarán orden de la arrendadora.

130. Asimismo, de los hechos fijados como ciertos, entre ellos, los procesos de consignación de los cánones arrendaticios deducidos ante la justicia ordinaria, se avizora que, el demandado, implícitamente reconoce la existencia de la relación jurídica, y su calidad de mero tenedor, en parte, del inmueble hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, al tenor del artículo 729 del Código Civil, sin duda alguna, por el acuerdo de voluntades primigenio, que por ciertos actos traslativos de dominio mutó, pero no se extinguió.

131. Sumado a ello, también, de los hechos ciertos, se advierte que, José Leonardo Serrano Sarmiento, con legitimación para el efecto, en su calidad de sucesor de María Dolores Ponce Gangotena de Serrano (+), procedió con la notificación de desahucio, y el requerimiento de entrega del bien inmueble objeto de la controversia.

132. En base a la cuestión fáctica descrita en lo párrafos que preceden, es claro que, el arrendatario está obligado a restituir la cosa dada en arrendamiento, según el artículo 1888 del Código Civil, desocupándola y poniéndola a disposición del arrendador, conforme el artículo 1889 del Código Civil, más aún cuando procesalmente está justificado que el actor ha procedido legalmente con la notificación del desahucio y el requerimiento correspondientes, según lo establece el artículo 1890 del Código Civil; ergo, es procedente que, por decisión judicial, al amparo del artículo 1891 del Código invocado, el arrendamiento expire.

133. Siendo así, se debe hacer énfasis en que el objeto principal de este proceso conforme la traba de la litis, es la terminación del contrato de arrendamiento del inmueble rural o rústico, y al existir suficientes razones fácticas y jurídicas para el efecto, dicha petición es procedente.

VII.2. La procedencia o no de la desocupación del bien inmueble y restitución del mismo.

134. Para dilucidar esta cuestión, es de relevancia recalcar que, el demandado, implícitamente reconoce la existencia de la relación jurídica, y su calidad de mero tenedor, en parte, del inmueble hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, al tenor del artículo 729 del Código Civil, por el acuerdo de voluntades fijado como cierto, que por ciertos actos traslativos de dominio mutó, pero no se extinguió.

135. También es importante señalar que, se halla fijado como hecho cierto que, el accionado

Luis Aníbal Aguas Vizuete, y terceras personas, actualmente, en virtud de sendos títulos traslativos de dominio (escrituras de compraventa cuya legalidad, validez, y eficacia, no son parte de la traba de la litis), ostentan un derecho real de propiedad sobre ciertos porcentajes, en calidad de derechos y acciones, de la hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, evidenciándose un ámbito de comunidad o copropiedad entre actor, demandado, y terceras personas, cuestión introducida al proceso en la contestación a la demanda que integra la traba de la litis, y el problema jurídico a resolver.

136. Asimismo, se tiene como hecho cierto que, no ha existido una partición, en estricto sentido, para enervar el ámbito de comunidad y copropiedad, cuestión, que, dicho sea de paso, no es objeto del proceso.

137. La CRE, en su artículo 66 numeral 5, establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás; por su parte, el numeral 26 de la norma invocada garantiza el derecho a la propiedad, el mismo que, según el artículo 321 de la norma suprema, deber ser reconocido y garantizado por el Estado.

138. En base a fundamentación fáctica y jurídica suficiente, desarrollada en el considerando VII.1., que precede, y la conclusión obtenida, es claro que, prima facie, procede la desocupación y restitución de la hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, por parte del demandado al actor; sin embargo, esta consecuencia jurídica derivada de la terminación de la relación jurídica (contrato de arrendamiento), no puede enervar derechos de copropietarios, que legalmente se justifiquen, en aplicación directa de los principios constitucionales invocados en este análisis.

VII.3. La procedencia o no de la entrega del ganado de la misma cantidad y calidad del entregado al inicio del arrendamiento.

139. Sobre esta cuestión, este órgano judicial reitera que está fijado como hecho cierto que, el acuerdo de voluntades primigenio, por ciertos actos traslativos de dominio, mutó, pero no se extinguió; en esa ilación, al ser la convención una ley para las partes, según el artículo 1561 del Código Civil, y por cuanto, en lo referente al arrendamiento del predio rústico con ganado, el contrato no varió, es claro que sobre el tema analizado, se estableció que *"El arrendatario recibe de la arrendadora el ganado que consta en los inventarios que se adjuntan y que formarán parte de este contrato y se compromete a entregar a la terminación del contrato la misma cantidad y calidad de ganado"* (clausula octava del contrato).

140. Según el artículo 1888 del Código Civil, el arrendatario está obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento; en ese contexto, además, al tenor del artículo 1926 ibídem, siempre que se arriende un inmueble con ganado, el arrendatario tiene la obligación de dejar en el predio, a la conclusión del arriendo, igual número de cabezas de las mismas edades y calidades; en ese escenario jurídico, y toda vez que, existe una ley para las partes, es procedente la entrega del ganado de la misma cantidad y calidad conforme los inventarios que integraron el contrato original, al inicio del arrendamiento.

VII.4. La procedencia o no de la entrega de todas las crías que a partir del fenecimiento del contrato se han dado, o en su defecto su equivalente en dinero.

141. En base a la fundamentación fáctica y jurídica suficiente, desarrollada en el considerando VII.3., que precede, es claro que, *prima facie*, procede la entrega del ganado de la misma cantidad y calidad conforme los inventarios que integraron el contrato original, al inicio del arrendamiento; sin embargo, en torno a la cuestión analizada, al no estar fijado como hecho cierto estipulación especial respecto de las crías del ganado, y por cuanto la terminación del contrato se está declarando por orden judicial, por medio de este proceso, este punto del conflicto no procede.

VII.5. La procedencia o no de la entrega de toda la maquinaria y equipos constantes y detallados en el inventario anexo al contrato de arrendamiento.

142. En base a fundamentación fáctica y jurídica suficiente, desarrollada en los considerandos VII.2., VII.3. y VII.4. que preceden, al ser una obligación del arrendatario, la restitución de la cosa al fin del arrendamiento, es claro que debe operar la entrega de toda la maquinaria y equipos constantes y detallados en el inventario anexo al contrato de arrendamiento.

VII.6. La procedencia o no del pago de doscientos cincuenta y siete mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 257.000,00) que se halla en mora el arrendatario, y la procedencia o no del pago de los cánones arrendaticios mensuales vencidos y los que se vencieran hasta la completa desocupación y entrega del inmueble, a razón de un canon mensual de USD $ 7.000.00.

143. Conforme lo indicado *ut supra*, el demandado, implícitamente reconoce la existencia de

la relación jurídica de arrendamiento, y su calidad de mero tenedor, en parte, del inmueble hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, al tenor del artículo 729 del Código Civil, sin duda alguna, por el acuerdo de voluntades primigenio, que por ciertos actos traslativos de dominio mutó, pero no se extinguió.

144. Ahora bien, la mutación que tuvo el acuerdo de voluntades, por ciertos actos traslativos de dominio, tiene relación con la cabida de los terrenos dados en arrendamiento, y con el precio.

145. El artículo 1460 del Código Civil señala que *"Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".*

146. En el análisis del caso, por ser parte de la traba de la litis (la cuestión fue introducida al contestar la demanda), cabe recalcar que la cosa (la cabida del terreno) y el precio, del contrato de arrendamiento, como elementos esenciales del mismo, según los hechos fijados como ciertos (escrituras públicas de compraventa de derechos y acciones de la Hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, procesos de consignación de canones arrendaticios) mutaron por acuerdo de las partes, sin haber sido enervados en su esencia los elementos personales (arrendador-arrendatario) y reales (cosa-precio) para su subsistencia.

147. Al ser el arrendamiento, un contrato típicamente consensual que se perfecciona por el solo, simple, o mero acuerdo de las partes; y real, ya que se perfecciona con la entrega de la cosa; es determinante el argumento de mutación del convenio primigenio, conforme lo indicado *ut supra*, más aún cuando, desde la óptica de la sana critica (aplicación de la lógica, ciencia, y máximas de la experiencia), fuera de toda duda, es lógico que a mayor extensión de terreno arrendado, mayor es el precio, y que a menor extensión de terreno, menor es el precio, independientemente del valor progresivo que inicialmente se fijó.

148. Asimismo, en torno a su ejecución, es característica típica del arrendamiento de inmuebles o predios rurales, el ser un contrato de tracto sucesivo, clasificación que reviste importancia, sobre todo para la aplicación del principio de imprevisión, ya que en éstos convenios, por el transcurso del tiempo, pueden modificarse las circunstancias contractuales que hagan necesaria su revisión, a fin de que mantenga la conmutatividad de las prestaciones[39], cuestión que, de los hechos fijados como ciertos ocurrió en el *in examine*, por las razones ya explicadas.

149. La línea de tiempo de vigencia del acuerdo de voluntades, coadyuva a concluir que, en efecto, se modificaron, dentro de ese ámbito temporal, las circunstancias contractuales (reducción de la extensión del terreno arrendado, y modificación del precio), cuestión que implícitamente conlleva a observar el contenido del artículo 1920 del Código Civil, aplicando el principio de imprevisión antes referido, lo que generó la necesaria revisión del convenio real y consensual, a fin de garantizar la conmutatividad de las prestaciones.

150. En el *in examine* se tiene fijado como cierto que en efecto, al año 2014 el canon de arriendo debía ser de $7000, sin embargo, por las circunstancias fácticas y jurídicas, expresadas *ut supra*, dada la venta de ciertos porcentajes de derechos y acciones de la hacienda, en el ámbito temporal de existencia del contrato de arrendamiento, entre arrendadora (+) y arrendatario, existió una mutación en cuanto a la reducción del valor del arriendo, tanto es así que el valor que pagaba Luis Aníbal Aguas Vizuete, era $4000; ulteriormente, luego del fallecimiento de María Dolores Ponce Gangotena, persistió este canon, entre el demandado y el hoy actor como sucesor de la señora Ponce, a tal punto que, incluso cuando emergió el conflicto, éste mismo valor fue consignado judicialmente y recibido sin objeción alguna por parte de José Leonardo Serrano Sarmiento; ergo, se infiere desde el ámbito dikelógico, la pertinencia de aplicación del artículo 1920 del Código Civil a la cuestión controvertida, y la no pertinencia de los artículos 1884 y 1887 del Código invocado, ya que, en la disputa acerca del precio o renta, si hay prueba legal de lo estipulado al respecto, por lo cual, no es necesario estar al justiprecio de peritos; y, respecto de la última norma, la misma no tiene relación con el problema jurídico planteado.

151. Ergo, es parcialmente procedente el pago de los cánones arrendaticios demandados, calculados al valor de USD $ 4.000,00, mensuales,

[39] Villalva Vega Wladimiro, Apuntes de Práctica Forense, Universidad Central del Ecuador, 2001.

a partir de la fecha de mora, hasta la fecha de desocupación y entrega del bien inmueble arrendado, debiéndose descontarse los abonos realizados por la parte demandada, ya sea de manera directa o vía consignación judicial, todo lo cual debe ser liquidado pericialmente en la fase de ejecución.

VII.7. La procedencia o no del pago de los servicios de luz, teléfono, agua potable y agua de riego hasta la fecha en que se produzca la restitución del inmueble.

152. De los elementos justipreciados, por el Ad quem, la parte accionada exhibió documentos que hacen relación a comprobantes de pago de los rubros indicados, sin oposición por parte del actor, por lo que, se ha resuelto adecuadamente, en instancia, su improcedencia.

153. Ergo, emerge la procedencia (parcial) de la demanda, en aras de garantizar el derecho a la seguridad jurídica establecido en el artículo 82 de la CRE, y el derecho a la propiedad, consagrado en los artículos 66 numeral 26, y 321 ibídem.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

155. *Declarar la procedencia parcial, del recurso de casación planteado por el ciudadano José Leonardo Serrano Sarmiento, actor; y Luis Anibal Aguas Vizuete, demandado, por el caso 2 del artículo 268 del COGEP, en torno a la existencia de decisiones contradictorias e incompatibles, y deficiencia motivacional, en los términos analizados en el considerando VI.3. de la presente resolución.*

156. *Casar la sentencia dictada el 23 de septiembre del 2021, las 15h45, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; ergo, conforme la garantía normativa establecida en el artículo 273 numeral 3 del COGEP, en mérito de los autos, tomando en cuenta que, la pretensión plasmada en el in examine, ha sido en parte justificada con los hechos fijados como ciertos, en aplicación de los artículos 1454, 1561, 1856, 1888, 1889, 1891, 1897, 1920, y 1926 del Código Civil, se acepta parcialmente la demanda incoada por José Leonardo Serrano Sarmiento, en contra del ciudadano Luis Aníbal Aguas Vizuete, consecuentemente:* ***a)*** *Procede y se dispone la terminación del contrato de arrendamiento del inmueble rural o rústico denominado hacienda Santa Margarita de Cotogchoa;* ***b)*** *Procede y se ordena la desocupación y restitución de la hacienda Santa Margarita de Cotogchoa, por parte del demandado al actor, incluida la maquinaria y equipos constantes y detallados en el inventario anexo al contrato primigenio; sin embargo, esta consecuencia jurídica derivada de la terminación de la relación jurídica (contrato de arrendamiento), no puede enervar derechos de copropietarios del inmueble, que legalmente se justifiquen, en aplicación directa de los principios constitucionales invocados en la parte motiva de este fallo;* ***c)*** *Procede parcialmente el pago de los cánones arrendaticios demandados, calculados al valor de USD $ 4.000,00, mensuales, a partir de la fecha de mora, hasta la fecha de desocupación y entrega del bien inmueble arrendado, debiéndose descontarse los abonos realizados por la parte demandada, ya sea de manera directa o vía consignación judicial, todo lo cual debe ser liquidado pericialmente en la fase de ejecución;* ***d)*** *En lo demás se estará a lo resuelto por el ad quem.*

157. *Conforme lo dispuesto en el artículo 275 del COGEP, por cuanto el recurso de casación es aceptado parcialmente, se dispone la devolución de la caución consignada por el demandado; determinándose que el monto del cincuenta por ciento de la misma sea entregado al accionado, y el otro cincuenta por ciento al actor, perjudicado por la demora.*

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

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

CAUSA N°. 17230-2018-10523

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **David Jacho Chicaiza**

ACCIÓN
INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En la presente sentencia se declara la improcedencia del recurso de casación, presentado por la parte actora, por cuanto el Tribunal de apelación, en su resolución, respeta las normas procesales, cumple con la garantía de la motivación, y no incurre en ningún error en cuanto a la aplicación de las normas de derecho sustantivo pertinentes, al negar la demanda planteada.

Quito, martes 24 de octubre del 2023, las 16h03,

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por el abogado David Irigoyen, Procurador Judicial de San Telmo Resantelmo Cía. Ltda., en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*; el suscrito Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el medio de impugnación extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

I.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. El ciudadano Héctor Eduardo Avero Traverso, en representación de San Telmo Resantelmo Cía. Ltda., en juicio ordinario, demanda a Joseph Fouad Semaan Gazal, la "Resolución de Contrato e indemnización de perjuicios", en el siguiente contexto:

"(…) 2.1.1. Como se desprende de la Nómina de Socios expedida por la Superintendencia de Compañías el 10 de julio de 2018, la misma que se adjunta a la presente Demanda como ANEXO 1; soy el propietario del 50% del capital social de la Compañía SAN TELMO RESANTELMO CÍA. LTDA. y el Demandado el propietario del restante 50%.

2.1.2. Del mismo modo y como se desprende del nombramiento que se adjunta como ANEXO 2, de conformidad con lo establecido por la Ley de Compañías y los Estatutos de la mencionada sociedad, actualmente ejerzo el cargo de Gerente General y como tal Representante Legal de SAN TELMO RESANTELMO CÍA. LTDA.

2.1.3. Finalmente y como se desprende del Certificado de Gravámenes concedido por el Registro de la Propiedad del Distrito Metropolitano de Quito, el mismo que se adjunta como ANEXO 3; soy el propietario del 50% de derechos y acciones sobre el inmueble ubicado en la Calle Portugal Número cuatrocientos cuarenta [440], Parroquia Benalcazar, Distrito Metropolitano de Quito, (…) El referido inmueble fue adquirido por compra a Cuentas en Participación DIROPO por escritura pública otorgada el 18 de septiembre del 2012 ante el Notario Trigésimo Séptimo del Cantón Quito, inscrita en el Registro de la Propiedad del mismo Cantón el 19 de octubre del 2012. (…)

Sucede señor Juez que desde hace un año aproximadamente, el Demandado ha manifestado su deseo de comprar la totalidad de mis participaciones en la compañía SAN TELMO RESANTELMO CIA. LTDA., así como también, la totalidad de mis Derechos y Acciones sobre el inmueble ubicado en la Calle Portugal Número cuatrocientos cuarenta [440], Parroquia Benalcazar, Distrito Metropolitano de Quito.

Dicho deseo se puede constatar de las ofertas de compra escritas que se adjuntan a la presente Demanda como ANEXO 4; en donde Usted podrá corroborar con toda claridad los términos y condiciones propuestos por el Demandado para proceder con la suscripción de los diferentes documentos exigidos por la Ley para transferir en su favor tanto las participaciones de la compañía SAN TELMO RESANTELMO CÍA. LTDA., así como la totalidad de mis derechos y acciones sobre el inmueble detallado en los numerales anteriores

2.1.6. Como consecuencia de lo dicho señor Juez y como se evidencia del titulo que se adjunta como ANEXO 5, el 26 de febrero de 2018, en las oficinas del Demandado, mi Abogado, a nombre y representación mía en calidad de Representante Legal de la Compañía SAN TELMO RESANTELMO CÍA. LTDA, conjuntamente con el Demandado en calidad de Comprador. procedieron a suscribir una verdadera compraventa de Activos Fijos.. inventario perecible existente a aquella fecha y Marca "SAN TELMO", tal y como se evidencia del instrumento privado adjunto, fijándose como precio por los bienes vendidos la cantidad de USD 250.000,00 [DOS CIENTOS CINCUENTA MIL CON 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA] más los correspondiente al Impuesto al Valor Agregado y, se estableciéndose como fecha de entrega del inventario el 01 de marzo de 2018.

Como no podía ser de otro modo señor Juez, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Compraventa de 26 de febrero de 2018 y por solicitud del Procurador del Demandado, el Dr. Roberto Salgado Valdez, el 02 de marzo de 2018 se procedió a la constatación y entrega de los objetos vendido por mi Representada a los delegados del Demandado, esto es, a los señores Roberto Salgado Valdez [su Apoderado] y la señora Yadira León su contadora; quienes en el día y hora indicados acudieron a las instalaciones de mi Representada a constatar y recibir los bienes y objetos comprados, tal y como se probará de los testimonios a ser rendidos dentro de la Audiencia de juicio.

2.1.8. Sucede señor Juez que, mientras se estaba realizando la entrega de los bienes vendidos, la señora Yadira León [delegada del Demandado para constatar y recibir los objetos comprados] recibió una llamada del señor Semaan, en la que supuestamente se le habría manifestado que no continúe recibiendo el inventario. Minutos después habría recibido una nueva llamada instruyéndole que continúe haciéndolo.

2.1.9. En cualquier caso señor Juez y después de, al menos 6 horas de constatar y recibir a completa satisfacción el inventario vendido, el Apoderado del Demando, Dr. Roberto Salgado Valdez, manifestó que el 5 de marzo de 2018 acudirían a tomar posesión del mismo: ante lo cual y como no podía ser de otro modo, nosotros manifestamos que no había inconveniente. No obstante lo mencionado y de manera totalmente contraria a la negociación y a sus propios actos, el 05 de marzo de 2018 el Apoderado del Demandado, con profundo pesar y vergüenza de su cliente, nos llamó telefónicamente a efectos de darnos a conocer que el incumplido Comprador había decidido ya no proceder con la compra de los bienes, con el supuesto argumento de que ya no contaba con el dinero para adquirirlos debido a que el Demandado había obtenido un resultado negativo dentro de un Juicio que había entablado en contra de la Aduana Ecuatoriana.

2.1.10. Como usted entenderá señor Juez, la actuación del señor Joseph Semaan no solo que nos causó absoluta sorpresa e indignación, sino que se constituyó en un verdadero acto reprochable y contrario a las normas del Código Objetivo Civil que regulan al Contrato de Compraventa y que cualquier ciudadano, por más ignorante que fuere, está consciente que habiéndose celebrado dicho tipo contractual en calidad de Comprador, está en la obligación jurídica de pagar el precio y recibir las cosas compradas en el plazo establecido en el acto jurídico, so pena de que el contratante cumplido pueda acudir a la justicia a solicitar tutela judicial efectiva para que el juzgador, dotado de potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, garantice el derecho establecido por el art. 1813 del Código Civil, esto es, el derecho para solicitar el cumplimiento forzoso de pago del precio o la resolución del contrato, en ambos casos con la indemnización de los perjuicios causados, resolución de perjuicios y reclamación de daños y perjuicios que justamente se constituyen en el objeto de la presente Demanda.

2.1.11 Cabe destacar señor Juez que como se evidencia del ANEXO 7, mi Representada incurrió en sendos gastos como consecuencia de la venta del inventario objeto del presente contrato, especificamente, se obligó a adquirir toneladas de carne a fin de que pueda continuar el negocio de expendio de alimentos que se constituye en su actividad económica. Esto sin perjuicio del pago que se tuvo que incurrir a efectos de mudar la contabilidad de la Compañia y para la contratación personal y abogado para la entrega del inventario comprado y marca. Daños y perjuicios que deben ser indemnizados por el Demandado, toda vez que el incumplimiento incurrido es doloso, tal y como se probará en la Audiencia de Juicio a celebrarse en virtud de la presente Demanda. en las siguientes normas

2.1.12. Todos estos hechos señor Juez se subsumen jurídicas, jurisprudencia y doctrina (…)" (Sic).

2. De autos se verifica que el accionado Joseph Fouad Semaan Gazal, por medio de su procurador judicial, contesta la demanda y plantea las siguientes excepciones:

"(…) 4.1. EXCEPCIONES PREVIAS:

4.1.2. Falta de derecho para proponer la demanda o falta de legitimación en causa del actor Héctor Eduardo Avero Traverso, por que el supuesto "Contrato de Compraventa de activo fijo, inventario perecible y marca "San Telmo"", de 26 de febrero del 2018, implica la venta de bienes de terceros, estos los bienes de la compañía SAN TELMO RESANTELMO CÍA. LTDA. Acto para el cual no estaba facultado ni autorizado por la Junta General de Socios.

4.1.3. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.

En efecto, el Estatuto Social de la compañía SAN TELMO RESANTELMO CIA. LTDA., el cual no ha sido ni derogado, reformado o substituido estable en su artículo vigésimo tercero lo siguiente: (…)

5.-EXCEPCIONES.

En el supuesto no consentido de que no se acepten las excepciones previas planteadas, propongo las siguientes excepciones

5.1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda.

5.2. Inexistencia del "Contrato de Compraventa de activo fijo, inventario perecible y marca "San Telmo", de 26 de febrero del 2018", por las razones desarrolladas a plenitud en el numeral tres y de esta contestación, por no reunir los requisitos señalados en el artículo 1461 del Código Civil.

5.3. Inexistencia del "Contrato de Compraventa de activo fijo, inventario perecible y marca "San Telmo", de 26 de febrero del 2018, por falta de precio, esencia del mismo, de

conformidad a lo que dispone el artículo 1460 del Código Civil.

5.4. Nulidad del poder otorgado por Héctor Eduardo Avero Traverso en favor del Dr. David Irigoyen Rodríguez, por cuanto no estaba facultado para hacerlo y lo hace arrogándose funciones, poder que fue sustento para la firma del supuesto "Contrato de Compraventa de activo fijo, inventario perecible y marca "San Telmo", de 26 de febrero del 2018".

5.5. Plus petición. La cuantía de la demanda es absurda pues resulta que el daño causado es igual a la supuesta compraventa de activos fijos, inventario perecible y marca de fábrica "San Telmo". Esta valoración proviene de un acto nulo por la incapacidad de comparecer al acto de 26 de febrero del 2018, el apoderado del señor Héctor Eduardo Avero Traverso, ya que este último no estaba en facultad de otorgar poder alguno a nombre de la compañía SAN TELMO RESANTELMO CÍA. LTDA (…)" (Sic).

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

3. Desarrollado el proceso y llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, la doctora Celma Cecilia Espinoza Venegas, Jueza de la Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, emite su sentencia negando la demanda planteada, la misma que es reducida a escrito el miércoles 26 de febrero del 2020, las 16h49, en el siguiente contexto:

"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, aceptándose las excepciones planteadas por la parte demanda, se niega la demanda planteada por la parte accionante por ser improcedente. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 284 y 286 del Código Orgánico General de procesos al verificarse a mala fe y deslealtad procesal de la parte accionante se le condena en costas; así mismo, se les sanciona a los abogados Hernán Irigoyen Rodríguez, portador de la cédula de ciudadanía No. 1713229167, con matrícula profesional No. 13537 del Colegio de Abogados de Pichincha; y, al abogado David Ricardo Muirragui Palacios con cédula de ciudadanía No. 1713624128 y matrícula profesional No. 11543 del colegio de Abogados de Pichincha, con una multa de USD. 400,00; (…) Recursos: El abogado David Ricardo Muirragui Palacios, por no estar de acuerdo respecto de la multa impuesta en su contra, apela de la misma, cabe indicar que el prenombrado profesional, al terminar la audiencia pidió disculpas a esta juzgadora por su comportamiento en la audiencia de juicio; así mismo, la parte accionante, por no estar de acuerdo con la Resolución dictada, manifiesta que apela de todo. La suscrita conforme lo prevé el art. 262 del citado Código, se les concede el recurso de apelación en efecto suspensivo, indicándoles que deben estar a lo previsto en el art. 257 Ibídem (...)" (Sic)

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

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por las partes procesales, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, en sentencia de 13 de noviembre del 2020, las 09h58, niega el medio de impugnación deducido por la parte actora, y confirma la sentencia de la Jueza A quo, a su vez, acepta parcialmente el remedio procesal del demandado, en el siguiente sentido:

"(…) Por las consideraciones precedentes ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la compañía actora San Telmo Resantelmo Cia. Ltda. Se acepta el recurso parcial de apelación interpuesto por el demandado, reformando la sentencia subida en grado, en el específico punto de que se deja sin efecto la multa impuesta al abogado David Ricardo Muirragui Palacios, portador de la cédula de ciudadanía N° 1713624128, matrícula profesional 11543 del Colegio de Abogados de Pichincha, en lo demás se estará a la resolución constante en el fallo subido en grado jurisdiccional. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. NOTIFÍQUESE. (…)" (sic)

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal ad quem, antes referida, dentro del término legal, el abogado David Irigoyen, Procurador Judicial, de San Telmo Resantelmo Cía. Ltda., actora, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

6. El Doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de jueves 10 de junio del 2021, las 11h24,

admitió a trámite el recurso de casación propuesto por la parte actora, en el siguiente sentido:

> *"(…) SEXTO: RESOLUCIÓN. – (…) ADMITE a trámite el recurso por los casos 1, 2 y 5 del Art. 268 ibídem (…)" (Sic).*

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

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

8. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo[1], Himmler Roberto Guzmán Castañeda[2], y David Isaías Jacho Chicaiza[3], Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte.

9. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el lunes 8 de septiembre de 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del COFJ.

10. En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E), en la presente causa[4], al tenor del artículo 1 inciso segundo de la Resolución No. 02-2021, emitida por esta Alta Corte, en relación con el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021, ibídem.

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

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

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL

13. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

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

[1] Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[2] Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[3] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[4] Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

15. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **"6"** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los **casos 1, 2 y 5 del artículo 268 del COGEP**, respecto de los cuales, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

15.1. Sobre **la causal 1 del artículo 268 del COGEP**, señala:

> *"(…) 4.1.1.2.Como se evidencia claramente de la parte pertinente de la Sentencia impugnada, el Tribunal de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha considera que no hay omisión de solemnidad sustancial alguna que hubiere influido en la decisión de la causa; afirmación esta que resulta claramente desmotivada, esto se debe a que, como se verá a continuación, el Tribunal omite aplicar normas procedimentales que eran las únicas que le hubieren permitido ser competentes para pronunciarse sobre asuntos que, a pesar de que estaban expresamente reservados para que sean Árbitros los que resuelvan sobre aquellos, el Tribunal, pasando por alto el contenido de las normas procedimentales aplicables a la situación, optaron por emitir su aplicación y, de este modo, pronunciarse sobre hechos de los que carecían de competencia para hacerlo, viciando así el proceso de nulidad insubsanable tal y como se evidencia a continuación:*
> *4.1.1.3. De la parte dispositiva de la sentencia se evidencia con absoluta claridad que el Tribunal motiva su fallo, especialmente, en el contenido e interpretación que da a los Artículos Décimo Quinto y Décimo Séptimo del Estatuto Social de la Compañia SAN TELMO RESANTELMO CIA. LTDA., tal y como se evidencia a continuación: (…) 4.1.1.4.Al respecto señores Jueces es necesario mencionar que a efectos de que el Tribunal haya procedido a pronunciarse e, inclusive, interpretar el Estatuto Social para dictar su fallo, era imprescindible que analice si era competente para realizar tales gestiones. Aparentemente y del contenido del Considerando Tercero de la Sentencia Impugnada que fue ilustrado anteriormente, si se lo hizo, sin embargo y como consecuencia de ello es necesario poner a su conocimiento el sendo error y vicio en el que incurre el Tribunal al considerarse competente para realizar cualquier tipo de pronunciamiento en relación al Estatuto Social de la Compañia, cuando claramente no lo era; esto se debe a que, como se evidencia del contenido del Artículo Vigésimo Tercero del mismo Estatuto Social [obra del proceso], los únicos competentes para pronunciarse sobre cualquier asunto relativo al mismo es un Tribunal conformado por Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, tal y como se evidencia a continuación:" (…)*
> *4.1.1.5.No obstante lo ilustrado el Tribunal de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, resolvió que era competente para pronunciarse respecto del Estatuto Social de mi Representada y, no solo eso, sino para interpretarlo y utilizarlo para motivar su fallo; evidenciándose claramente el vicio en que se incurre en la Sentencia Impugnada, la misma que fue dictada por un Tribunal que carecía de competencia para pronunciarse sobre asuntos que en efecto se pronunció y, peor aún, para interpretar o motivar su fallo en cuestiones de las que no tenía competencia para hacerlo.*
> *4.1.1.6.Lo dicho y probado señores Jueces degeneró en que en la Sentencia se haya omitido aplicar el contenido de los arts. 5 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, así como también, lo previsto por los arts. 107 y 110 del Código Orgánico General de Procesos, los mismos que transcribo a continuación: (…).*
> *4.1.1.7.Como se evidencia claramente del contenido de los arts. 5 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el convenio arbitral es el acuerdo escrito entre 2 o más partes, en virtud del cual, deciden someter sus controversias a arbitraje, debiendo por tanto, la justicia ordinaria, inhibirse de conocer y/o pronunciarse sobre las cuestiones que las partes hubieren decidido ejercer el mencionado derecho, al punto que, en el evento de que decidieren pronunciarse sobre cuestiones que se encuentran sometidas a arbitraje, tal pronunciamiento resultará absolutamente nulo pues se habría actuado sin competencia para algunos y para otros tratadistas, incluso, SIN JURISDICCIÓN*
> *4.1.1.8. En el presente caso señores Jueces justamente se ha producido este yerro procesal, eso se debe a que en la Sentencia Impugnada no se realizó un debido examen de validez, toda vez que en ninguna parte de la misma se hace referencia al convenio arbitral incluido en el artículo Vigésimo Tercero del Estatuto y esto resulta verdaderamente grave debido a que*

en la parte dispositiva de la sentencia, la motivación, casi en su totalidad para rechazar la demanda, está basada en los artículos Décimo Quito y Décimo Séptimo del mismo Estatuto Social que contiene el convenio arbitral, razón por la cual, con más razón el Tribunal debía haber realizado un examen minucioso de su competencia ya sea para conocer de la causa, ya sea para resolver motivándose en un Estatuto Social que, por expresa disposición de las partes estaba reservado para que sean solo árbitros quienes puedan pronunciarse o interpretar sus estipulaciones. NO obstante lo dicho y como se evidencia claramente de la Sentencia, esto no sucedió, omitiéndose en consecuencia la aplicación de los arts. 5 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, así como también, lo establecido por los arts. 107 y 110 del COGEP; estos últimos que establecen que la competencia es una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias y, como consecuencia de ello, en caso de que el juzgador se percate de la omisión de aquella está en la obligación de declarar la nulidad de lo actuado ya sea de oficio ya sea a petición de parte, remitiendo el proceso al juzgador competente. Situación esta que también fue omitida en la Sentencia impugnada y que evidencia el yerro en que incurre y la necesidad de que deba ser casada. 4.1.1.9.Cabe recalcar señores Jueces que si el Tribunal iba a motivar su decisión en cuestiones sujetas expresamente a arbitraje, debió inhibirse de conocer la causa o, de lo contrario, si creía tener competencia debió motivar su fallo únicamente en la relación jurídica que no estaba sujeta arbitraje como efectivamente debió hacer, sin basar su fallo en el Estatuto Social, puesto que con independencia de la incompetencia que tenía al hacerlo, los artículos que aplicó tampoco son procedentes para motivar su fallo, como se verá más adelante. (…)" (Sic)

15.2. Sobre el **caso 2 del artículo 268 del COGEP**, señala:

"(…) 4.2.1.2. Como se evidencia claramente de lo transcrito de la sentencia impugnada, el Tribunal declara la validez procesal aún cuando, como se mencionó anteriormente, debía haber realizado un análisis acerca de su competencia para pronunciarse en relación al Estatuto Social de la Compañía, más aún si iba a motivar su parte dispositiva en aquel. (…), demostrándose así el yerro procesal en el que incurre la Sentencia impugnada y la necesidad de que la misma sea casada por violentar un Derecho de orden Constitucional como es el de la Motivación de todo fallo judicial, el mismo que se encuentra consagrado en el art. 76 numeral 7 literal 1) de la Carta Fundamental, el mismo que transcribo a continuación: (…)
4.2.1.3. Al respecto la Corte Constitucional, en una de sus sentencias de obligatorio cumplimiento y citada en varios otros de sus fallos, se ha pronunciado de la siguiente manera:
Corte Constitucional.(…)
Las decisiones judiciales para que se consideren debidamente motivadas deben contener al menos tres requisitos, a saber: a) Razonabilidad, (…) b) Lógica, (…) y, c) Comprensibilidad (…)
4.2.1.5.En este orden de ideas y postulados de obligatorio cumplimiento se evidenció que la sentencia recurrida incumple absolutamente su obligación de motivar su resolución respecto a la validez procesal, especialmente, en relación a su competencia para pronunciarse sobre asuntos que, no solo que no eran objeto del proceso, sino que las partes habían reservado su pronunciamiento o interpretación a la decisión de un Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. Sin perjuicio de lo dicho, la falta de motivación no se limita únicamente a la decisión relativa a la validez procesal. sino que se la encuentra en la parte dispositiva también, tal y como se ilustra a continuación: (…)
4.2.1.6.Como se evidencia claramente de las fotografías ilustradas, la sentencia impugnada hace una serie de aseveraciones como que, por una parte, el instrumento privado que obra a fojas 7 y 8 del proceso contiene, entre otros, los acuerdos que, según la sentencia impugnada, me permito transcribir a continuación textualmente de la misma: "En el segundo párrafo establecen que las partes acuerdan comprar y vender el 50% del inmueble que identifican, los activos fijos, el inventario perecible y la marca San Telmo, asignándoles valores [...] En el tercer párrafo determinan el valor del 50% de todos los bienes, como valor a pagar, sin establecer a cargo de quién son las obligaciones de pago. En el párrafo cuarto se manifiesta que por el valor de USD 250.000, por inventario, activos fijos nombre comercial, la compañía emitirá facturas [...]". No obstante y a reglón seguido la Sentencia señala que si bien dicho instrumento privado prueba aquello, no es menos cierto que "lo que se deja constancia es de la comparecencia de las personas a la reunión

y no de la calidad en la que lo hacen, y con esta deficiencia se mezclan bienes de propiedad de la empresa demandante, negociándolos, sin tener poder alguno para hacerlo, con bienes de propiedad exclusiva de los socios"

4.2.1.7.Respecto a dichas aseveraciones señores Jueces es necesario mencionar que resulta absolutamente contradictorio y, por lo tanto, carente de motivación [respecto de los requisitos de lógica y razonabilidad] que se afirme que el instrumento privado que obra a fojas 7 y 8 del proceso prueba el acuerdo de comprar y vender determinados bienes e, inclusive, la emisión de facturas de venta por parte de LA COMPAÑÍA y, al mismo tiempo, se señale que lo que realmente prueba el instrumento privado es la comparecencia de personas a la reunión ***Y NO LA CALIDAD EN LA QUE LO HACEN****, lo que, en criterio del Tribunal, sin enunciar ninguna norma que ampare tal criterio, hace inviable el pago de daños y perjuicios por incumplimiento contractual por 2 razones a saber: "Porque la compañía hoy accionante no otorgó mandato o poder en los términos del estatuto social a ninguna de las personas que comparecen a la reunión y firman el documento que se analiza y segundo porque en este, se pacta una transferencia de dominio de un bien inmueble, sin que se haya cumplido el expreso mandato contenido en el art. 1570 del Código Civil [...] en debida concordancia con el Art. 1718 ibidem [...]". En relación a estos puntos que, cabe recalcar, parece ser la motivación de la parte dispositiva de la sentencia es necesario destacar lo siguiente:*

4.2.1.7.1. Resulta claro y evidente que en esta parte de la sentencia, al igual que en lo relativo a la validez procesal que se analizó anteriormente, tampoco se realiza un ejercicio argumentativo razonable, lógico y compresible respecto a que la supuesta falta de otorgamiento de un mandato en los términos establecidos por el estatuto social o por cualquier otro estatuto que se constituya en el presupuesto de hecho de, vaya a saberse qué norma (no se enuncia en la sentencia), para que un acuerdo de voluntades para la compra y venta de bienes pierda los efectos jurídicos que le atribuye nuestro ordenamiento jurídico nacional; más aún cuando, en nuestro sistema de transferencia de dominio VALE INCLUSO LA VENTA DE COSA AJENA como es de conocimiento público requiriéndose nada más de la ratificación del dueño, tal y como lo prescriben los arts. 1754 y 1758 del Código Objetivo Civil. De ahí que resulta claro y evidente la falta de motivación de la sentencia, pues no solo que no enuncia norma jurídica alguna que establezca que la falta de emisión de un poder en los términos de cualquier estatuto social, se constituya en un hecho suficiente para extinguir los efectos que produce un acuerdo de voluntades, sino que no se hace ningún tipo de ejercicio argumentativo lógico, razonable y comprensible que permita entender adecuadamente las razones por las que el Tribunal adoptó la decisión que adoptó con relación a este hecho y el porqué de que el mismo se constituya ahora en un nuevo modo de extinguir las obligaciones legalmente contraídas e, incluso, parcialmente ejecutadas por las partes debatientes, quedando demostrado así un yerro más en que incurre la sentencia impugnada.

4.2.1.7.2. Sin perjuicio de lo dicho y en relación al segundo hecho que motivaría la sentencia recurrida, esto es, a que supuestamente en el instrumento privado que obra a fojas 7 y 8 del expediente se habría pactado una ***TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE UN BIEN INMUEBLE SIN OBSERVARSE EL CONTENIDO DEL ART. 1570 DEL CODIGO CIVIL****: es necesario mencionar que la simple lectura de tal aseveración pone en evidencia la falta de motivación en que incurre la sentencia, esto se debe a que primero afirma de manera abiertamente errónea que en el instrumento privado objeto del proceso se habría pactado "una transferencia de dominio de un bien inmueble"; pacto que cabe mencionar es completamente falso y no se entiende la razón por la que el Tribunal hace tal aseveración, pues en ninguna parte del instrumento privado que obra a fojas 7 y 8 del proceso se señala que en virtud de él se procederá con la transferencia de dominio de un inmueble y mal podría habérselo hecho, toda vez que la adquisición del Derecho de Propiedad de un bien inmueble requiere, necesariamente, de la inscripción del TÍTULO respectivo [compraventa, permuta, donación, sentencia de prescripción, etc] en el Registro de la Propiedad del correspondiente cantón, tal y como lo establece el art. 702 del Código Objetivo Civil. De ahí que no se logra comprender la razón por la que el Tribunal hace semejante aseveración, más aún cuando, como consecuencia de ella, se ha leído y releído el instrumento privado objeto del proceso, evidenciándose con toda certeza que en ninguna parte de él*

se hace referencia a transferencia de dominio de bien inmueble alguno que haya, si quiera, hecho dudar al Tribunal, de modo que se haya podido realizar semejante aseveración. Más grave que lo señalado resulta el hecho que la falta de motivación, además de demostrarse con lo mencionado, queda completamente probada con la simple remisión al art. 1570 al que hace referencia la Sentencia al realizar tal afirmación, el mismo que me permito transcribir a continuación: (…)

*Como se evidencia claramente de la simple lectura del art. 1570 del Código Civil, no hay cuestionamiento alguno en relación a que este regula **EL CONTRATO DE PROMESA DE CELEBRAR CONTRATO**, el mismo que no guarda relación alguna con la **TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE BIENES**, como se refiere el Tribunal al momento de citarlo; evidenciándose de esta manera la carencia de un ejercicio argumentativo coherente, razonable, lógico y comprensible en la parte dispositiva de la sentencia que permita entender el porqué de la decisión. Esto se debe a que resulta abiertamente irrazonable que se señale que las obligaciones contenidas en un instrumento privado no pueden ser reclamadas debido a que contienen la transferencia de dominio de un bien inmueble, fundamentándose para aquello en lo establecido en un artículo [1570 del Código Civil] que regula los requisitos de validez y existencia de un contrato que da nacimiento a la obligación de celebrar otro contrato, con independencia de qué tipo de negocio jurídico sea y que, por lo tanto, nada tiene que ver con la transferencia de dominio de bienes muebles o inmuebles, esto se debe a que, por expresa disposición del art. 702 del Código Civil, así como también, de abundante jurisprudencia y doctrina al respecto, la promesa de celebrar contrato **NO SE CONSTITUYE EN TÍTULO ALGUNO QUE VIABILICE TRANSFERENCIA DE DOMINIO ALGUNA DENTRO DE NUESTRO SISTEMA DE TÍTULO-MODO NECESARIO PARA ADQUIRIR EL DERECHO DE PROPIEDAD DE UNA COSA MUEBLE O INMUEBLE** evidenciándose de esta manera que la norma a la que hace referencia la sentencia no guarda relación alguna con el supuesto de hecho que utiliza para aplicarla, quedando absolutamente claro la forma en la que la sentencia incurre en un yerro más relativo a la falta de motivación.(…)" (Sic)*

15.3. Sobre **la causal 5 del artículo 268 del COGEP,** señala:

"(…) 4.4.1.2. Como se evidencia claramente de la parte de la sentencia ilustrada, el objeto del juicio quedó consolidado en la procedencia y/o improcedencia de la resolución del contrato suscrito por las partes y el pago de daños y perjuicios por el incumplimiento frente a la falta de derecho de la actora para presentar la demanda y la inexistencia del contrato. (…) No obstante lo señalado, el Tribunal no solo que no aplicó la mayoría de normas que debía aplicar, sino que las pocas que aparentemente lo hizo, lo realizó de manera indebida tal y como se demostrará más adelante. De todos modos, las normas inaplicadas resultan ser las siguientes:

4.4.1.2.1. Habiéndose incluido en el objeto del proceso la posible inexistencia del contrato, éste debía constituirse en el primer análisis que se debió realizar en la parte dispositiva de la sentencia, para lo cual el Tribunal solo debió remitirse a citar y analizar el contenido del art. 1740 del Código Civil que establece desde cuándo existe la compraventa, señalándose al efecto que se reputa perfecta y, por lo tanto existente, DESDE EL MERO ACUERDO DE COSA Y PRECIO CUANDO LAS COSAS VENDIDAS SON MUEBLES COMO SUCEDE EN EL PRESENTE CASO, en el que, de la simple lectura del instrumento privado que obra a fojas 7 y 8 del expediente se prueba con absoluta certeza que la celebración del mismo tuvo por objeto dejar constancia que la intención de las partes era comprar y vender, respectivamente, el activo fijo, inventario perecible y marca san telmo, tal y como se evidencia de la simple lectura del mismo y más aún, de las PROPIAS DECLARACIONES RENDIDAS DENTRO DEL PRESENTE JUICIO TANTO POR LA PARTE ACTORA COMO DEMANDADA, ASÍ COMO DE LAS CORRESPONDIENTES DECLARACIONES TESTIMONIALES RENDIDAS AL EFECTO. (…)

4.4.1.2.2. Una vez que el Tribunal hubiere concluido con el examen de existencia del contrato objeto del presente juicio [examen que, como se analizó en el sub numeral anterior, NO SE REALIZO, CONSTATANDOSE ASÍ EL YERRO EN EL QUE INCURRE LA SENTENCIA), se debía proceder con el análisis de validez del Acto Jurídico en cuestión; para lo cual lo primero que se debió verificar es que el documento que obra a fojas 7 y8 del expediente no contenga ninguna de las causales de nulidad

absoluta previstas por el primero y segundo inciso del art. 1698 del Código Objetivo Civil, el mismo que establece lo que transcribo a continuación: (…)
Afirmo que el Tribunal debía realizar dicho examen aplicando, en primer momento, el art. 1698 del Código Civil, debido a que de conformidad con lo previsto por el art. 1699 del mismo Cuerpo de Normas, los juzgadores están en la obligación de declarar la nulidad de un Contrato DE OFICIO si éste presenta vicios que lo hagan absolutamente nulos, razón por la cual, con independencia de que cualquiera de las partes haya alegado o solicitado que se declare la nulidad absoluta del contrato, los juzgadores están obligados a hacerlo por expreso mandato, tal y como se evidencia a continuación: (…)
De ahí que no cabe duda alguna que, después de haber realizado el examen de existencia del contrato y haberlo declarado existente, la sentencia debió continuar exponiendo el respectivo examen de validez del mismo, empezando por verificar si aprobaba el análisis de nulidad absoluta que es la única que se debe declarar de oficio por los Jueces. No obstante lo mencionado y como se evidencia de la parte dispositiva de la Sentencia, en ninguna parte de la misma se realizó examen de existencia ni de nulidad absoluta alguna, omitiéndose en consecuencia la aplicación de los arts. 1698 y 1699 del Código Objetivo Civil, los mismos que necesariamente se debieron aplicar, al igual que los citados anteriormente, en caso de que no se haya querido dar ningún valor al contrato que obra a fojas 7 y 8 del expediente, como en efecto no se le dio. No obstante tan razonable y necesario examen en caso de quererse fallar como se falló, la Sentencia no incluye ejercicio argumentativo alguno al respecto, evidenciándose así una razón más por el que el fallo impugnado debe ser casado.
4.4.1.2.3. Con posterioridad al examen de existencia y nulidad absoluta del contrato objeto del presente juicio, la sentencia necesariamente debió realizar un análisis de nulidad relativa del mismo. Este paso es posterior a los anteriores, debido a que la declaración de nulidad relativa de un Negocio Jurídico, requiere, obligatoriamente, que sea solicitado por alguna de las partes, tal y como lo establece el art. 1700 del Código Civil el mismo que transcribo a continuación: (…)
*Como se evidencia claramente del contenido del art. 1700 del Código Objetivo Civil, la declaración de nulidad relativa de un Contrato necesariamente requiere de, a diferencia de la nulidad absoluta, que alguna de las partes lo haya solicitado, situación esta que, como se evidencia tanto de la demanda como de la contestación a la misma, **JAMÁS SUCEDIÓ**, debiéndose concluir entonces que el Contrato objeto del presente juicio **NO SOLO NO DECLARADO RELATIVAMENTE NULO, SINO QUE CUALQUIERA DE SUS POSIBLES CAUSALES DE NULIDAD RELATIVA QUEDARON COMPLETAMENTE SANEADAS POR LA RATIFICACIÓN TACITA REALIZADA POR LAS PARTES POR SU FALTA DE SOLICITUD DE QUE SE ANULE EL CONTRATO BAJO ESTE PRESUPUESTO**. Este análisis y conclusión al que inevitablemente debió llegar la sentencia debido a que cualquiera que sea diferente necesariamente seria contradictorio con la forma en la que se trabó la litis. también fue omitido de incluirse en el fallo impugnado y, por lo tanto, se dejó de aplicar, además de los citados anteriormente, el contenido de los siguientes artículos:*
CÓDIGO CIVIL
Art. 1710.- (…)
Art. 1712.- (…)
Art. 1715.-(…)
Es importante referirnos a estos artículos debido a que, si bien en la Sentencia no se hace un examen ni pronunciamiento sobre la existencia, nulidad absoluta ni relativa del contrato objeto del presente juicio, al mismo tiempo se señala que mi Representada no tenía derecho a demandar de conformidad con lo previsto por los arts. 1505 en concordancia con el art. 1830 del Código Objetivo Civil, basándose para dicha conclusión en hechos tales como: 1) Que el Representante Legal habría otorgado poderes sin autorización para hacerlo conforme al Estatuto Social, lo que se traduciría en un vicio de incapacidad acarrearía la nulidad relativa del negocio jurídico objeto del juicio, en la celebración del contrato que aplicación de lo previsto por el art. 1698 del mismo Cuerpo de Normas, al no encontrarse este vicio dentro de aquellos que ocasionan la nulidad absoluta de los Actos Jurídicos y por no haber sido celebrado por una persona considerada absolutamente incapaz conforme lo establecido por el primero y segundo inciso del art. 1463 del Código Civil, 2) Que se habría celebrado el contrato en contravención del Estatuto Social de la Compañía por haberse sobrepasado el

límite fijado en el mismo para la celebración de contratos superiores a USD 10.000,00 y: 3) Que, supuestamente, no aparece del contrato las personas que comparecieron a la celebración del mismo y que, por lo tanto, mi Representada no tenía derecho a demandar.

Como se puede apreciar de la sentencia, todos estos argumentos que son recogidos para motivar la supuesta falta de derecho de mi representada, no son más que posibles causales de nulidad relativa del negocio jurídico objeto del presente juicio, sin embargo, como se dijo más atrás, la sentencia no hace examen ni pronunciamiento alguno respecto a ningún tipo de nulidad que lo afecte, así como tampoco, respecto de su existencia, evidenciándose así lo incongruente de la misma. Esto se debe a que, si la falta de derecho de mi Representada para reclamar el incumplimiento del contrato se debía a que éste era relativamente nulo, la SENTENCIA TENÍA QUE HABER DECLARADO LA NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO, DE MODO QUE SEA PROCEDENTE EL AFIRMAR LA FALTA DE DERECHO DE MI REPRESENTADA PARA RECLAMAR SU INCUMPLIMIENTO. PERO ESTO NO SOLO QUE NO LO HIZO, SINO QUE TAMPOCO LO PODÍA HACER DEBIDO A QUE COMO SE MENCIONÓ ANTERIORMENTE, NINGUNA DE LAS PARTES SOLICITARON QUE SE DECLARE LA NULIDAD RELATIVA DEL MISMO, SIENDO IMPOSIBLE PARA EL TRIBUNAL DECLARARLO DE OFICIO SO PENA DE ACTUAR EN CONTRA DE NORMA EXPRESA.

De ahí que no se entiende la forma en la que se motivó la parte dispositiva de la sentencia, al desechar la demanda en base a una supuesta falta de derecho de mi Representada, sin antes haber declarado la inexistencia, nulidad absoluta o relativa del contrato; puesto que, salvo dichas situaciones, no procede la mencionada excepción ya que el contrato sigue siendo existente y válido mientras en sentencia ejecutoriada no se declare lo contrario y esto por expresa aplicación del Principio Universal del Derecho que se encuentra recogido también en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente, en el art. 1561 del Código Civil, el mismo que tampoco fue aplicado. De ahí que no cabe duda respecto a las omisiones de aplicación de las normas citadas anteriormente en la parte dispositiva de la sentencia y que debían ser aplicadas conforme con el objeto del presente juicio, razón por la que con certeza se puede afirmar que la sentencia incurre en el presupuesto de hecho necesario para que de deba ser casada.

4.4.1.3.Por otro lado y sin perjuicio de que, como se mencionó anteriormente, al no haberse realizado pronunciamiento alguno en la sentencia impugnada respecto a la existencia ni a la nulidad absoluta ni relativa del contrato de compraventa de inventario, activo fijo y marca objeto del presente juicio, debe concluirse entonces que el Tribunal lo encontró existente y válido y no podía ser de otro modo, pues de su simple lectura se evidencia con toda certeza que cumple con los requisitos de existencia, tales como: 1. Consentimiento. 2. Objeto y Solemnidad prevista en la ley en determinados casos. Así como también, que cumple con los requisitos de validez, los mismo que son: 1. Consentimiento libre de vicios. 2. Objeto lícito. 3. Causa licita. 4. Formalidades establecidas en la ley. No obstante dicha afirmación y considerando que la sentencia impugnada omitió realizar un pronunciamiento en tal sentido, es oportuno proceder con un análisis a fin de dejar claro cualquier duda al respecto y. consecuentemente, enunciar con certeza las normas que se omitieron aplicar. sin perjuicio de que varias de ellas ya se citaron anteriormente, análisis que se lo realiza en los siguientes términos:

4.4.1.3.1. Consentimiento (…)

Dicho esto y de la simple lectura del contrato que obra a fojas 7 y 8 del expediente se evidencia con toda certeza que se produjo un acuerdo de voluntades respecto a un determinado objeto jurídico, tal y como se lo reconoce en la propia sentencia recurrida. El objeto jurídico no es la cosa en sí misma, sino las obligaciones que van a nacer como consecuencia de la celebración del contrato y en el presente caso, fue la de comprar y vender, respectivamente, el inventario, activo fijo y marca san telmo, evidenciándose así, con toda claridad, que el negocio jurídico en cuestión contiene un consentimiento claro sobre un determinado objeto jurídico, omitiéndose aplicar, por decir lo menos, los artículos 1454 y 1740 del Código Objetivo Civil, los mismo que contienen, en el primer caso, los requisitos de existencia de los negocios jurídicos en general y, en el segundo, los que se aplican específicamente para la compraventa.

4.4.1.3.2. Objeto

Del mismo modo, el examen de existencia requiere de la verificación de que el negocio jurídico contenga un objeto, el mismo que, como bien señala Arturo Alessandri en su Tratado de Derecho Civil, el objeto que debe establecerse

para determinar la existencia de un contrato de compraventa son: "la de entregar la cosa para el vendedor y la de pagar el precio para el comprador. En este sentido y tal y como se evidencia del instrumento privado que obra a fojas 7 y 8 del expediente, en el mismo se recoge un acuerdo de las partes respecto de la entrega de la cosa por parte del vendedor [mi Representada], como de pagar el precio por parte del comprador [Demandado], cumpliéndose así con el requisito de existencia de un negocio jurídico de contener un objeto con independencia, hasta este punto, de que el mismo sea lícito o ilícito pues, como se dijo antes, esta distinción se lo hace en el examen de validez.
4.4.1.3.3. Solemnidad
Finalmente, el examen de existencia de los actos jurídicos requiere de la verificación de que éstos cumplan con la solemnidad establecida en la ley para su celebración. En el presente caso, como se dijo anteriormente. tratándose de una compraventa de activo fijo, inventario, y marca, cosas estas que no contenían bienes raíces ni ninguna otra que la ley haya establecido la necesidad de que los contratos relativos a ellos cumplan otro tipo de solemnidad que no sea el acuerdo de las partes [Contrato Consensual], se debe concluir entonces que el instrumento privado que obra a fojas 7 y 8 del proceso, no debía cumplir, como en efecto no cumplió, con ninguna solemnidad adicional que el acuerdo de voluntades y, por lo tanto, que es existente. Para llegar a esta conclusión, la sentencia debió analizar también el contenido de los arts. 1459 y 1740 del Código Civil, los mismos que tampoco aplicó en el primer caso y lo hizo de manera indebida en el segundo, debiéndose concluir entonces que el fallo debe ser casado por abundante razones.
Sin perjuicio de lo mencionado, en este punto es importante señalar también que, debido a que en varias partes de la sentencia impugnada se hace pronunciamientos sobre supuestos bienes raíces que se habrían incluido en el contrato, lo cierto es que en el mismo lo que se incluyó fueron algunos ACUERDOS DE NATURALEZA ACCIDENTAL [Art 1460 del Código Civil] relativos a un bien inmueble de propiedad de terceras personas sin que ninguna norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano haya prohibido realizar tales declaraciones, sino que por contrario y como bien lo establece el art. 1460 del Código Objetivo Civil, el legislador ha permitido que las partes que celebran un determinado el contrato estén la absoluta libertad de incluir declaraciones y/o acuerdos que no tengan relación alguna con aquellos que le corresponde conforme a su esencia ni naturaleza del mismo; debiéndoseles agregar como acuerdos o declaraciones especiales, tal y como se evidencia a continuación:
Código Civil
*Art. **1460.-** (…)*
Este artículo no fue aplicado ni analizado en ninguna parte de la sentencia impugnada; aplicación que debía darse debido a que el tribunal se refiere a que en contrato que obra a fojas 7 y 8 del proceso versaba, supuestamente. sobre un inmueble, debiendo por tanto analizar si lo señalado en el instrumento privado sobre el bien raiz era parte de la esencia del contrato o, si de lo contrario, era una mera declaración accidental al amparo de lo previsto por el art. 1460 del Código Civil, […]
*De la simple lectura de la parte pertinente del contrato objeto del presente juicio se evidencia con toda certeza que los contratantes hacen una declaración para la **CELEBRACIÓN DE UNA PROMESA DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE.** Resulta claro y evidente que la intención de las partes **NO ERA QUE EL DOCUMENTO QUE OBRA A FOJAS 7 Y 8 DEL EXPEDIENTE SE CONSTITUYA EN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN RAÍZ, NISIQUIERA EN UNA PROMESA DE COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE**, sino única y exclusivamente, **REFERIRSE A LA CELEBRACIÓN DE UN NEGOCIO JURÍDICO QUE NISIQUIERA SE CONSTITUYE EN TÍTULO TRASLATICIO DE DOMINIO, COMO ES LA PROMESA DE CELEBRAR CONTRATO**, evidenciándose así que resulta absurdo señalar que en el contrato objeto del presente juicio se prometió la venta o se compró un bien raíz, como se lo señala en la sentencia impugnada, puesto que, de manera clara y expresa, las partes incluyeron en el mismo que su intención era que, a través de él, quede constancia que estaban de acuerdo en celebrar una Escritura Pública de Promesa de Compraventa de inmueble y, posterior a ello y como no podía ser de otro modo, celebrar la Escritura Pública de Compraventa del Bien Raiz. De ahí que no se entiende la razón por la que el Tribunal realiza afirmaciones tales como que el contrato objeto del presente juicio sería una promesa de compraventa o una compraventa de bien inmueble. cuando en ninguna parte del mismo se señala aquello, evidenciándose*

así el yerro en el que se incurre en la sentencia y la falta de aplicación de los arts. 1576, 1577, 1578 y 1579 del Código Civil, los mismos que transcribo a continuación (…)

*Los citados artículos establecen, de manera mandataria, la forma en la que se deben interpretar los contratos, siendo la primera que se debe aplicar aquella que establece que, lo que impera realmente a la hora de establecer los efectos de un negocio jurídico, **ES LA INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES**, más que lo literal de las palabras que se pudieron haber incluido en el instrumento público y/o privado que lo recoge. Esta norma necesariamente debió aplicarse y se omitió hacerlo en la sentencia impugnada, y se la debió aplicar no solo debido a que siempre que se está interpretando un acto jurídico se lo debe hacer, sino que con más razón en una controversia en la que el juzgador tiene dudas respecto de los acuerdos llegados por las partes, como en efecto señala haberlas tenido el Tribunal en la sentencia impugnada. Sin embargo y como se desprende de la lectura del fallo recusado, no solo que se omite aplicarla, sino que se llega al extremo de manifestarse que no se da valor alguno a las Declaraciones de Parte rendidas en el juicio en las que, bajo juramento, se dio a conocer al juez las intenciones de los contratantes en relación al negocio jurídico objeto del presente juicio, en las mismas en las que, sin duda alguna, ambos contendientes señalaron que con la celebración del contrato que obra a fojas 7 y 8 del proceso, **NO PROMETIERON LA COMPRA MENOS AÚN VENDIERON NINGUN TIPO DE INMUEBLE DE SU PROPIEDAD NI DE TERCERAS PERSONAS**, tal y como se puede apreciar del audio correspondiente. De ahí que no se entiende cómo en la sentencia se hace semejantes afirmaciones en contra del propio documento, pero más grave aún, de las propias declaraciones de las partes. evidenciándose así la gravísima falta que contiene la sentencia y la errada forma en la que se dictó la decisión.*

*Cabe mencionar también que, aún en el evento de que el Tribunal hubiere considerado que el contrato que obra a fojas 7 y 8 del expediente debía haberse celebrado por instrumento público debido a que contenía **MERAS DECLARACIONES** respecto de un inmueble, en aplicación de lo previsto por los arts. 1578 y 1579 del Código Civil, el Tribunal debió llegar a la misma conclusión en el sentido que, por expresa disposición de los artículos citados anteriormente, debe interpretárselo de la forma que se de validez al contrato más que aquella que lo invalide. De ahí que, si el Tribunal concluía que las declaraciones que se incluyeron en el contrato relativas al inmueble eran nulas, independientemente de que no prometían la compra y peor aún eran relativas a la venta efectiva del mismo, debió por tanto declarar la nulidad solamente de aquellas, dejando a salvo todo aquello que las partes tenía la intención de negociar, en efecto negociaron e, inclusive, como se probó dentro del juicio, dieron cumplimiento parcial a las obligaciones que emanaron del negocio jurídico en cuestión. Y esto se lo debió hacer con fundamento en las normas citadas anteriormente y en la jurisprudencia de obligatorio cumplimiento que se tenía que aplicar y omitió hacérselo, la misma que me permito transcribir a continuación: (…)*

*Como se evidencia claramente de la sentencia transcrita, la misma que recoge una jurisprudencia de obligatorio cumplimiento para los inferiores en la sentencia impugnada. en el peor de los escenarios, se debió declarar la nulidad de todas las declaraciones que se hubieren incluido en el Acto Juridico objeto del presente juicio y que fueren relativas a un inmueble, **DEJANDO A SALVO, POR EXPRESA DISPOSICIÓN DE LA LEY, TODOS LOS ACUERDOS QUE LAS PARTES TUVIERON LA INTENCIÓN DE LLEGAR, EN EFECTO LLEGARON Y DIERON INICIO AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE EMANARON DE LOS MISMOS**. No obstante tan fundamentado análisis, la sentencia impugnada omitió pronunciarse al respecto de manera total y, única y exclusivamente, aplicó normas de manera, no solo que indebida, sino que no hacían ninguna relación con el documento que a fojas 7 y 8 del expediente tal y como se analizará más adelante en la parte pertinente.*

4.4.1.3.4. Consentimiento libre de vicios

Posterior al análisis de existencia realizado en los numerales anteriores, la sentencia debió realizar un ejercicio analítico sobre la validez del instrumento privado objeto del presente juicio, empezando por determinar si el consentimiento recogido en él se encontraba libre de vicios que podrían haber acarreado su nulidad absoluta. En este sentido, los numerales 1 y 2 del art. 1461 del Código Civil establecen que para que una persona celebre un negocio válidamente con otra se requiere, entre otras

cosas, que sean legalmente capaces y que se consienta en el Acto de forma libre de vicios. En este orden de ideas, el art. 1462 del mismo Cuerpo de normas establece que, por regla general, toda persona es legalmente capaz, salvo aquellas que la ley las declara incapaces. Por su parte y respecto de los incapaces, el art. 1463 del Código Civil establece que, entre otros, son incapaces las personas jurídicas como es mi Representada, pero a región seguido se señala: "Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por la ley".

De lo dicho se desprende que las personas jurídicas son relativamente incapaces y, por lo tanto, sus actos, en concordancia con lo previsto por art. 1698 del Código Civil [causales de nulidad absoluta), solamente podría generar nulidad relativa, la misma que está sometida a condicionamientos citados anteriormente y que, por lo tanto, puede ser ratificada y/o saneada por el paso del tiempo y, en cualquier caso, requiere de solicitud de parte para que sea declarada.

En el presente caso señores Jueces y como se evidencia de la Demanda y la Contestación a la misma, el Demandado jamás alegó nulidad relativa alguna, ratificando y saneando cualquier asunto relativo a la incapacidad que se haya podido haber verificado juicio y, en consecuencia, no existiendo controversia alguna respecto de la capacidad de las partes que suscribieron el negocio jurídico, más aún cuando de las propias Declaraciones de Parte rendidas dentro del presente juicio, se ratificó expresamente la actuación realizada por el Mandatario del Representante Legal de la Compañía realizadas su nombre y representación y, por su parte, el Demandado Comprador se ratificó en que suscribió el documento con pleno conocimiento de causa para comprar los bienes ***MUEBLES*** *ahi establecidos e, inclusive, que acudió a recibirlos conforme al Contrato para cumplir con la obligación que contrajo.*

Sin perjuicio de tan sencillo análisis, es necesario mencionar que el Tribunal no lo realizó y, por el contrario, sin fundamentarse en norma jurídica alguna y violando expresamente el contenido de los artículos citados anteriormente, resuelve en la parte dispositiva del Fallo que, supuestamente, mi Representada no compareció a la celebración del documento debido a que, en su criterio, el Representante Legal estaba impedido de otorgar poderes a terceros conforme al Estatuto Social de la Compañía, siendo aquello motivo suficiente para dar lugar a la excepción de supuesta falta de Derecho. Al respecto es necesario preguntarse ¿qué sucede entonces con las normas citadas anteriormente? ¿Por qué se las desconoce o se omite aplicarlas? ¿En el evento de que se hubiere requerido de Autorización de la Junta para que el Representante Legal de Compañía otorgue un poder a favor de un tercero, en primera instancia no se debería haber demandado la nulidad de dicho poder o al menos alegarlo dentro del presente juicio a fin de que se lo declare? ¿Por qué no se declaró la nulidad del poder otorgado por el Representante Legal de la Compañía ni del contrato? ¿La falta de autorización de la Junta para el otorgamiento de un poder es una causal de nulidad absoluta o relativa? ¿Acaso el hecho de que el demandado, no solo que no haya presentado acción judicial de nulidad alguna en contra del poder, sino que ni si quiera haya llamado a junta para solicitar una explicación al respecto, siendo el propietario del 50% del capital social de mi representada, no se constituye en una ratificación tácita de la complacencia de su otorgamiento, so pena de quererse beneficiar de su propio dolo, más aún cuando sabe y es consciente que jamás se podrá demandar la nulidad del poder debido a que el propietario del 50% restante del capital social de la compañía es la persona que lo otorgó y ratificó en la audiencia o esto el correspondiente a fin de que él pueda comprar lo que solicitó y se constató de su propia declaración de parte dentro del juicio? ¿Cómo no vio esto el Tribunal? ¿Cómo se confunde la posible nulidad relativa de un acto jurídico como es el mandato, con los efectos de otro que es una compraventa? (…)

Primero señores Jueces, respecto de la posible nulidad o no del poder otorgado por el Representante Legal de la compañía demandante para la suscripción del contrato objeto del presente juicio, es necesario mencionar que, como se dijo antes, el Tribunal no solo que no tenía competencia alguna para pronunciarse de ninguna manera al respecto debido a que estaba reservado cualquier particular al efecto a un Centro de Arbitraje por expresa disposición de las partes, sino que tampoco podía hacerlo debido a que la parte Demandada jamás realizó tal alegación y menos aún solicitó que

se declare la nulidad del poder ni del contrato, siendo ésta la única posibilidad que tenía el Tribunal para analizar la relativa nulidad del poder y/o del contrato y modificar cualquiera de sus efectos. Situación esta que, como se dijo, no se lo hizo y ya no se lo puede hacer en el caso de la nulidad relativa, puesto que, como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, ésta solo procede a solicitud de parte, la misma que jamás se dio.

Como consecuencia de lo dicho, el analizar todo lo señalado en la sentencia respecto del Poder y la supuesta imposibilidad que tenía el Representante Legal de la Actora de conferirlo resulta absolutamente innecesario por el análisis realizado anteriormente, el mismo que resume en lo siguiente: 1. Cualquier asunto relativo a la validez o invalidez del Poder solo puede ser objeto de decisión de un Tribunal Arbitral. 2. El hecho de que se haya contado o no con autorización de la Junta para el otorgamiento del Poder, en cualquier escenario, es una causal de nulidad relativa que requería de solicitud de parte en tal sentido, y que al no habérsela solicitado, el Tribunal no puede declarar su nulidad. 3. Al ser válido el poder, mientras en sentencia ejecutoriada o mejor dicho Laudo Arbitral se declare lo contrario, lo celebrado a nombre del Representante Legal de San Telmo surte plenos efectos legales y no se puede decir entonces que la compañía no habría comparecido a la celebración del contrato y, como consecuencia de ello, motivar una supuesta extinción de las obligaciones que emanaron del otorgamiento del mismo. 4. No se evidencia incapacidad absoluta ni relativa alguna en el otorgamiento del poder ni de la compraventa objeto del presente juicio.

Bajo este sencillo análisis señores Jueces se puede concluir con toda certeza que la sentencia impugnada inaplica un sin número de normas que debía aplicar y descontextualiza absolutamente la naturaleza y objeto del presente juicio, esto sin dejar de lado que viola completamente con nuestra ordenamiento juridico contractual y de obligaciones, razón suficiente para que deba ser completa y absolutamente casada.

Para concluir es importante mencionar también que, dado que la sentencia no hace pronunciamiento alguno respecto de error, fuerza o dolo que se haya podido producir en el consentimiento de las partes, entonces se debe concluir que el consentimiento vertido fue manifestado con capacidad suficiente y libre de vicios.

4.4.1.3.5. Objeto Lícito

Respecto del objeto licito que se debía analizar para determinar la validez o nulidad absoluta del contrato objeto del presente juicio, es importante mencionar que las cosas vendidas no se encuentran prohibidas por la ley y. por lo tanto, son licitas, no habiendo por tanto objeto ilícito alguno que pueda acarrear la nulidad absoluta del contrato.

4.4.1.3.6. Causa Licita

El mismo análisis que el realizado en relación al objeto licito es el que se debe realizar y se reproduce con respecto de la causa en el sentido en que también tiene una causa lícita.

4.4.1.4. Por otro lado, la sentencia impugnada, en relación al art. 1561 del Código Objetivo Civil señala (…)

Como se evidencia claramente de lo establecido en la parte ilustrada de la sentencia, el Tribunal considera que no existe negocio jurídico entre las partes debido a que, supuestamente y en contra de las propias Declaraciones rendidas por las partes y del ordenamiento jurídico contractual, mi Representada no había comparecido a la celebración del negocio jurídico, razón por la que no le sería aplicable lo establecido por el art. 1561 del Código Civil. En relación a semejante afirmación es necesario señalar primero que no es que no se está aplicando el art. 1561 del Código Civil, pues se lo está haciendo al interpretar que el contrato objeto del presente juicio no sería un negocio jurídico entre los litigantes, sin embargo, por otra parte y de manera contradictoria, reconoce que si es un contrato pero omite señalar entre quienes se habría celebrado por lo tanto, quiénes habrían contraído las obligaciones ahi establecidas.

Cabe mencionar también señores Jueces que el razonamiento realizado en la sentencia sobre este aspecto, carece de cualquier lógica, razonabilidad y coherencia, puesto que resulta evidente que con dicha afirmación se estaría desconociendo la institución de la venta de cosa ajena que ha sido recogida y protegida por nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que resulta absurdo que se señale que mi Representada no compareció a la celebración del contrato debido a la supuesta y equivocada argumentación de que el Poder con que se lo hizo no podía otorgarse; pero más grave aún resulta el hecho de que en la sentencia, en el

evento de cualquier duda, se haya desconocido y dejado de aplicar la normativa pertinente a la venta de cosa ajena, la misma que, en cualquier escenario se debió acudir a fin de cumplir con lo establecido por el art. 1578 del Código Civil, no pudiéndose dejar en el aire, como en efecto se dejó, el contrato objeto del presente juicio bajo argumentos del todo infundamentados, evidenciándose así otra razón más por la que debe ser casada la sentencia.

4.4.2. Indebida aplicación de normas de Derecho Sustantivo

Finalmente señores Jueces la sentencia recurrida también aplica indebidamente los arts. 1570, 1718 y 1740 del Código Civil, tal y como se La sentencia impugnada, en relación al art. 1570 del Código Objetivo Civil […]

*Como se evidencia claramente de lo establecido en la parte ilustrada de la sentencia, el Tribunal considera que en el contrato objeto del presente juicio se pacta **UNA TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE BIEN INMUEBLE**, consecuencia de lo cual, según lo expuesto en el fallo, no se habría cumplido con lo establecido. por el art. 1570 del Código Civil, dándose lugar por lo tanto a la excepción de falta de derecho propuesta por el Demandado. Dicho esto resulta necesario verificar cuál es el contenido del art. 1570 citado dentro de la sentencia, por lo que me permito transcribir su texto a continuación: (…)*

Como se evidencia del contenido del art. 1570 del Código Civil, a través de este el legislador reguló al CONTRATO DE PROMESA DE CELEBRAR CONTRATO, el mismo que tiene los elementos de la esencia establecidos en la mencionada norma y que, en definitiva, no hace más que dar nacimiento a la obligación para los contratantes de celebrar el contrato prometido. De ahí que no se entiende la forma en la que en la sentencia se aplicó el analizado artículo, esto se debe a que, primero se señala que en el contrato objeto del presente juicio se pactó una transferencia de dominio de bien inmueble y a reglón seguido se cita el art. 1570 del Código Civil, el mismo que, como se dijo, regula la promesa de celebrar contrato y por lo tanto NISIQUIERA SE CONSTITUYE EN TÍTULO TRASLATICIO DE DOMINIO DE BIENES DE MODO QUE SE HAYA PODIDO MEZCLAR TAN DIFERENTES INSTITUCIONES. Pero más confuso aún resulta el hecho de que se haya enunciado a la promesa de celebrar contrato, aparentemente en el sentido de que el instrumento privado que obra a fojas 7 y 8 del proceso lo fuera, cuando de la simple lectura del mismo se pueda constatar de manera expresa que en ningún momento, con su celebración, estaban celebrando una promesa de compraventa de bien mueble o inmueble alguno, sino que por el contrario, dejaron expresa constancia que tenían la intención de celebrar, en un FUTURO, UN CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE UN BIEN INMUEBLE, evidenciándose así que, resulta absurdo por decir lo menos, que se haya interpretado al contrato objeto del presente juicio como una promesa de celebrar contrato y por lo tanto se haya aplicado el contenido del art. 1570 del Código Civil, pues hacerlo significaría pensar que las partes estaban celebrando, valga la redundancia, un CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA PARA CELEBRAR OTRO CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA, lo cual no solo que no se ajusta a los antecedentes de hecho que obran del proceso sino que resulta completa y absolutamente absurdo. (…)

Como se evidencia claramente de la fotografía ilustrada, el contrato objeto del presente juicio de manera expresa se refiere a que en una fecha determinada, las partes están de acuerdo en que CELEBRARÁN UNA PROMESA DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE, dejando absolutamente claro que a través de la celebración del mismo, NO SOLO QUE NO SE ESTA PROMETIENDO LA CELEBRACIÓN DE CONTRATO ALGUNO SINO QUE EL MISMO TAMPOCO SE CELEBRÓ PARA PROMETER, PEOR AÚN, PACTAR LA TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE INMUEBLE ALGUNO!!!!!!!!. De ahí que no se entiende cómo en la sentencia impugnada se aplica al art. 1570 del Código Civil cuando expresamente las partes están señalando que el instrumento privado objeto del proceso NO ES UN PROMESA DE COMPRAVENTA Y, POR EL CONTRARIO, ACUERDAN QUE CELEBRARÁN UNA EN LOS POSTERIOR. Quedando absolutamente claro el error cometido en la Sentencia por la indebida forma en la que aplicó el citado art. 1570 para motivar un fallo completamente infudamentado desde todas las perspectivas que se lo pueda ver (…)

4.4.2.2. Respecto del art. 1718 del Código Civil

En relación al art. 1718 del Código Civil, la sentencia impugnada lo aplica de la forma que se ilustra a continuación […]

Como bien se señala en la sentencia impugnada, el art. 1718 del Código Civil señala que

el instrumento público no puede suplirse por otra prueba cuando la ley establezca tal solemnidad para el perfeccionamiento de los Actos. De ahí que, como lo establece el mismo artículo, éste debe aplicarse siempre en concordancia con otro que determine la celebración del instrumento público para perfeccionamiento de determinado Acto o Contrato. No obstaste y de la simple lectura de la sentencia impugnada, ésta no recoge ningún tipo de referencia en relación a la norma conforme a la cual se encuentra aplicando el art. 1718 del Código Civil. Y no puede pensarse que se la aplica en relación con el contenido de la norma establecida por el art. 1570 del mismo Cuerpo de Normas puesto que, primero, no se hace una argumentación alguna en tal sentido y, por lo tanto, no puede suponérselo y, segundo; porque, como se analizó anteriormente, la sentencia señala que el contrato objeto del presente juicio pacta una transferencia de dominio de bien inmueble, aplicando, de manera errónea, el art. 1570 del Código Civil que regula a la promesa de celebrar contrato, aun cuando, como se evidenció anteriormente, en ninguna parte del negocio jurídico objeto del presente juicio se transfiere dominio de bien inmueble alguno y, tampoco, se celebra promesa de celebrar contrato de bien inmueble como equivocadamente señala el Tribunal, evidenciándose así la incongruencia del análisis recogido en el fallo sobre este respecto y, del mismo, de la errónea forma de la aplicación del art. 1718 del Código Civil, puesto que, si de manera expresa las partes señalado en el instrumento privado que no prometían ni transferían dominio de bien inmueble alguno mediante su celebración, mal puede entonces mencionarse que se requería de instrumento público sin enunciarse al mismo tiempo la ley que obligaba a las partes a otorgarlo de esta forma, exponiéndose de esta manera la forma errónea e incongruente en la que se aplicó el art. 1718 del Código Objetivo Civil, el mismo que no es aplicable para una ***COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES COMO LO ES EL ACTO JURÍDICO OBJETO DEL PRESENTE JUICIO TANTO EN CONFORME LOS TÉRMINOS INCLUIDOS EN EL COMO CONFORME LAS INTENCIONES DE LAS PARTES RECONOCIDOS EN LAS DECLARACIONES QUE RINDIERON DENTRO DEL PRESENTE JUICIO.***

4.4.2.3.Respecto del art. 1740 del Código Civil

En relación al art. 1740 del Código Civil la sentencia impugnada señala (…)

Como se evidencia de la parte ilustrada de la sentencia, el fallo aplica el art. 1740 del Código Objetivo Civil para argumentar erróneamente la supuesta falta de Derecho de mi Representada para demandar la resolución del contrato. Al respecto es necesario mencionar que, como se dijo anteriormente, el señalado artículo regula la forma en la que se perfecciona el contrato de compraventa, estableciéndose Su naturaleza ***CONSENSUAL EXCEPCIONALIDAD DE LA SOLEMNIDAD DEL INSTRUMENTO Y PÚBLICO EN DETERMINADOS CASOS COMO EN LA VENTA DE BIENES RAÍCES.*** *De ahí que si bien es correcto aplicar el art. 1740 del Código Civil, resulta completamente injustificado e infundamentado pretenderse argumentar que la compraventa objeto del presente juicio versa sobre un inmueble y, por lo tanto, se perfeccionaría con el otorgamiento del instrumento público que recoja el acuerdo de cosa y precio, esto se debe a que, como se lo ha dejado absolutamente claro, el negocio jurídico que obra a fojas 7 y 8 del proceso* ***NO DETERMINA TRANSFERENCIA DE DOMINO ALGUNA DE NINGÚN INMUEBLE, SINO DE MUEBLES*** *tal y como se desprende de su simple lectura y de la* ***PROPIA INTENCIÓN DE LAS PARTES EXPUESTA A TRAVÉS DE LAS DECLARACIONES QUE RINDIERON DENTRO DEL PRESENTE JUICIO:*** *evidenciándose asi que aplicar la excepcionalidad del instrumento público para la presente compraventa no es más que la indebida aplicación del art. 1740 del Código Civil y de las demás normas analizadas anteriormente y que su indebida forma de aplicarse se constituye, justamente, en las fundamentadas razones por las que se debe casar esta sentencia (…)" (Sic)*

V. PROBLEMA JURÍDICO

16. Delimitados los cargos en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si las censuras esbozadas están dotadas de sustento y argumento válido; al respecto, se delimitan los problemas jurídicos a analizarse, que se circunscriben en las siguientes interrogantes:

¿El Tribunal de apelación, al hacer un pronunciamiento sobre el Estatuto Social de la Compañía San Telmo Resantelmo Cia. Ltda., en su sentencia, y asumir la competencia del caso, incurre en error de omisión de los artículos 5 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y 107 y 110 del COGEP, cuestión procesal que enervó la validez procesal, y de ser el caso, provocó indefensión?

¿La sentencia impugnada, contiene decisiones contradictorias o incompatibles, o adolece de motivación?

¿En la sentencia del *Ad quem*, se vulneraron las normas de derecho sustantivo, descritas los artículos 1505, 1740, 1698, 1699, 1700, 1710, 1712, 1715, 1830, 1561, 1454, 1459, 1460, 1461, 1462, 1463, 1576, 1577, 1578, 1579, 1570, y 1718, del Código Civil, o precedentes jurisprudenciales obligatorios?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

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

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

18. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

> *"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."*[5].

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

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

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

21. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[6]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en materia civil y mercantil que no conozcan

---

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

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

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

otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión[7].

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

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

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[8].

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

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

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

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

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

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

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..."*.[9]

30. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

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

[8] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

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

procesal: *"Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *"es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede"*, en este sentido, *"rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."* [10]

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

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

34. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que *"(…) La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia"*.[11]

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

> *"Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:*
>
> *1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*
>
> *2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*
>
> *3. La determinación de las causales en que se funda.*
>
> *4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".*

36. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamendrei, define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*.[12]

37. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

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

[10] Andrade, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.
[11] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.
[12] Calamandrei, Piero, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

38. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los **casos 1, 2 y 5 del artículo 268 del COGEP**; inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

VI.3. Estudio del caso 1 previsto en el artículo 268 del COGEP.

39. El debido proceso es un derecho de protección que contiene múltiples garantías para las personas; *per se*, implica la existencia de mecanismos de tutela y de efectividad concretos dentro de un proceso, como seguridad para las partes procesales de que sus derechos serán discutidos en un proceso justo e imparcial; el mandato de optimización analizado involucra la existencia de un procedimiento que debe desarrollarse conforme parámetros mínimos que permitan la defensa de sus intereses, en igualdad de armas.

40. La ordenación del proceso exige el cumplimiento de unos requisitos y condiciones mínimas de orden formal; partiendo de ese presupuesto, los Jueces tienen el deber de conducir los procesos dentro de los lineamientos prestablecidos, sin contradicciones, evitando yerros u omisiones que ocasionen perjuicios a las partes procesales; las actuaciones judiciales deben enmarcarse en los principios de legalidad y seguridad jurídica, en cuanto no es discrecional al Juez ni a la partes, apartarse de la ley procesal que señala un camino y un orden para los actos procesales, de modo que deben -los Jueces- observar plenamente las formalidades propias de cada juicio, las mismas que se establecen como garantías normativas en la legislación procesal, observando el respeto de los derechos fundamentales y los principios que rigen el sistema procesal vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia.

41. La dirección de los procesos a cargo de los Jueces, debe respetar la forma del trámite fijado en la ley y sus actuaciones están sometidas a las reglas fijadas en ella, como límites-garantías para las partes procesales, considerando desde luego las formalidades esenciales o sustanciales que no pueden dejarse al arbitrio ni del Juez ni de las partes procesales, y las accidentales que no vulneren derechos fundamentales del debido proceso (derecho de defensa, etc.), esto es, que el debido proceso no se refiere a las meras formas.

42. En la estructura del COGEP, la nulidad procesal, per se, no es un recurso taxativo; es una garantía normativa que procura que el órgano jurisdiccional verifique las actuaciones de la causa en el ámbito procesal, para la concreción del debido proceso, en cualquier etapa del procedimiento o estado del juicio; la existencia de una causal de nulidad, acarrea una sanción extremadamente grave que se reserva para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, la observancia de los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que, para acceder a ésta, se deben observar ciertos principios procesales como: especificidad *(taxatividad)*, trascendencia y convalidación, a saber: **a)** principio de especificidad o legalidad, el cual *consiste en* que no hay nulidad sin texto legal expreso; **b)** principio de trascendencia, que establece que en virtud del carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino que además exista un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad, y **c)** principio de convalidación, el cual hace referencia a que, toda anomalía formal que constituya causal de nulidad no siempre genera la invalidez del acto procesal, toda vez que se permite en principio su saneamiento y convalidación, siendo la excepción a esta regla la existencia de nulidades insanables.

43. Ergo, para arribar a una nulidad, la causa de la misma, debe estar expresamente consignada como tal en la norma jurídica y dicho motivo debe haber influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: en primer término, se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo término, el órgano jurisdiccional sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

44. La nulidad en el proceso es una declaración judicial que deja sin efecto un acto procesal por violaciones de las garantías constitucionales y de la ley; que busca excluir todo o una parte del proceso en cuya sustanciación no se ha cumplido con las solemnidades esenciales exigidas por la ley adjetiva. La razón jurídica para la existencia de la nulidad es porque es el medio idóneo para

impugnar la vigencia de un proceso que adolece de vicios sustanciales. Mediante éste se pone de manifiesto el interés del Estado para que se sustancien procesos que sean firmes y estén libres de vicios que afecten al ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales.

45. El Art. 169 de la CRE, señala:

> *"(...) El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".*

46. El fin inmediato de la ley procesal es entonces la aplicación de la disposición legal al caso concreto. Lo que se busca en todo este andamiaje constitucional, es hacer cumplir los derechos que el Estado garantiza a todo ciudadano, entre ellos el derecho al debido proceso y sobre todo la defensa.

47. En razón de lo anotado, se puede colegir que las causales de nulidad procesal buscan *"(…) proteger el orden lógico en el que se deben desarrollar los actos procesales, al igual que las formalidades que son de obligatorio cumplimiento para dotarlos de validez (…)"*[13].

48. Al hablar de las nulidades procesales, la Corte Nacional de Justicia, ha indicado:

> *"(…) la infracción a una solemnidad sustancial, inclusive aunque haya causado perjuicio a las partes litigantes en un primer momento, no puede servir para declarar la nulidad, si tal detrimento ha quedado subsanado mediante un acto posterior del juez o de las partes, que ha servido para garantizar la efectiva vigencia de los derechos procesales que fueron puestos en riesgo, por la omisión de los requisitos de validez de determinado acto (…)"*[14].

49. Ahora bien, en el régimen procesal aplicable al caso, como garantía normativa, para garantizar el debido proceso, se ha establecido una causal de casación, la misma procede cuando se haya incurrido en vulneración de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad; así, el caso 2, del artículo 268 del COGEP, señala lo siguiente:

> *"**Art. 268.- Casos.** El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*
> *1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal".*

50. Conforme las ideas desarrolladas *ut supra*, en relación con la causal objeto de análisis, no toda violación del procedimiento es motivo de casación. La garantía normativa es explicita al señalar que el cargo procede únicamente por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocando indefensión, bajo el supuesto de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

51. Santiago Andrade Ubidia, sobre este punto refiere:

> *"Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado en la ley como causa de nulidad; b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia).*

[13] Corte Nacional De Justicia de Ecuador, caso Nro. 647-2014. Acurio López.
[14] Corte Nacional De Justicia de Ecuador, caso Nro. 627-2012. Estado ecuatoriano Vs. García Sabando.

Los vicios que privan al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no existe en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso, inciden en la constitución de la realidad procesal"[15].

52. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- *"(…) Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).*
- *La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma procesal violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).*
- *El cargo elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma procesal, que debe ser identificada claramente.*
- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración).*
- *La violación de la norma procesal, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, debe haber viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y haber influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. (principio de trascendencia)".*[16]

53. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien en términos concretos sostiene que, los jueces del Tribunal de apelación, no tenían competencia para realizar análisis alguno sobre el Estatuto Social de la Compañía San Telmo Resantelmo Cia. Ltda., respecto del cual, solo podía tener competencia un Tribunal arbitral, según las reglas de aquel documento; por lo que, el *Ad quem*, al haber emitido pronunciamiento sobre dicho instrumento actuó sin competencia, lo que, enervó la validez procesal y provocó indefensión, por lo cual, acusa la falta de aplicación de las garantías normativas establecidas en los artículos 5 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y 107 y 110 del COGEP.

54. La **falta de aplicación** de la ley, en el caso 1 del artículo 268 del COGEP, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas procesales, que ha debido aplicar, infracción que vicia al proceso de nulidad insubsanable o causa indefensión, que influye por la gravedad, en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

55. Del estudio de los enunciados del recurrente, se aprecia que la propuesta casacional, delimita y observa el principio de taxatividad, consecuentemente, corresponde *prima facie*, verificar si la misma, no soslaya algún principio que rige el medio de impugnación, y, ulteriormente determinar si la censura planteada está dotada de sustento y argumento válido.

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

> **¿El Tribunal de apelación, al hacer un pronunciamiento sobre el Estatuto Social de la Compañía San Telmo Resantelmo Cia. Ltda., en su sentencia, y asumir la competencia del caso, incurre en error de omisión de los artículos 5 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y 107 y 110 del COGEP, cuestión procesal que enervó la validez procesal, y de ser el caso, provocó indefensión?**

57. Para dar respuesta al problema jurídico, es menester el estudio de las garantías normativas procesales cuya falta de aplicación se acusa.

58. Desde la órbita del régimen procesal vigente, el libro II, del COGEP, intitulado "Actividad Procesal", en su título I, desarrolla un sinnúmero de "Disposiciones Generales", por su parte, el Capítulo VIII, establece las garantías normativas de "Las nulidades"; así, desde el ámbito de la teoría general del proceso, emergen las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos (artículo 107 del COGEP), y la declaratoria de nulidad y convalidación (artículo 110 del COGEP). En este contexto, el desarrollo conceptual de

[15] Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, Andrade&Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 2005, 1era edición, p. 116 y 117.
[16] Corte Nacional de Justicia, Sentencia caso No. 17230-2019-02515.

las normas singularizadas *ut supra*, y su irradiación procesal, conforme lo indicado, se derivan de la teoría general del proceso, la misma que, coadyuva a delimitar el ámbito conceptual de solemnidad sustancial, jurisdicción, competencia, y nulidad, todo lo cual tiene relación con las disposiciones generales de la actividad procesal.

59. Ahora bien, para analizar el problema jurídico, hay que considerar que el artículo 107 del COGEP, enumera las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos. La parte recurrente al invocar abstractamente la falta de aplicación de dicha norma procesal, incurre en la inobservancia del principio de autonomía, pues la misma contiene siete numerales, cada uno de ellos, describe una solemnidad sustancial autónoma con naturaleza jurídica distinta; en ese sentido, al no haberse identificado de forma concreta el numeral o numerales cuya omisión se acusa, la censura planteada, desde la óptica técnica, adolece de debida fundamentación y demostración.

60. Del contexto de la censura, se llega a determinar que abstractamente, el recurrente, acusa que, los jueces del Tribunal de apelación, no tenían competencia para realizar análisis alguno sobre el Estatuto Social de la Compañía San Telmo Resantelmo Cia. Ltda., respecto del cual, solo podía tener competencia un Tribunal arbitral, según las reglas de aquel documento; por lo que, el *Ad quem*, al haber emitido pronunciamiento sobre dicho instrumento actuó sin competencia; entonces, se asume que el recurso está enfocado en sostener que se inobservó la solemnidad sustancial de competencia del ente judicial que actuó en el proceso que se ventila.

61. Ahora, como premisa para resolver el cargo; si bien el Tribunal de apelación, para analizar el problema jurídico delimitado en el objeto del proceso, acude al Estatuto Social de San Telmo Resantelmo, lo hace en aras de aplicar el mismo a las relaciones y negocios jurídicos que la persona jurídica por medio de sus personeros emprendió, en el caso concreto, aquel relacionado con el denominado "contrato" objeto de discrepancia; mas no en función de invadir la esfera de conocimiento del Tribunal de arbitraje, cual es el conflicto en torno a la denominación, objeto, nacionalidad, domicilio, duración, capital social, derechos y obligaciones de los socios, administración, o representación del ente ficticio; ergo, se descarta la falta de competencia de la justicia ordinaria para conocer el presente caso, en la forma delimitada en instancia.

62. Por otra parte, de los hechos procesales fijados como ciertos, se avizora que, en el momento correspondiente, la parte demandada, fue quien planteó como excepción previa, la existencia de un convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, la misma que fue objeto de contradicción, e impugnación, en la audiencia preliminar, por parte del accionante, y de rechazo por parte del órgano de primera instancia, ya que, el objeto del proceso fue la resolución o no del "contrato" que obra de fojas 7 y 8, suscrito por las partes procesales, mas no algún conflicto derivado de la constitución de la Compañía San Telmo Resantelmo.

63. Ahora bien, si la parte actora, consideraba que, al tenor del Estatuto Social, un Tribunal de arbitraje era competente para conocer el presente caso, ¿cuál fue la razón jurídica para plantear esta acción ante la justicia ordinaria?, en este sentido, emerge un argumento falaz, que tiene la "apariencia" de ser correcto y por ello se convierte en temible fuente de confusión y engaño.[17]

64. La parte recurrente, a sabiendas que, el objeto del proceso era la resolución o no del "contrato" que obra de fojas 7 y 8, suscrito por las partes procesales, mas no algún conflicto derivado de la constitución de la Compañía San Telmo Resantelmo (razón por la cual sometió el caso a la justicia ordinaria); que, la excepción previa de existencia de un convenio o compromiso arbitral, por aplicación del Estatuto Social, planteada por su legítimo contradictor, fue desechada en la audiencia preliminar (negativa que quedó en firme por no haber sido fundamentada vía apelación); ahora por medio del reproche casacional, pretende, enervar la competencia de la justicia ordinaria, incurriendo su argumento en la transgresión del artículo 110, inciso final del COGEP, que señala que *"No se declarará la nulidad por vicio de procedimiento cuando la omisión haya sido discutido en audiencia preliminar o fase de saneamiento"*., por lo cual, se ultima que, la censura adolece de debida fundamentación, demostración, y trascendencia.

65. Sumado a lo anterior, si el objeto del proceso era la resolución o no del "contrato" que obra de

[17] Muguerza, Javier, Prologo en Atienza Manuel, *La guerra de las falacias*, Puebla, Cajica, 2004, p. 5.

fojas 7 y 8, suscrito por las partes procesales, mas no algún problema derivado de la constitución de la Compañía San Telmo Resantelmo, como para someter el conflicto a un método alternativo de solución, no había razón jurídica para aplicar los artículos 5 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en el *in examine*, por lo que se descarta el error de omisión acusado; consecuentemente, sí es competencia de la justicia ordinaria conocer y resolver el conflicto suscitado, adecuadamente delimitado en instancia; ergo, no se advierte la falta de aplicación del artículo 107 numeral 2 del COGEP (competencia del juzgador en el proceso que se ventila), por ello no hay nulidad alguna como para aplicar el artículo 110 ibídem.

66. Por todo lo indicado, no se advierte vulneración de normas procesales, en la labor intelectiva de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte recurrente a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas que se consideran no aplicadas y violadas, y que por ende provocarían un error *in procedendo*; asimismo, no explica la influencia que ha tenido el presunto *error,* sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una falta de aplicación de los artículos 5 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y 107 y 110 del COGEP, es improcedente.

VI.4. Estudio del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

67. El caso seleccionado para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem,* (numeral 2 del artículo 268 del COGEP) establece lo siguiente:

> *"**Art. 268.- Casos.** El recurso de casación procederá en los siguientes casos (…)*
> *2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

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

"Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva (...) que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado (…) El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado".[18]

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

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles.
- Si la impugnación hace relación a que el fallo no cumple el requisito de motivación.

70. Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo[19], son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

71. De los enunciados de la parte recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe a la falta de motivación, e indica que se han soslayado los artículos 76 numeral 7 literal 1) de la CRE, y 89 del COGEP.

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

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

72. Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional[20], doctrinaria[21], y jurisprudencialmente[22].

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

> ***CRE:*** *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".*
>
> ***COFJ:*** *"Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:*
> *(...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos".*
>
> ***COGEP:*** *"Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia*

---

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

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

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

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

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

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

de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación".

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

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

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

"(…) Art. 130.- (…) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos". (Énfasis añadido).

77. Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: *"...la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión..."*[23] (Énfasis añadido).

78. *Es decir, tanto las no*rmas jurídicas mencionadas en el presente fallo, como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen a los administradores de justicia el deber de construir sus fallos en base a un razonamiento lógico, el cual se consuma cuando los jueces explican razonadamente la conexión entre los preceptos jurídicos aludidos en su resolución, con los hechos que han sido debidamente acreditados en la especie, esta labor intelectiva les permite llegar a una adecuada conclusión.

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

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

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

[23] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

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

61.2. Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, "la motivación no se agota con la mera enunciación de [… los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]", sino que, por el contrario, "los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [… si] no se analizan las pruebas". En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en "la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas", sino que se debe: "exponer […] el acervo probatorio aportado a los autos", "mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado" y "permitir conocer cuáles son los hechos". Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes".[24]

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

81. En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si la parte recurrente pretendía justificar la causal 2 prevista en el artículo 268 del COGEP, en torno al incumplimiento del requisito de la motivación en la sentencia recurrida; tenía el deber de justificar, *"con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de motivación"*[25].

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

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

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.
- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

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

¿La sentencia impugnada, contiene decisiones contradictorias o incompatibles, o adolece de motivación?

85. De los enunciados de la parte recurrente, se logra extraer los puntos medulares de su impugnación, los cuales hacen relación a que la sentencia del *Ad quem*, incurre en la vulneración de los artículos 76 numeral 7 literal l) de la CRE, y 89 del COGEP, por las siguientes razones:

- Que al resolver sobre la validez procesal, el Tribunal de apelación, debía analizar su competencia para pronunciarse sobre el Estatuto Social de la compañía, más aún si iba a motivar su parte dispositiva en aquel instrumento, sin embargo, omitió dicho estudio.
- Que el Tribunal de alzada, no enuncia norma o principio jurídico en que sustente su competencia para conocer el caso, por lo que su resolución sobre la validez procesal, adolece de razonabilidad, lógica y comprensibilidad (test de motivación).
- Que existe una contradicción en la sentencia cuando respecto del documento que obra de fojas 7 y 8 del proceso, prima facie,

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

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

se afirma que el mismo prueba el acuerdo de compraventa, de determinados bienes, y ulteriormente, se sostiene que lo único que justifica tal instrumento, es una mera comparecencia de las partes a una reunión y no la calidad en que lo hacen.

- Que no se argumenta respecto a que, la supuesta falta de otorgamiento de un mandato en los términos establecidos en el Estatuto Social, es un hecho suficiente para extinguir los efectos jurídicos de una compraventa, más aún, si normativamente en nuestro sistema de transferencia de dominio, incluso la venta de cosa ajena, está permitida.
- Que la referencia que se hace del artículo 1570 del Código Civil para resolver el caso, no guarda relación con el supuesto de hecho que utiliza el Ad quem, para aplicarlo, ya que, el documento que obra de fojas 7 y 8 del expediente, no hace relación a una transferencia de dominio de un bien inmueble, como erradamente sostiene el Ad quem.

86. Ahora bien, para sustentar el cargo, la parte recurrente, señala que la sentencia impugnada no está debidamente motivada ya que no cumple con los estándares de razonabilidad, lógica y comprensibilidad; sobre aquello, cabe recalcar que, *el test de motivación* que recoge los estándares señalados, ha sido ya superado por la jurisprudencia constitucional desde hace algún tiempo, por lo cual, fundamentar la causal 2 del artículo 268 del COGEP, basado en esos parámetros, deriva en la transgresión del principio de debida fundamentación y demostración.

87. Por otra parte, al tratar de dotar de sustento a su cargo casacional, la parte recurrente, incurre en una imprecisión, ya que procura de parte del Tribunal de casación una nueva valoración probatoria, dicha cuestión la encontramos en el relato de la fundamentación descrita ut supra, cuando enfáticamente pide la justipreciación del documento que obra de fojas 7 y 8 del expediente, en relación con otros medios de prueba.

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

> *"(…) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente.* ***Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba****, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (…)*
>
> ***la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia****. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (…)".*[26]

89. Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de *"no debate de instancia"*, por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la resolución, lo cual a decir de Murcia Ballén *"se apunta a la corrección de errores*

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

de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia"[27]. La parte recurrente debía delimitar el ámbito de la causal analizada (motivación) y la trascendencia de la violación argüida, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual, no se avizora debida fundamentación, demostración y trascendencia en el cargo planteado.

90. Sin dejar de lado los yerros de la propuesta impugnatoria, señalados en líneas anteriores; continuando con el análisis del cargo planteado, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional[28], para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta con una argumentación jurídica suficiente, es decir, con una estructura mínimamente completa, integrada por estos dos elementos: ***una fundamentación normativa suficiente***, y *una* ***fundamentación fáctica suficiente***, lo cual constituye el **criterio rector** para un análisis adecuado.

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

92. Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica[29].

93. Insuficiencia.- Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia[30]. Manuel Atienza, señala que *"el ideal de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión"*, en este sentido *"motivar suficientemente significa que se haya alcanzado en grado suficiente de expresión la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión".*[31]

94. Apariencia.- Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia constitucional, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: incoherencia; inatinencia; incongruencia; e, incomprensibilidad[32], conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente contexto:

95. Incoherencia.- Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen -sus premisas y conclusiones- (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.

96. La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente. En cambio, una incoherencia decisional siempre implica que la argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación[33].

97. Inatinencia.- Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no "tienen que ver" con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez "equivoca el punto"

[27] Murcia Ballen, Humberto, *"Recurso de Casación Civil"*, 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59
[28] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[29] Ibídem.
[30] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[31] Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, p. 136-138
[32] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[33] Ibídem.

de la controversia judicial. La inatinencia implica que una argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado las razones inatinentes, no quedan otras que logren configurar una argumentación jurídica suficiente[34].

98. Incongruencia.- Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho). La incongruencia frente a las partes puede darse por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta. La incongruencia (sea frente a las partes o sea frente al Derecho) siempre implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación.[35]

99. Incomprensibilidad.- Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o -cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)- para un ciudadano o ciudadana.[36]

100. En el análisis, relacionando el cargo casacional planteado por el censor, con el conflicto judicializado, cual es la resolución o no del "contrato" que obra de fojas 7 y 8, del expediente, suscrito por las partes procesales, o la inexistencia del contrato y la falta de derecho del actor, y las censuras esbozadas, es de relevancia puntualizar lo siguiente:

101. Sobre la censura atinente a la presunta deficiencia motivacional en la que incurre el Ad quem, en torno al análisis de la competencia que tiene la justicia ordinaria para conocer el presente caso; revisados exhaustivamente los enunciados del recurrente, se advierte que los mismos son reiterativos e idénticos con aquellos postulados en la impugnación basada en el caso 1 del artículo 268 del COGEP; por ello, se infiere que incurre en la violación de los principios casacionales de autonomía y no contradicción, tanto más que, dichas acusaciones, han sido debidamente resueltas y negadas en párrafos anteriores, con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, por ello, los enunciados del recurrente, son improcedentes.

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

103. A su vez el principio de trascendencia, implica que el argumento del casacionista, debía ser de tal naturaleza, que logre enervar la sentencia impugnada, a tal punto que debía justificar que sin la ocurrencia del presunto error *in iure* acusado (falta de motivación), el fallo sería otro y no el recurrido; no obstante, en el *in examine*, se observa que la parte recurrente, postula el cargo analizado, con generalidades, dicha cuestión se constata cuando afirma que *"resulta obvia la falta de motivación en que también incurre la sentencia y la necesidad de que la misma sea casada por ustedes, pues en la misma no solo que se viola con la motivación necesaria para legitimar una decisión"*.

104. Revisada la sentencia impugnada, y de los hechos fijados como ciertos en instancia, es claro que el *Ad quem*, en su análisis parte de las premisas fácticas propuestas en la súplica y contra súplica, sobre la base de aquello, luego de la justipreciación de los elementos probatorios, concluye que el Gerente de la Compañía no tenía atribuciones para negociar a nombre de la

[34] Ibídem.
[35] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[36] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

misma, sus bienes, fijar precios, o entregar y suscribir un "contrato", en la forma realizada en el instrumento que obra de fojas 7 y 8, cuestión que enervó la eficacia jurídica de aquel; ergo, dichas conclusiones no resultan ilógicas para la línea argumentativa con la que se arriba a la decisión de rechazar la demanda.

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

VI.5. Estudio del caso 5 previsto en el artículo 268 del COGEP.

106. El numeral 5 del artículo 268 del COGEP, establece:

> *"Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*
> *5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto".*

107. En el mentado caso, *"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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la 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 (…) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(…)".*[37]

108. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- *"Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).*
- *La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).*
- *El cargo casacional elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.*
- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración)*
- *La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de*

[37] Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más.

los cargos casacionales señalados ut supra, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia)."[38]

109. La causal 5 del artículo 268 del COGEP, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutiva, sobre la misma, esta Alta Corte ha señalado:

"…se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente".[39]

110. Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

"(…) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella…que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material" (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otros normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (…)".[40]

111. Por otra parte, también es de relevancia analizar el ámbito conceptual de precedente jurisprudencial obligatorio.

112. Los precedentes jurisprudenciales son parámetros interpretativos emitidos por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a partir de criterios desplegados de forma reiterada en la parte resolutiva de las sentencias, estos tienen como objetivo el de fortalecer y afirmar, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica.

113. La CRE, en los artículos 184 numeral 2 y 185, establece como atribución de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de esta Alta Corte, que repitan por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

114. El COFJ, en los artículos 180 numeral 2 y 182, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, fundamentada en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

115. En relación a la publicación de los fallos de esta Alta Corte, el artículo 197 del COFJ, establece lo siguiente:

"Art. 197.- Publicación de los fallos.- Sin perjuicio de la publicación de las resoluciones

[38] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sentencia, caso No. 17230-2017-11469.
[39] Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 1999.
[40] Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social se publicarán en el Registro Oficial todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia".

116. Entonces, solo las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, originadas en las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, constituyen jurisprudencia imperativa y vinculante.

117. Por otra parte, sin constituirse como jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social, todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, se publican, las mismas que pueden emerger como jurisprudencia indicativa, no vinculante.

118. Delimitada la naturaleza jurídica del cargo casacional, corresponde el análisis del mismo en ilación con el **problema jurídico planteado**, que, conforme lo indicado *ut supra*, se circunscribe en la siguiente interrogante:

> **¿En la sentencia del *Ad quem*, se vulneraron las normas de derecho sustantivo, descritas los artículos 1505, 1740, 1698, 1699, 1700, 1710, 1712, 1715, 1830, 1561, 1454, 1459, 1460, 1461, 1462, 1463, 1576, 1577, 1578, 1579, 1570, y 1718, del Código Civil, o precedentes jurisprudenciales obligatorios?**

119. De los enunciados de la parte recurrente, se logra extraer los puntos medulares de su impugnación, los cuales hacen relación a que la sentencia del *Ad quem*, por falta de aplicación, e indebida aplicación, vulnera las normas sustantivas del Código Civil, descritas *ut supra*, relacionadas con las fuentes de las obligaciones, los actos y declaraciones de voluntad, la interpretación de los contratos, la prueba de las obligaciones, la nulidad y la rescisión, el contrato de compraventa, entre otras, al confirmar el fallo de primera instancia y negar la demanda.

120. Ahora bien, tomando como referente el objeto del conflicto judicializado, cual es la resolución o no del "contrato" que obra de fojas 7 y 8, del expediente, suscrito por las partes procesales, con el consecuente pago de daños y perjuicios, o la inexistencia del contrato y la falta de derecho del actor; es de relevancia, analizar, la naturaleza jurídica de la compraventa como aquel acuerdo de voluntades fuente de obligaciones.

121. Para analizar la cuestión planteada, corresponde observar las reglas del Libro IV del Código Civil, intitulado *"De las obligaciones en general y de los contratos"*, el cual contiene una serie de delimitaciones conceptuales, y aspectos relacionados con los actos y declaraciones de voluntad; la capacidad, los vicios del consentimiento; las obligaciones; una gama de contratos, entre ellos el de compraventa; los efectos de las obligaciones; la interpretación de los contratos; la prueba de las obligaciones; la nulidad y la rescisión; etc.

122. El Título II, del Libro IV, del Código Civil, desarrolla una serie de reglas, entre ellas, las relacionadas con la capacidad legal para obligarse por un acto o declaración de voluntad, así, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita. La jurisprudencia indica que:

> *"No puede existir contrato o convención sin el concurso real de la voluntad de dos o más personas que concurran a su otorgamiento personalmente o debidamente representadas. Este requisito es de la esencia del contrato cualquiera que sea su clase y naturaleza o la calidad de las personas que en ellos tomen parte (…)"."*[41]

123. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra (artículo 1461 del Código Civil). Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces (artículo 1462 del Código Civil). Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, **y las personas jurídicas.** Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos

[41] Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3814. Quito, 19 de mayo de 2003

pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. (Artículo 1463 del Código Civil).

124. En el caso objeto de estudio, los hechos fijados como ciertos justifican determinantemente que al denominado "contrato" de compraventa, comparecen Joseph Semaan, David Irigoyen, y Roberto Salgado, sin discriminar la calidad o condición en la que lo hacen, pues en el instrumento, no se indica si acuden en calidad de compradores, vendedores, o mandatarios, cuestión que incide potencialmente en los efectos jurídicos del acuerdo. Por otra parte, asumiendo que David Irigoyen compareció como mandatario del señor Héctor Eduardo Avero Traverso, como vendedor, según la teoría del caso descrita en la demanda, emerge otra cuestión; dicho ciudadano, no compareció por sus propios derechos, sino por los que representa, en calidad de Gerente y representante legal de San Telmo Resantelmo Cia.Ltda.; sobre la base de este cuadro fáctico inamovible en esta sede, tomando en cuenta que, el denominado acuerdo de voluntades tenía relación con la enajenación de los bienes sociales de la empresa, por montos que superan los $10.000,oo, resulta antijurídico que dicho ciudadano haya comparecido (por medio de un mandatario sin poder contenido en instrumento público) al denominado "contrato" de compraventa, sin tener capacidad legal para el efecto, pues según la escritura de constitución de la compañía (artículo 15), quien debía conferir poder para temas relacionados con los negocios sociales del ente ficticio, era el Presidente, previa autorización de la Junta General; asimismo, debía tener autorización del Presidente de la persona jurídica para suscribir cualquier acto o contrato que comprometa a la persona jurídica y que sobrepase el valor de $10.000,oo.

125. Continuando con el análisis del caso, en lo relacionado a la omisión o no de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos; cuando hablamos del contrato, partimos de que aquel, es una de las fuentes de las obligaciones, cuya esencia emerge del concurso real de las voluntades, de dos o más personas; el contrato es el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa (artículo 1454 del Código Civil). En efecto, queda claro que la naturaleza del contrato radica en la imposición de una obligación, la misma que, a pesar de ser libre y voluntaria, no puede inobservar los requisitos legales; en este sentido, los contratos han de ser celebrados entre personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley, esto nos demuestra los parámetros que las partes deben cumplir al momento de obligarse mediante un contrato[42].

126. Ahora bien, el Código Civil, al establecer las reglas relativas a la compraventa, en el Título XXII del Libro Cuarto, señala entre otras normas que, dicha institución, es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio (artículo 1732 del Código Civil). Respecto de la capacidad para el contrato de venta, son hábiles todas las personas que la ley no declara inhábiles para celebrarlo o para celebrar todo contrato (artículo 1734 del Código Civil). En lo relacionado a la forma y requisitos, la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, sin embargo, en tratándose de la venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito (artículo 1740 del Código Civil). El precio es uno de los elementos esenciales de la compraventa; debe ser determinado por los contratantes. Podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen (artículo 1747 del Código Civil). En lo atinente a la cosa vendida, pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no está prohibida por la ley (artículo 1749 del Código Civil). Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida (artículo 1764 del Código

[42] John Toledo, Nulidad del Contrato vs. Nulidad de la Escritura Pública. Libro. Práctica Civil y Mercantil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022, pág. 287.

Civil). La principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido (artículo 1811 del Código Civil). El precio deberá pagarse en el lugar y el tiempo estipulados, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario (artículo 1812 del Código Civil). Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá contra terceros poseedores otra prueba que la de nulidad o falsificación de la escritura (artículo 1816 del Código Civil).

127. De la abstracción normativa descrita, podemos discriminar los requisitos del contrato de compraventa, así, encontramos los **requisitos personales**, siendo: **a)** El vendedor; y, **b)** El comprador; por otra parte encontramos los requisitos reales, entre ellos: **1)** La cosa; **2)** El precio; **3)** La entrega y tradición; y, 4) El plazo; finalmente encontramos los **requisitos formales**, que en tratándose de bienes inmuebles: i) El contrato debe constar por escrito; ii) debe ser suscrito por las partes; y, c) debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente.

128. El punto medular del contradictorio a la súplica planteada, hace relación a que, la denominada compraventa, no contiene varios de los requisitos indispensables para tener la calidad de contrato, pues los bienes objeto del acuerdo de voluntades no serían de propiedad del actor sino de la compañía, por lo que, el actor, no tenía capacidad legal para comparecer como vendedor, por lo cual, no se cumplió con el primer requisito establecido en el artículo 1461 del Código Civil para generar obligaciones por un acto o declaración de voluntad. Sumado a lo anterior, de los hechos fijados como ciertos, no se avizora con total verosimilitud la entrega o tradición de los bienes objeto de la denominada compraventa, cuestión que también incide en la eficacia del instrumento y la consecuente resolución que se demanda.

129. De los hechos fijados como ciertos, se determina que existe el instrumento, y que asumiendo que Héctor Avero Traverso acude como vendedor, conforme lo explicado *ut supra*, en la calidad que compareció, no tenía capacidad legal para el efecto, más aún a sabiendas que la compañía San Telmo Resantelmo era la propietaria de los bienes objeto de la compraventa, razón suficiente para que se haya negado la demanda, por parte del órgano jurisdiccional, sobre la base de la teoría fáctica y jurídica planteada por la parte demandada, pues aparece de manifiesto en el acto o "contrato" esta cuestión, alegada por parte legitimada, que no fue saneada, ni ratificada por quien correspondía al tenor de las reglas establecidas en la escritura de constitución de la compañía; es decir, la dueña de los bienes (Compañía San Telmo Resantelmo) debía ratificar los actos emprendidos para enajenar su patrimonio, hecho no fijado como cierto en el *in examine*.

130. El recurrente sostiene que al tenor del artículo 1754 del Código Civil, la venta de cosa ajena vale; al respecto, la norma invocada establece que *"La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el transcurso del tiempo"*; ahora, si bien es cierto en nuestra legislación civil, dicha norma tiene vigencia, en el hipotético caso de asumir esta teoría jurídica, la comparecencia de Hector Avero Trraverso, debía haber sido ratificada por quien correspondía al tenor de las reglas establecidas en la escritura de constitución de la compañía, cuestión no justificada ni fijada como cierta en el *in examine,* consecuentemente, el instrumento no podía tener la exigibilidad que se postula como para determinar la resolución que se demanda. Sumado a ello, de la traba de la litis, no emerge de forma alguna la discusión de la institución de venta de cosa ajena, por lo cual, el argumento de la parte recurrente deviene en improcedente.

131. En base a los argumentos desarrollados *ut supra*, se arriba a la conclusión que, el instrumento cuya resolución se demanda, no contiene los elementos necesarios para considerarlo celebrado legalmente; entonces, al tenor del artículo 1561 del Código Civil, que señala *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes…"*, es claro que el documento no emergió como una ley para las partes como para exigir su cumplimiento o resolución, por lo tanto, no nos encontramos frente a una obligación civil derivada del mismo como para que surja el derecho para exigir su cumplimiento, al tenor del artículo 1486 del Código Civil, menos aún su resolución.

132. Por otra parte, continuando con el análisis de las censuras planteadas, el recurrente sostiene que aquellas clausulas referentes a la compraventa del inmueble de propiedad de San Telmo Resantelmo, son cuestiones accidentales del "contrato" que no trascienden en el objeto principal del mismo, y que por ello la observación que hace el *Ad quem*, sobre la ritualidad (escritura pública) que debía cumplirse para la promesa de compraventa, para el efecto, deviene en

un error de derecho; al respecto, el contenido del instrumento cuya resolución se plantea, se refiere a una compraventa, en estricto sentido, entonces jamás el objeto principal de un acuerdo de voluntades puede ser a la vez accidental; en ese escenario, la acusación de indebida aplicación de los artículos 1570, 1718 y 1740 del Código Civil, a más de no cumplir con la proposición jurídica completa, propia de esta causal desde la óptica de la técnica casacional, adolece de debida fundamentación, demostración, y trascendencia, por lo que la misma deviene en improcedente.

133. El censor acusa también la falta de aplicación de las normas sustantivas atinentes a la nulidad y la rescisión (artículos 1698, 1699, 1700, 1710, y 1712 del Código Civil); al respecto, de la traba de la litis, no emerge de forma alguna la discusión sobre dichas instituciones jurídicas, contenidas en las reglas invocadas, por lo que la aplicación de las mismas no era exigible; ergo, el error de omisión planteado es improcedente.

134. En el mismo sentido, la acusación sobre la falta de aplicación de las normas sustantivas sobre los efectos de las obligaciones (artículo 1561 del Código Civil), las atinentes a la interpretación de los contratos (artículos 1576, 1577, 1578, y 1579 del Código Civil); las referentes a la prueba de las obligaciones (artículos 1715 y 1718 del Código Civil); las relativas al contrato de compraventa (artículo 1740 del Código Civil); las relacionadas con los actos y declaraciones de voluntad (artículos 1461, 1462 y 1463 del Código Civil), así como las referentes a las definiciones constantes en el Título I del libro IV del Código Civil (artículos 1454, 1459, 1460 del Código Civil), y más invocadas, adolece de debida fundamentación, demostración, y trascendencia, ya que, como quedó explicado *ut supra*, las deficiencias respecto a los requisitos personales, reales y formales del instrumento cuya resolución se demanda, no fueron saneadas, asimismo, no fue ratificada la denominada convención de compraventa, por quien correspondía al tenor de las reglas establecidas en la escritura de constitución de la compañía San Telmo Resantelmo, por ello, el documento tantas veces referido, no contiene los elementos necesarios para considerarlo celebrado legalmente; entonces, el mismo, no emergió como una ley para las partes, como una obligación civil a favor del actor, como para exigir su cumplimiento o resolución en los términos previstos en el artículo 1505 del Código Civil; ergo, la censura del cúmulo de normas invocadas sin sustento válido alguno deviene en improcedente.

135. En la misma ilación, en base a todo lo explicado, no eran exigibles al presente caso, las resoluciones emitidas por la ex Corte Suprema de Justicia, enunciadas por el recurrente, como jurisprudencia obligatoria.

136. Por todo lo indicado, no se advierte vulneración de normas sustantivas, ni precedentes jurisprudenciales, en la labor intelectiva de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte recurrente a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas o precedentes que se consideran violados y por ende provocarían un error de derecho; asimismo, no explican la influencia que han tenido los presuntos errores *in iure*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una falta de aplicación o indebida aplicación de las normas del Código Civil, o precedentes jurisprudenciales, es improcedente.

VII. DECISIÓN

137. *En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad,* ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,***
RESUELVE:
138. *Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por el abogado David Irigoyen, Procurador Judicial de San Telmo Resantelmo Cía. Ltda., actor, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores in iudicando y los cargos acusados.*
139. *Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.*
140. *Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.-* ***NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE****.*

SENTENCIAS

SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

Jueces

Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores

PREÁMBULO

Como presidente de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores e integrante de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia es un honor presentar a la comunidad jurídica y académica la publicación denominada "Sentencias Relevantes en Materia Civil, Mercantil y Familia", que prima facie, tiene como objetivo, constituirse en un medio de difusión del pensamiento jurisdiccional de esta Alta Corte y de las actividades que desarrolla en ejercicio de sus funciones.

Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial desarrollan ciertos valores, encaminados a que el ejercicio de la jurisdicción contribuya a la consolidación de la democracia; uno de esos mandatos de optimización es el de corrección, en virtud del cual, los jueces, sujetos al desempeño correcto de sus obligaciones judiciales, también pueden escribir, dar conferencias, enseñar y participar en actividades relacionadas con la ley, el sistema legal, la administración de justicia y asuntos conexos; asimismo, pueden contribuir a la educación jurídica y profesional y aportar a la literatura jurídica como autores o editores. Esas actividades profesionales de los jueces deben estar sincronizadas con el interés público y es conveniente alentarlas.

El fundamento de la publicación, precisamente, es procurar que los principios puntualizados ut supra, no sean meros enunciados líricos, sino que, a contrario sensu, los mismos se plasmen en acciones concretas y directas en el ejercicio jurisdiccional de los jueces en el Ecuador. Por ello, el presente compendio emerge como una iniciativa por medio de la cual se expresa de forma relevante, entre otras, las sentencias de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores, del más alto órgano judicial, las cuales abordan diversos temas e institutos jurídicos propios de la jurisdicción especializada, relacionados con acciones que enervan la filiación y garantizan el derecho de identidad (nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, investigación de la paternidad), modifican el estado civil como atributo de la personalidad (divorcio, unión de hecho), casos de derecho sucesorio, rendición de cuentas, cosa juzgada fraudulenta y derecho de alimentos, todos de relevancia en la casuística del país.

Sin duda alguna, el compendio de "Sentencias Relevantes en Materia Civil, Mercantil y Familia" es una de las iniciativas que actualmente contribuyen a que los principios de independencia, imparcialidad y transparencia, se cristalicen en el sistema judicial, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

David Jacho Chicaiza
Presidente de la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores

Secretaría

Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores

con el despacho de presidencia de sala

ÍNDICE

SALA DE FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

Preámbulo

David Jacho Chicaiza
Presidente dela Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia 456

Sentencias David Jacho Chicaiza

Nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad
Causa No. 03203-2018-01035 COGEP 462

Divorcio
Causa No. 09333-2022-00171 COGEP 482

Declaratoria de unión de hecho post mortem
Causa No. 24201-2021-01016 COGEP 506

Declaratoria de unión de hecho
Causa No. 17204-2018-04741 COGEP 523

Reforma o nulidad de inscripción
Causa no. 17203-2019-09551 COGEP 542

Sentencias Roberto Guzmán Castañeda

Cosa juzgada fraudulenta
Causa No. 09202-2018-00620 562

Derecho de alimentos – diversidad psicosocial
Causa No. 17204-2018-03644 580

Acción de investigación de paternidad post mortem – motivación de las decisiones judiciales
Causa No. 03257-2017-00059 596

Acción de nulidad de segunda inscripción – derecho a la identidad y a ser escuchados de NNA
Causa No. 23201-2018-01154 608

Diferencia entre acción de impugnación de reconocimiento voluntario y la de impugnación de paternidad
Causa No. 17981-2021-00098 627

Sentencias Adrián Rojas Calle

Investigación de Paternidad post mortem
Causa N.° 17203-2021-02297 COGEP 640

Indignidad para suceder
Causa N.° 17201-2017-00481 COGEP 653

Rendición de Cuentas entre ex–cónyuges
Causa N°. 14201-2018-00762 COGEP 667

David Jacho Chicaiza

Presidente de la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 03203-2018-01035

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **David Jacho Chicaiza**

ACCIÓN
NULIDAD DEL ACTO DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE PATERNIDAD

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En un proceso sobre "nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad"; el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia, resolvió un recurso de casación planteado por la parte actora, en el cual se planteó el cargo quinto del artículo 268 del COGEP. En esta sentencia de casación, se analiza además del cargo casacional alegado, la diferencia entre las instituciones de impugnación de paternidad, de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad y acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, para a partir de ello determinar si, existió la aplicación indebida y falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo acusadas por el censor. Se analiza demás el contexto de la filiación y las acciones que la enervan, las garantías normativas para hacer efectivo el derecho a la identidad, en los casos de hijos nacidos dentro del matrimonio o unión de hecho, de los hijos nacidos fuera de matrimonio; y a partir de aquello se arriba a una decisión.

Quito, jueves 16 de marzo del 2023, las 16h41

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por Marco Rene Fajardo Zumba, actor, por intermedio de su procurador judicial, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*, el Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el medio de impugnación extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine,* al siguiente tenor:

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1) Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo[1], Himmler Roberto Guzmán Castañeda[2], y David Isaías Jacho Chicaiza[3], Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte.

1.2) De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 30 de noviembre del 2022, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 189 numeral 1 del COFJ, por lo que asumimos, en su momento, el conocimiento de la presente causa, y resolvimos oralmente el recurso de casación.

1.3 En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E), en la presente causa[4], al tenor del artículo 1 inciso segundo de la Resolución No. 02-2021, emitida por esta Alta Corte, en relación con el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021, ibídem.

Así, se integra al Tribunal de casación, y asume el conocimiento de la presente causa, el doctor Luis Adrián Rojas Calle, como Juez Nacional (E), quien actúa en el presente acto jurisdiccional, pese a que no resolvió oralmente el recurso de casación, y no emite criterio alguno al respecto, salvando su voto, suscribiendo la resolución por imperativo legal, conforme el artículo 4 de la Resolución No. 18-2017 emitida por esta Alta Corte., en aras de garantizar la tutela judicial efectiva y la debida diligencia.

En ese contexto, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda, y Luis Adrián Rojas Calle, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente.

1.4) La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; 189 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competen-

[1] Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[2] Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[3] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[4] Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

cia, para conocer y resolver el recurso de casación planteado y admitido; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio del presente acto jurisdiccional.

II. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

2.1) El ciudadano Marco Rene Fajardo Zumba, a través de su procurador judicial, en procedimiento ordinario, mediante acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, demanda Ana Lucia Yascaribay Ortiz, en el siguiente contexto:

"(…) De la partida de nacimiento se desprende que en el registro civil del Cantón Azogues, con número de registro N-235-000051-86, el 06 de Marzo del2017 con número de registro 234607 fue inscrito Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay como mi hijo, acto de reconocimiento que fue viciado para que su autoridad proceda a declarar el mismo la Nulidad del mismo como lo regula el Código Civil en su artículo 1467 que establece los vicios son el Error, Fuerza y Dolo.

Es importante Sr. Juez manifestarle que Ana Lucia Yascaribay Fajardo maquino todo un plan para que reconociera legalmente al niño Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay, para lo cual se valió de engaños y toda clase de maniobras para que yo procediera ir a reconocer en el registro civil el día 6 de marzo y de esta manera un acto de benéficos para sus intereses en el cual yo no recuerdo en ningún momento haber acercado de manera voluntaria a reconocer a dicho niño.

Esto en debido, que mantuve relaciones íntimas con la señora Ana Lucia Yascaribay Fajardo, por una sola ocasión en estado de embriagues los días 8 de abril de 2015. Posteriormente en el año 2017 cuando regreso nuevamente al Ecuador en la bienvenida que hicieron todos mis familiares por mi llegada; es en ese momento que la señora Ana Lucia Yascaribay Ortiz y sus familiares me sorprende diciéndome que soy el papá del niño Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay y que además de eso debo reconocerle que si no lo hago ella llamaría a mi esposa y además que me tiene puesto una prohibición de salida del país y que la ejecutaría si es que yo no accedía a reconocerle, en ese momento como yo estaba tomado y perdí conciencia total de mi voluntades, y además sufro de una terrible enfermedad como es la diabetes, razón por la que he actuado sin voluntad a reconocerle al niño antes mentado, en aquel aparente reconocimiento voluntario.

Posterior al reconocimiento viciado del niño Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay, me entero de que la Sra. Ana Lucia Yascaribay Ortiz, también mantuvo una relación intima con mi hermano y con otras personas más en las mismas fechas que mantuvo relaciones íntimas con mi persona, razón por la cual si ellos no hubiesen hecho uso de la fuerza para conseguir mi consentimiento nunca habría reconocido al niño, Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay. (…)

El derecho humano a la identidad es derecho intrínseco de la persona sin permitir restricción alguna al mismo, en fundamento con el Art. 169 de la Constitución texto que establece que el sistema procesal que es un medio para la realización de la justicia y siendo la identidad un derecho inherente al ser humano acudo ante su Autoridad y demando la NULIDAD DEL ACTO DE RECONOCIMIENTO conste en el en registro en la partida de Nacimiento inscrita Registro Civil. Del Cantón Azogues, con número de registro N-235-000051-86, el 06 de Marzo del 2017 con número de registro 234607. (…)

Los art. 21, 22, 33 y 35 del código de la Niñez y Adolescencia que establece los principios rectores del derecho a la identidad.

En lo referente a los vicios de consentimiento que adolece el acto lo encontramos en los artículos 1461.2; 1467; 1474; 1697 y 1698 del Código Civil.

Fallo de triple reiteración que se refiere a la impugnación de reconocimiento, Resolución No. 05-2014 de suplemento del registro oficial No. 346 del 2 de octubre del 2014.

Así como mi fundamento para la reforma de la demanda constante en el Art 148 del Código General de Procesos (…)" (Sic)

Estableciendo como pretensión lo siguiente:

"(…)Con estos antecedentes acudo a vuestra autoridad y solicito la nulidad del acto de reconocimiento en el sentido que se verifique que fue engañado, apreciándose la existencia de dichos de consentimiento (fuerza, dolo) al momento de reconocer al niño conforme consta

el acta correspondiente del Registro Civil del Cantón Azogues provincia de Cañar demostrando que al momento de otorgarlo mi voluntad se encontraba totalmente viciada de esta forma Sr. Juez solicito que declare mediante sentencia, con lugar mi demanda y ordene al Jefe del Registro Civil se proceda a inscribir al menor con los apellidos de su Madre"(Sic)

2.2) Al contestar la demanda, la accionada Ana Lucia Yascaribay Ortiz, plantea, entre otras, las siguientes excepciones:

(…) En cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 151, inciso tercero del COGEP, deduzco las siguientes excepciones:

1. Niego pura y simplemente los fundamentos de hecho y derecho de la acción (…)" (Sic)

2.3) Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, encontrándose la causa para resolver, el abogado Marco Vinicio Castro Coronel, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con sede en el Cantón Azogues, provincia de Cañar, emite su sentencia, rechazando la demanda, la misma que es reducida a escrito el lunes 7 de marzo del 2022, en el siguiente sentido:

"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, declara sin lugar la demanda por falta de prueba (…)" (Sic)

2.4) Frente al recurso de apelación interpuesto por el actor Marco Rene Fajardo Zumba, el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, en sentencia de 8 de junio del 2021, las 11h58, niega el remedio procesal, en el siguiente sentido:

"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA", se rechaza el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Robinson Campoverde Blacio, en calidad de Procurador Judicial del actor MARCO RENE FAJARDO ZUMBA, y se confirma íntegramente la sentencia subida en grado. Se deja a salvo el derecho de actor. Sin costas. NOTIFIQUESE. (…)." (Sic)

2.5) Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Marco Rene Fajardo Zumba, actor, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

2.6) El doctor Carlos Vinicio Pazos Medina, Conjuez Nacional (E), de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 16 de septiembre del 2022, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

"(…) ADMITE a trámite el recurso de casación propuesto por el doctor Robinson Campoverde Blacio, en calidad de Procurador Judicial del señor MARCO RENE FAJARDO ZUMBA (…)". (Sic)

2.7) El Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

III.-LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*

3.1) Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3[5] de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

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

IV. VALIDEZ PROCESAL.

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

V. LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA ECUATORIANA.

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La CRE, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es *"...un Estado constitucional de derechos y justicia..."*. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

> *"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."*[6].

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

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

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

Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[7]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los

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

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

relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones[8].

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

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

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[9].

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

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

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

c) Finalmente**,** la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

> *"...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho)."*[10], *concluye sobre el tema indicando que "(…) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa..."*[11].

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como objeto la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo, en procura de alcanzar sus fines, en la justicia especializada en materia de Familia, Niñez y Adolescencia.

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

---

[8] **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 189: "***Art. 189.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.- La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones;(…)"*

[9] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

[10] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

[11] bídem, Pág. 28

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

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

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...".* [12]

Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 266 y 269, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

> ***"Art. 266.- Procedencia.*** *El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.*
> *Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.*
> *Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración".*
> ***"Art. 269.- Procedimiento****. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley (…)"*

Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, "*es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede*", en este sentido, *"rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."* [13]

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

El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los actos jurisdiccionales descritos en el artículo 266 del COGEP, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que "(…) *La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia*".[14]

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

[12] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[13] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y AsociADOS, Quito, 2005, pag. 41.
[14] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

"Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:
1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *"...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica..."*[15].

Por su parte, el jurista Piero Calamendrei define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*[16]

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI. ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1) A través del recurso de casación, corresponde al suscrito Tribunal, determinar si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales previstas en el COGEP, aplicable al caso.

6.2) En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **2.6)** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación limitando el mismo al cargo descrito en el numeral 5 del artículo 268 del COGEP; ergo, inexorablemente el recurrente debía referirse en su fundamentación exclusivamente a esta causal, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

6.3) Análisis de la causal 5 descrita en el artículo 268 del COGEP, en el caso concreto.

El numeral 5 del artículo 268 del COGEP, establece:

"Art. 268.- Casos. *El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*
5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales

[15] Fernando de la Rua, El Recurso de Casacion, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20
[16] Piero Calamandrei, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto".

En el mentado caso, "*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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la 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 (…) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(…)"*[17]

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo casacional elegido (*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (*debida fundamentación y demostración*)
- La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

La causal 5 del artículo 268 del COGEP, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutiva, sobre la misma, esta Alta Corte ha señalado:

> "*…se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente"*[18]

Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

[17] Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más..
[18] Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 1999.

"(…) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella…que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material" (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otros normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (…)"[19]

Por otra parte, también es de relevancia analizar el ámbito conceptual de precedente jurisprudencial obligatorio.

Los precedentes jurisprudenciales son parámetros interpretativos emitidos por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a partir de criterios desplegados de forma reiterada en la parte resolutiva de las sentencias, estos tienen como objetivo el de fortalecer y afirmar, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica.

La CRE, en los artículos 184 numeral 2 y 185, establece como atribución de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de esta Alta Corte, que repitan por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

El COFJ, en los artículos 180 numeral 2 y 182, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, fundamentada en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

En relación a la publicación de los fallos de esta Alta Corte, el artículo 197 del COFJ, establece lo siguiente:

"Art. 197.- Publicación de los fallos.- Sin perjuicio de la publicación de las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social se publicarán en el Registro Oficial todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia"

Entonces, solo las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, originadas en las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, constituyen jurisprudencia imperativa y vinculante.

Por otra parte, sin constituirse como jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social, todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, se publican, las mismas que pueden emerger como jurisprudencia indicativa, no vinculante.

6.4) Descripción de los yerros de casación invocados con una breve síntesis del argumento principal.

Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien señala en su fundamentación, lo siguiente:

[19] Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

"(…) En la presente causa, comparece Marco René Fajardo Zumba, y manifiesta que la madre del menor cuyo reconocimiento se demanda vía nulidad, esto es ANA LUCIA YASCARIBAY FAJARDO, (y no como se establece en la parte enunciativa de la sentencia impugnada ANA LUCIA ORTIZ YASCARIBAY) había manifestado que el menor ALEXANDER EMANUEL, era mi hijo, que con éstos engaños por creer precisamente en la palabra de Ana Lucia Yascaribay, procedió a reconocer al menor como suyo; más sin embargo a los pocos días de haber reconocido al menor, su hermano JOSE FRANCISCO FAJARDO ZUMBA, le había manifestado que la paternidad del mismo menor, también le había sido atribuida aquél, por haber mantenido una relación de noviazgo por más de tres años con la madre del menor.

La sentencia impugnada es contradictoria, ya que su fundamentación es sobre un juicio de impugnación de reconocimiento de paternidad; cuando de la pretensión de la presente acción deviene que se demandó la nulidad del acto de reconocimiento de paternidad por error; se trata de un texto previamente determinado y que podría establecerse como un molde, ya que indebidamente se aplica normas del código civil como el art 1683 que refiere a la confusión parcial y habla de la extinción de la deuda; el art 1481 cc. Que se refiere a con donación del dolo; art. 1502, Cc riesgos, concepto de destrucción; art. 1561 Cc Todo contrato es Ley para las partes, normas de derecho sustantivo que fueron indebidamente aplicadas y que fueron determinantes en la parte dispositiva de la sentencia, ya que su aplicación en éste proceso es indebida.

Pero en el supuesto de sostenerse que se trata de un error de numeración de las normas por las reformas introducidas al Código Civil, hemos de precisar que en la presente causa NO se aplica la norma del art. 1467 C civil, que trata sobre los vicios del consentimiento, y que es premisa fundamental de ésta acción.

En éste orden de ideas, podemos establecer que en sentencia se trata erradamente sobre la impugnación de paternidad; sobre negocios jurídicos; sobre la nulidad absoluta y relativa, y en forma teórica se refieren a casos doctrinarios muy ajenos al que nos ocupa.

En el considerando 3.7 se fundamenta en el art. 1502 y 1561 C civil estableciendo los requisitos para que una persona se obligue con otra, y que un contrato se convierte en ley para las partes, quedando obligadas a cumplirlo, normas de derecho sustantivo que han sido indebidamente aplicadas y que nada tienen que ver en la presente causa en donde no se trata de contratos.

hemos invocado la Jurisprudencia emanada dentro del juicio 01613- 2019- 00320 misma que se adjuntó al escrito de fundamentación del recurso, criterio que igualmente se plasma en la Jurisprudencia dada en el proceso N° 09201- 2017- 01215.

En la Jurisprudencia enunciada y que de conformidad con la norma constitucional del art. 185, debía ser aplicada en forma obligatoria por los jueces de la Sala Multicompetente, se establece en forma clara y meridiana que el error, o el engaño se justifica plenamente con la existencia del resultado del examen de ADN, y es por ese motivo en donde para justificar precisamente éste vicio del consentimiento que se solicitó la práctica del examen de ADN, siendo materia de apelación y sin que el Tribunal de alzada se haya pronunciado sobre la pertinencia de dicho medio de prueba que fue debidamente anunciado y solicitado en la audiencia respectiva.

El error es por su naturaleza, contrario al consentimiento y puede definirse como "La disconformidad de las ideas con la naturaleza de las cosas, o sea, el concepto inexacto que se tiene de la Ley, de una persona o de una cosa. Consiste en creer verdadero lo que es falso o creer falso lo que es verdadero" (juicio 01613- 2019- 00320).

El error se esgrime como el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, al cual puede arribarse por el engaño, al transmitirse ese falso conocimiento.

En la presente causa Marco René Fajardo Zumba, creyendo que el menor es su hijo confiado en la relación amorosa que mantuvo con Ana Lucia Yascaribay, y creyendo en su palabra procedió a reconocer al menor; más sin embargo a los pocos días se entera por boca de su propio hermano que la paternidad del menor también le fue atribuida. Ha existido entonces error esencial que ha llevado al accionante a reconocer como suyo al referido niño, construyendo tal conclusión fáctica, con las premisas instruidas por la declaración de la parte demandada en donde manifiesta que manifestó a Marco René fajardo que el menor era su hijo y por ese motivo acudieron al registro Civil en forma voluntaria a reconocer al menor; hecho

que también es corroborado con las propias testigos de descargo que en similar versión dieron sus atestaciones.
Por lo expuesto, desde ya he de solicitar se acepte a trámite mi recurso y se case la sentencia, declarando con lugar la presente acción, sin perjuicio de declarar la nulidad de todo lo actuado por haberse inobservado garantías constitucionales respeto al haberme dejado en indefensión y haber violentado mi derecho a la legitima defensa al solicitar la práctica del ADN y al negarse dicha prueba debidamente anunciada.". (Sic)

6.5) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener los cargos de aplicación indebida de los artículos 1683, 1481, 1502, y 1561 del Código Civil, y la falta de aplicación del artículo 1467 del Código Civil, y de los "precedentes jurisprudenciales" No. 16013-2019-00320 y 09201-2017-01215. También el recurrente sostiene la vulneración de los artículos 76 numeral 7, literales a) y b), y 82, de la CRE.

6.6) El cargo de **falta de aplicación**, opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales o precedentes jurisprudenciales que ha debido aplicar, y que, de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

6.7) Por otra parte, la **aplicación indebida**, acusada por el censor, de acuerdo a la técnica de la casación, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma que corresponde realmente.
De los conceptos expuestos, se evidencian dos presupuestos: 1. Que la norma con la que se subsumieron los hechos, no es la aplicable al caso; y 2. Que producto de ello, la disposición que la regula fue inaplicada, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

6.8) Ahora bien, adentrándonos en los fundamentos del recurso, en torno a la censura de violación de preceptos constitucionales, en la sentencia del *Ad quem*, es de entender que la CRE, contiene principios y reglas jurídicas; así, el Título II, capítulo VIII, determina los "derechos de protección", y despliega, entre otros, los artículos 76 numeral 7, literales a) y b), y 82, referentes al derecho de defensa, como parte del debido proceso, y a la seguridad jurídica, los cuales, son principios, es decir mandatos de optimización que son desarrollados por garantías normativas para procurar su materialización; ahora, si bien es cierto, el recurrente define las normas que a su criterio han sido infringidas, no delimita y explica si respecto de las mismas existe un error de omisión (falta de aplicación), subsunción (aplicación indebida) o de interpretación (errónea interpretación), *per se*, inobserva el principio de taxatividad, propio del cargo casacional, lo que impide extraer cargos precisos de estudio, por lo que, lo alegado es improcedente.

6.9) En lo referente a la vulneración de precedentes jurisprudenciales obligatorios, acusado por la parte recurrente, es menester considerar que la postulación de la censura, estuvo enfocada en la falta de aplicación de los fallos de casación constantes en los casos No. 16013-2019-00320 y 09201-2017-01215, emitidos por la Corte Nacional de Justicia.
Ahora bien, al desarrollar el ámbito de irradiación del cargo casacional en estudio (numeral **6.3)** de la presente sentencia), se delimitó constitucional y normativamente cual es la naturaleza jurídica del precedente jurisprudencial obligatorio, en la actualidad, a partir de la vigencia de la CRE del 2008; en esa ilación, queda claro y fuera de toda duda que los fallos aludidos por el recurrente, no constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya que no emergen como fallos de triple reiteración, integrado por sentencias que repitan por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, establecido mediante la resolución correspondiente por el Pleno de esta Alta Corte; ergo, la acusación formulada por el recurrente, adolece de debida fundamentación y demostración al sostener su recurso en sentencias que no tienen el carácter de vinculantes e imperativas, sino tan solo indicativas, siendo por tanto improcedente.

6.10) En lo referente a las normas de derecho sustantivo, acusadas como infringidas, se hallan delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional, en ese escenario, corresponde verificar si la censura planteada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se analiza **el problema jurídico planteado**, que se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿Los hechos planteados en la demanda, tienen relación con una acción de impugnación de paternidad, impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, o

de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad?

¿El *Ad quem*, en su sentencia, incurre en error de subsunción (aplicación indebida de los artículos 1481, 1502, 1561, y 1683 del Código Civil, y en error de omisión (falta de aplicación) del artículo 1467 del Código Civil, al ratificar la sentencia del *A quo,* y declarar improcedente la acción judicial que procuró enervar la filiación?

6.11) Como primera cuestión, es de relevancia discriminar si los hechos planteados tienen relación con una demanda de impugnación de paternidad, de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, o una acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, para a partir de ello determinar si, existió la aplicación indebida y falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo acusadas por el censor.

6.12) Tanto la acción de impugnación de paternidad, la de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, o la de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, tienen relación directa con la institución jurídica de la filiación, que tiene ilación con el derecho a la identidad de toda persona, más aún en tratándose de niños, niñas o adolecentes.

6.13) En función del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, previsto en los artículos 44 de la CRE, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el Estado, la familia y la sociedad entera están obligados a tutelar y garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos humanos de este grupo de la sociedad, reconociéndoles su calidad de sujetos de plenos derechos, y beneficiarios de protección especial atendiendo a su condición de personas en formación; que, implica una noción relacional, es decir, supone que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, la prioridad deben tenerla los niños y las niñas, interés que, prevalece por sobre el de los padres, de la sociedad y del Estado; los Jueces y Juezas están obligados a proteger y privilegiarlos en todos los casos en los que sus derechos se encuentren en juego, de tal modo que se logre la efectiva protección y goce. Ergo, las decisiones que se tomen deben, no solo reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, sino que además en ese proceso de decisión, deberá garantizarse que ellos/ellas lo sepan, lo sientan y lo perciban cotidianamente reafirmando su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a una vida de calidad y su derecho a llevar adelante su proyecto de vida. Este principio, está en relación directa con la Doctrina de la Protección Integral, que considera al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo, doctrina que, el Ecuador adoptó a la firma de los instrumentos internacionales y, que han sido debidamente recogidos y adecuados en nuestra legislación[20].

6.14) En el contexto indicado, **la filiación** es el vínculo jurídico que da lugar al parentesco entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre y la otra el hijo o hija, relación que permite a los seres humanos reconocerse como miembro de un grupo o segmento social, de una familia.

El artículo 24 del Código Civil ecuatoriano, refiere que se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial, es decir, existen diferentes formas de filiación: filiación biológica, filiación social y filiación jurídica.

La filiación biológica, surge por el hecho natural de la procreación; la filiación social, es la que nace de la convivencia entre una persona que asume el papel de padre o madre y otra que asume el de hijo o hija; convivencia que genera derechos y obligaciones, así como vínculos afectivos, culturales y sociales; la filiación jurídica, es aquella que se establece por declaración judicial.

La filiación respecto de la madre, se conoce como maternidad, en tanto que la filiación respecto del padre, como paternidad. La primera ofrece certezas cuando es el resultado del parto, mientras que la paternidad, se acredita a través de presunciones, así el hijo de mujer casada lo es del marido

[20] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

de su madre; y, la paternidad del hijo de mujer soltera es incierta por principio y solo puede llegar a establecerse por reconocimiento voluntario del padre o por sentencia que así lo declare.
Sobre el reconocimiento de la filiación, la doctrina mantiene una línea uniforme, considera que es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de afirmarse como padre o madre de determinada persona. Se trata de un acto: 1) unilateral, al constituirse en una declaración única y no recepticia del reconocedor, pues, no precisa de aceptación; 2) se trata de un acto personalísimo del reconocedor (que es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de las que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuando su condición de ser padre o madre, hechos ambos implícitos en la afirmación que comporta todo reconocimiento); 3) formal y expreso; 4) Se trata de un acto puro, no sometible a condición o termino; 5) Se trata de un acto irrevocable, aunque susceptible de impugnación[21].
6.15) En el contexto señalado *ut supra,* es que emergen las garantías normativas para hacer efectivo el derecho a la identidad, en tratándose de **hijos nacidos dentro del matrimonio o unión de hecho,** por lo cual, el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, esta presunción se extiende al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en la ley.
6.16) Asimismo**, los hijos nacidos fuera de matrimonio** pueden ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozan de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del artículo 63 del Código Civil. Según nuestra estructura normativa, el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. En todos los casos el reconocimiento será irrevocable.
En aras de materializar los principios y derechos antes referidos (interés superior, desarrollo integral), es que, emerge el carácter irrevocable del acto de reconocimiento voluntario de los hijos/as; más aún cuando en el Estado constitucional de derechos y justicia, la garantía de ejercicio y goce de los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la identidad, que deriva de la dignidad, derecho profundamente vinculado a la idea de SER, que incluye el derecho a la identificación; nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos; conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales, debe materializarse en cada caso; por ello, *prima facie,* resulta un contrasentido dejar al arbitrio del reconociente la modificación del estado civil de la persona por él reconocida, estado civil, que a más de generar lazos de filiación o parentesco por el estatus o condición de hijo o hija, conlleva la generación de vínculos que van más allá de lo jurídico, vínculos afectivos, emocionales, sociales, económicos, culturales, lingüísticos que constituyen la plataforma para el desarrollo de su proyecto de vida; de su forma de ser y estar en este mundo[22].
6.17) Tanto la acción de impugnación de paternidad, la de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, o la de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, cuando se declara su procedencia, enervan la filiación, por ello, la legislación sustantiva civil establece ciertas garantías normativas para la aplicación de dichas instituciones jurídicas, en aras de tutelar al máximo el derecho de identidad y el vínculo jurídico existente entre las personas; ahora bien, para dar respuesta al recurso planteado, es de relevancia el estudio de las instituciones jurídicas aludidas.
6.18) La acción de impugnación de paternidad.- Esta acción está orientada a enervar la filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio o unión de hecho.
Prima facie, hay que considerar que normativamente (artículo 233 del Código Civil), el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, esta presunción se extiende al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en la ley.

[21] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.
[22] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

El artículo 24 del Código Civil ecuatoriano, refiere que se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad, por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente, de lo cual emerge una presunción legal.

La determinación de filiación del hijo (a) concebido dentro de un matrimonio, legalmente reconocido, presenta tres posibilidades: **a)** que los cónyuges personal y conjuntamente acudan al acto de inscripción del nacimiento; **b)** que solo la cónyuge acuda al acto de inscripción del nacimiento; y, **c)** que solo él cónyuge (marido) acuda al acto de inscripción; similares situaciones fácticas se suscitan en tratándose de hijos nacidos dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente.

Independientemente de las posibilidades que puedan presentarse en la inscripción de un hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente, tanto si el padre asiste o no al acto de inscripción, dicha cuestión no es de relevancia en función de la presunción legal establecida en el artículo 24 literal a) del Código Civil, en relación con lo que establece el artículo 233 ibídem, que en su parte pertinente señala:

> *"**El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él**, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).*
>
> *Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código".* (El énfasis nos corresponde)

Ahora bien, la presunción legal de paternidad, establecida en las normas antes indicadas, es susceptible de impugnación, en la cual, el tema medular de discusión es la verdad biológica, que se acredita "*mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).*".

En la ilación desarrollada, el artículo 233 A del Código Civil, singulariza las personas que tienen legitimación para incoar esta acción de impugnación de paternidad, en el siguiente sentido:

> *"La acción de impugnación de paternidad o maternidad podrá será ejercida por:*
>
> *1. Quien se pretenda verdadero padre o madre.*
> *2. El hijo.*
> *3. El que consta legalmente registrado como padre o madre y cuya filiación impugna.*
> *4. Las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnable perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan legalmente como padre o madre. En este caso, el plazo para impugnar será de ciento ochenta días contados a partir de la defunción del padre o madre".*

Las normas invocadas, establecen con claridad en qué casos opera la impugnación de paternidad, y quienes son los legitimados activos para el efecto; asimismo desde la óptica de la teoría general de la prueba judicial, refieren las garantías normativas que el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), tiene eficacia en esta acción dado que lo que se discute es la verdad biológica.

6.19) La impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad y la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad. - Estas acciones están orientadas a enervar la filiación de un hijo nacido fuera del matrimonio o unión de hecho, pero reconocido voluntariamente por el padre o madre.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio o unión de hecho (legalmente reconocida), pueden ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozan de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del artículo 63 del Código Civil. Según nuestra normativa, el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. En todos los casos el reconocimiento será irrevocable, al tenor de lo analizado en los numerales precedentes.

Según nuestras garantías normativas (artículo 250 del Código Civil), **la legitimación activa para la impugnación del reconocimiento voluntario** la tiene *el hijo o cualquier persona que pueda tener interés en ello,* dentro de esta clasificación se excluye al reconociente.

A su vez, en casos concretos, la estructura normativa, establece la posibilidad de que el acto de reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, pueda ser impugnado por vía de nulidad, otorgando la legitimación activa al reconociente; estos casos tienen estricta relación con la inobservancia de los requisitos indispen-

sables para dotar de validez al acto de reconocimiento, al momento de otorgar el mismo.

En estos casos, la ausencia de vinculo consanguíneo (ADN) con el reconocido no constituye prueba para la impugnación de reconocimiento, ya que no se discute la verdad biológica.

En este sentido esta Alta Corte ha señalado:

> *"SEGUNDO.- El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, en que no se discute la verdad biológica"*[23]

Ahora bien, "*Sobra decir que, si al acto de reconocimiento no concurre la condición de voluntario, esto es, si se encuentra viciado, o tiene una causa u objeto ilícitos, o ha sido realizado por una persona incapaz carece de valor, por lo que puede declararse su nulidad, previo el trámite correspondiente*"[24]

"*No todo acto de reconocimiento surte efectos jurídicos, para ello es necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1461 del Código Civil, a saber: que la persona que lo otorga sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración; que su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.*"[25]

En el sentido explicado, es claro que uno de los concretos casos en que el reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, puede ser impugnado vía nulidad, es aquel en el que el acto adolece de un vicio en el consentimiento.

La manifestación de un vicio para hacer valer un acto, tiene como fin el perjudicar o sacar ventaja mediante el engaño, la fuerza, amenazas, o la simple intención de hacer daño, hechos que de manera normal no podrían ser aceptados por el suscribiente si es que se tuviese conocimiento de su existencia; por lo cual la aplicación de estos mencionados vicios de los que puede adolecer el consentimiento se encuentran establecidos en la legislación nacional, para que de esta manera se pueda encontrar su existencia en el acto de voluntad, cuando corresponde.

El artículo 1461 del Código Civil, señala que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

> *"1. Que sea legalmente capaz;*
> *2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;*
> *3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,*
> *4. Que tenga una causa lícita.*
> *La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra" (El énfasis nos corresponde)*

El artículo 1697 del Código Civil prescribe: "*Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes (…)*".

Según nuestra legislación sustantiva, los vicios de los que puede adolecer el consentimiento son el error, fuerza, y dolo (artículo 1467 del Código Civil).

El objetivo principal que persiguen los vicios del consentimiento es invalidar la "libre voluntad" de una persona, derivada de la concurrencia de uno de ellos; por tal motivo, la consecuencia directa es la anulación absoluta del acto, ya que el consentimiento estuvo viciado.

El error puede ser de derecho o de hecho. Puede existir error de hecho sobre la persona (artículo 1471 del Código Civil).

En derecho, una persona incurre en el error cuando tiene una idea o concepto equívoco sobre algún aspecto del acto, lo cual da lugar al falso conocimiento. El error puede ocurrir, bien sea por ignorancia o equivocación, pero sin importar cuál es el caso, constituye una falsa recreación de la realidad porque los hechos no han sucedido como se ha pretendido mostrar.

No todos los errores que pueden presentarse tienen el mismo accionar jurídico. Por tanto, el mismo no siempre deriva a la nulidad del acto, salvo que sea un error relevante.

La fuerza, es aquella coacción de carácter material o físico, moral o sicológico encaminada a

[23] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.
[24] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.
[25] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

conseguir el consentimiento o la voluntad de una persona.

El dolo, consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

6.20) Ahora bien, revisada la acción planteada por Marco Rene Fajardo Zumba, se establece que, de la narración de los hechos y su súplica, se hace relación a que *"Ana Lucia Yascaribay Fajardo maquino todo un plan para que reconociera legalmente al niño Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay, para lo cual se valió de engaños y toda clase de maniobras para que yo procediera ir a reconocer en el registro civil el día 6 de marzo y de esta manera un acto de benéficos para sus intereses en el cual yo no recuerdo en ningún momento haber acercado de manera voluntaria a reconocer a dicho niño"* (Sic).

En ese contexto como fundamentos de derecho plantea lo siguiente: *"En lo referente a los vicios de consentimiento que adolece el acto lo encontramos en los artículos 1461.2; 1467; 1474; 1697 y 1698 del Código Civil. Fallo de triple reiteración que se refiere a la impugnación de reconocimiento, Resolución No. 05-2014 de suplemento del registro oficial No. 346 del 2 de octubre del 2014".*

Es decir, los supuestos fácticos y jurídicos planteados estuvieron encaminados a una acción de *nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad,* de un hijo nacido fuera del matrimonio, particular que se consolida con la pretensión que obra de la demanda donde se solicita "*la nulidad del acto de reconocimiento en el sentido que se verifique que fue engañado, apreciándose la existencia de dichos de consentimiento (fuerza, dolo) al momento de reconocer al niño conforme consta el acta correspondiente del Registro Civil del Cantón Azogues provincia de Cañar demostrando que al momento de otorgarlo mi voluntad se encontraba totalmente viciada"(Sic).*

Por su parte, la accionada, en función del contradictorio, al contestar la demanda, y a lo largo del proceso, sostiene que el hoy actor, acudió personalmente al Registro Civil, que, *per se,* hizo un reconocimiento voluntario del niño de iniciales A.E.F.Y.; el mismo que al tenor de la regla establecida en el artículo 248 el Código Civil, es irrevocable, por lo cual debe aplicarse dicha garantía normativa y el precedente jurisprudencial obligatorio establecido en resolución No. 05-2014 de la Corte Nacional de Justicia.

En base al análisis desarrollado, queda despejada la primera interrogante planteada para resolver el problema jurídico.

6.21) Conforme lo fijado en el numeral que precede, al tratarse de una acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, la teoría probatoria debía estar encaminada a justificar la existencia de un hijo nacido fuera del matrimonio o unión de hecho, el reconocimiento realizado por el actor respecto de ese hijo; y, la filiación paterna derivada de un acto de voluntad en el que, no se verificó la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez, al momento de otorgarlo.

6.22) En el caso concreto, de la revisión de la sentencia impugnada, se arriba a los siguientes hechos fijados como ciertos:

- Marco Rene Fajardo Zumba (actor), reconoce haber tenido relaciones sexuales con la ciudadana Ana Lucia Yascaribay Ortíz.
- El 4 de enero de 2016, fuera del matrimonio, nació el niño, hijo de la ciudadana Ana Lucia Yascaribay Ortíz.
- El 6 de marzo de 2017, el hoy accionante Marco Rene Fajardo Zumba, reconoció como suyo al niño, hijo de la ciudadana Ana Lucia Yascaribay Ortíz.
- El menor de edad reconocido, fue registrado con los nombres de Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay.
- Cuando Marco Rene Fajardo Zumba (actor), realizó el acto de reconocimiento del menor Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay, tenía capacidad jurídica y voluntad para ejercer derechos y adquirir obligaciones.
- De la manifestación de voluntad otorgada por Marco Rene Fajardo Zumba, no se observa dato alguno que conduzca a justificar un error, fuerza, o dolo.

6.23) Sobre la base del análisis jurídico desarrollado y los hechos fijados como ciertos, corresponde dar respuesta al fundamento casacional, en esa ilación, se considera lo siguiente:

6.24) Del examen de los argumentos planteados, se determina que el impugnante orientó su alegato casacional a cuestionar la inadmisión, conducencia, pertinencia, utilidad, y justipreciación que realiza el *ad quem,* de los medios probatorios, en especial de la pericia de ADN, bajo el argumento que el Tribunal de apelación no se pronunció sobre la inadmisión de dicha prueba, que según su criterio era fundamental para justificar el vicio del consentimiento en el que incurrió al reconocer al menor de iniciales A.M.F.Y., y para su defensa, sin considerar el recurrente que, en la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, incoada, conforme lo indicado *ut supra*, la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de

ADN, no constituye prueba, ya que no se discute la verdad biológica; en ese escenario, además, tal como se ha planteado el recurso, el censor, incurre en la vulneración del principio de *no debate de instancia*, pues pretende que se valore nuevamente la prueba, y analice cuestiones referentes a la misma.

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

> *"(…) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente.* ***Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba,*** *sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (…)*
>
> ***la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia.*** *El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (…)"*[26]

Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, relacionada con la inadmisión de una prueba, inconducente, impertinente, e inútil para los fines de la acción incoada, lo cual es violatorio al principio de *"no debate de instancia"*, por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén "*se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia*"[27]. La parte recurrente debía sostener con debida fundamentación y demostración, las razones por las cuales existe vulneración de normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales obligatorios, y su trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados y la vulneración del derecho de defensa, y de la seguridad jurídica.

6.25) En lo referente a la censura de aplicación indebida de los artículos 1683 y 1481 del Código Civil, es menester indicar que la cuestión fáctica justificada en autos, no fue subsumida en dichas garantías normativas, es más de la lectura de la sentencia impugnada, se observa categóricamente que dichas normas se hallan consignadas como parte de una *obiter dictum,* referente a la transcripción de un pasaje de jurisprudencia chilena, no trascendente en la decisión del caso, por ello, la supuesta vulneración de dichas reglas jurídicas, adolece de debida fundamentación y demostración, siendo la impugnación improcedente.

6.26) En lo concerniente a la acusación de aplicación indebida del artículo 1502 del Código Civil, de la revisión integra de la resolución impugnada, se avizora la mención numérica de dicha norma, pero la ilación argumentativa desarrollada por el *Ad quem*, tiene relación con aquellos elementos normativos necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, cuyo contenido está desarrollado en el artículo 1461 del Código Civil; entonces, si bien

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

[27] Murcia Ballen, Humberto, "Recurso de Casación Civil", 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

es cierto, existe un error de digitación numérico de la regla jurídica objeto de estudio por parte del *Ad quem*, el mismo no es trascendente para la resolución del caso, ya que en efecto, el Tribunal de apelaciones, estudia uno de los puntos medulares de la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, relacionado con los requisitos necesarios para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad, entre los que constan la capacidad legal, el consentimiento libre de todo vicio, el objeto, y la causa lícita, constantes en el artículo 1461 del Código Civil, cuestiones desarrolladas por el Tribunal de segunda instancia, que coadyuvaron a concluir que el actor no había justificado la ausencia de alguno de dichos requisitos para la validez del acto jurídico de reconocimiento de paternidad; ergo, se evidencia la vulneración de los principios de debida fundamentación, demostración, y trascendencia, en la censura planteada.

En el mismo sentido, la impugnación referente a la aplicación indebida del artículo 1561 del Código Civil (relativo al efecto de los contratos), carece de debida fundamentación, ya que, si bien es cierto esta norma no tiene relación alguna con los hechos derivados de la traba de la litis, toda vez que el acto de reconocimiento voluntario de paternidad, no es un contrato, no hay que olvidar que al igual que las convenciones, dicho reconocimiento (de paternidad), es una fuente de las obligaciones al tenor del artículo 1453 del Código Civil; en esa ilación, el *Ad quem,* enfoca su análisis en el instituto de la autonomía de la voluntad, que si tiene relación con el instituto objeto de la acción incoada y su impugnación mediante la acción de nulidad, conforme lo escrito en párrafos anteriores; entonces, no se evidencia la errada subsunción de los hechos fijados como ciertos en la norma sustantiva acusada como infringida, con la consecuente inobservancia de la norma que correspondía aplicar debidamente, por tanto no existe la aplicación indebida aludida.

6.27) Aparte de lo indicado *ut supra*, en torno a la aplicación indebida de los artículos 1683, 1481, 1502, 1561 del Código Civil, el recurrente no formula una proposición jurídica completa, ya que no indica que normas debían ser aplicadas debidamente, en vez de aquellas acusadas como aplicadas indebidamente, siendo por tanto la censura relacionada con este cargo casacional improcedente.

6.28) Finalmente, en cuanto a la falta de aplicación del artículo 1467 del Código Civil, aquel, se encuentra circunscrito dentro del Libro IV "De las obligaciones en general y de los contratos", Título II "De los actos y declaraciones de voluntad", del cuerpo normativo en referencia, en ese contexto, la naturaleza jurídica de la norma objeto de análisis, tiene relación directa con los vicios de que puede adolecer el consentimiento (en un acto o declaración de voluntad), que según la norma invocada son el "*error, fuerza y dolo";* ahora bien, de los hechos que se tienen como ciertos, consignados *ut supra*, no se desprende que Ana Lucia Yascaribay, haya "*maquinado*" todo un plan para que Marco Fajardo (hoy actor), reconociera legalmente al niño, por medio de "*engaños y toda clase de maniobras*" para que *"procediera ir a reconocer en el registro civil el día 6 de marzo"*, o que lo hayan sorprendido, indicándole que llamarían a su esposa y ejecutarían una orden de prohibición de salida del país, si no accedía a reconocer al menor, o que, por estado de embriaguez o por enfermedad (diabetes), haya sido enervada su voluntad; ergo, procesalmente no se halla justificado que el actor Marco Rene Fajardo Zumba, el 6 de marzo de 2017, en el acto de reconocimiento voluntario del menor Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay, haya actuado por error, por medio de fuerza, o dolo; *a contrario sensu*, los hechos fijados como ciertos, coadyuvan a concluir que el actor, acudió libre y voluntariamente, a reconocer al menor referido, por tanto no emerge ningún vicio del consentimiento, que enerve el acto de voluntad que generó obligaciones.

Hay que tomar en cuenta que el artículo 1467 del Código Civil, debe aplicarse cuando fáctica, probatoria y jurídicamente, se justifica la existencia de un vicio de consentimiento en el acto de reconocimiento de paternidad, en ese sentido, la propuesta fáctica debía ser verificada con la propuesta probatoria encaminada necesariamente a fijar como hechos determinantes y ciertos, que en el acto "libre y voluntario" existió error, fuerza o dolo, lo cual enervo esa libre voluntariedad, cuestión no verificada, por lo cual la norma *in comento* no era aplicable; ergo, se desestima el cargo de falta de aplicación de la norma sustantiva.

6.29) Por todo lo indicado, no se advierte vulneración de normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales, en la labor intelectiva de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por el impugnante, a través del recurso interpuesto, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas o precedentes que se consideran violados y por ende provocarían un error de derecho; asimismo,

no explica la influencia que han tenido los presuntos *errores in iure*, sobre la parte dispositiva de la resolución cuestionada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del remedio procesal objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado por la parte recurrente, persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una aplicación indebida de los artículos 1683, 1481, 1502, y 1561 del Código Civil, una falta de aplicación del artículo 1467 del Código Civil, o de los "precedentes jurisprudenciales" No. 16013-2019-00320 y 09201-2017-01215, o una vulneración de los artículos 76 numeral 7, literales a) y b), y 82, de la CRE, es improcedente.

VII. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad, ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,***

RESUELVE:

7.1) *Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Marco Rene Fajardo Zumba, actor, por intermedio de su procurador judicial, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores* in iudicando *y los cargos acusados.*

7.2) *Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.*

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

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 09333-2022-00171

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **David Jacho Chicaiza**

ACCIÓN
DIVORCIO

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El Tribunal de esta Alta Corte, rechaza el recurso de casación, ya que la sentencia de apelación, cuenta con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, lo que hace concluir que está debidamente motivada; asimismo, no vulnera ninguna norma de derecho sustantivo.

Quito, viernes 10 de noviembre del 2023, las 15h07

VISTOS.- En virtud del recurso de casación planteado por Marco Fritsche, demandado, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*; el suscrito Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el medio de impugnación extraordinario; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. La ciudadana Ileana Isabel Vásquez Guevara, en procedimiento sumario, demanda a Marco Fritsche, la disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio; en el siguiente contexto:

"(…) El 29 de agosto del 2003 en la ciudad de Filderstadt, República de Alemania celebraron contrato de matrimonio civil por una parte el señor Marco Fritsche y por la otra la señora Ileana Isabel Vásquez Guevara.

El 26 de mayo del 2016 se procedió a inscribir el matrimonio civil celebrado en nación extranjera en el Registro Civil, Identificación y Cedulación en la República del Ecuador.

El 23 de enero del 2020 el señor Marco Fritsche procedió a abandonar el hogar en común que mantenía con la señora Ileana Isabel Vásquez Guevara y que se encuentra ubicado en la Urbanización Laguna Club, manzana 13, Solar 35, kilómetro 12.5 de la vía a La Costa, parroquia Tarqui, cantón Guayaquil, provincia del Guayas.

La separación conyugal que dio inicio el 23 de enero del 2020 ha sido ininterrumpida habiendo transcurrido dos años sin que los cónyuges Marco Fritsche e Ileana Isabel Vásquez Guevara hayan mostrado algún interés por retomar la relación propia del estado de matrimonio.

La voluntad de la señora Ileana Isabel Vásquez Guevara es dar por terminado el contrato de matrimonio civil que mantiene con el señor Marco Fritsche por lo que comparece ante el órgano judicial competente para demandar como en efecto lo hace a su cónyuge Marco Fritsche y solicitar el divorcio invocando como fundamento de su pretensión la causal 9 del artículo 110 del Código Civil Ecuatoriano.

Sexto.- Los fundamentos de derecho que Justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión.- La presente acción de divorcio contencioso se fundamenta en la causal 9°. del artículo 110 del Código Civil Ecuatoriano que dispone:

"Art. 110.-Causales de divorcio.- Son causas de divorcio:

9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de sels meses ininterrumpidos".

El artículo 81 del Código Civil dispone:

"Art. 81-Matrimonio definición.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir Juntos y auxiliarse mutuamente"

Séptimo.-Pretensión.- La pretensión de la señora Ileana Isabel Vásquez Guevara es que mediante sentencia se declare con lugar la presente demanda de divorcio por la causal 9°, del artículo 110 del Código Civil y se disuelva mediante divorcio el vínculo contractual de matrimonio civil que mantiene con el demandado señor Marco Fritsche (…)" (Sic).

2. De autos se verifica que el accionado, Marco Fritsche, contesta la demanda, y plantea excepciones en el siguiente sentido:

"Rechazo todos los fundamentos de hecho y de derecho presentados por la accionante y presento negativa pura y simple de todo lo expuesto en la demanda por parte de la actora

(…) EXEPCIONES PREVIAS

(…)3.1 Litispendencia

(…) 3.2 Incompetencia de la o el juzgador (…)" (Sic)

1.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

3. Desarrollado el proceso, llevada a efecto la audiencia correspondiente, la abogada Glenda Elizabeth Ortega Marcial, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente, con seden en el cantón Samborondón, emite su sentencia, aceptando la demanda, la misma que es reducida a escrito el el martes 31 de mayo de 2022, en el siguiente sentido:

(…) "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÒN Y LAS LEYES DE LA REPÙBLICA, declaro CON LUGAR la demanda presentada por ILEANA ISABEL VASQUEZ GUEVARA en contra de MARCO FRITSCHE debiendo una vez ejecutoriada la presente sentencia, sentarse razón al margen del acta de matrimonio, para lo cual deberá oficiarse al Jefe del Registro Civil del cantón Guayaquil, lugar donde se registró el matrimonio celebrado en nación extranjera, dejando en autos copia del cumplimiento de esta diligencia.- Sin costas por no solicitadas por la parte actora.- Notifíquese y Cúmplase.-(Sic)

1.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por Marco Fritsche, demandado, el Tribunal de la Sala Especializada de la Familia Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en sentencia de 24 de

noviembre de 2022, rechaza el remedio procesal, y confirma la sentencia de la Jueza *A quo*, en el siguiente sentido:

> *"(…) "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve, rechazar el recurso de apelación propuesto por el señor MARCO FRISCHE a través de su abogado patrocinador Ab. Gabriel Mira Vidal, consecuentemente, confirma la sentencia subida en grado. Sin costas procesales, ni indemnizaciones. Cúmplase y notifíquese." (sic)*

1.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referido, dentro del término legal, el accionado, Marco Fritsche, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

6. El doctor Carlos Pasos Medina, Conjuez Nacional, mediante auto de lunes 8 de mayo de 2023, admitió a trámite el recurso de casación planteado, bajo los siguientes parámetros:

> *"(…) "ADMITE el recurso de casación propuesto, exclusivamente por la CAUSAL SEGUNDA y QUINTA del Art. 268 del COGEP, esta ultimo por el cargo señalado en el acápite VI del recurso interpuesto (…)" (Sic.)*

7. El Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

8. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme las Resoluciones No. 02-2021 y 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda[1], Luis Adrián Rojas Calle[2], y David Isaías Jacho Chicaiza[3], Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores, de esta Alta Corte.

9. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el miércoles 12 de julio del 2023, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Luis Adrián Rojas Calle y Roberto Guzmán Castañeda, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 189 numeral 1 del COFJ, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

10. La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; 189 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación.

[1] Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[2] Acción de personal No. 189-UATH-2023-JV
[3] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL

11. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

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

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

13. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **"6"** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación limitando el mismo a los casos **2 y 5 del artículo 268** del COGEP; respecto de los cuales, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

14. Sobre el caso 2 del artículo 268 del COGEP, señala:

> *"(…) 11 La Jueza Ad Quo de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Samborondón, abogada Glenda Elizabeth Ortega Marcial denota en el fallo con fecha 31 de mayo de 2022, en el considerando CUARTO, respecto a la MOTIVACIÓN, denota lo siguiente: "En esta línea de análisis, la prueba debidamente actuada dentro de este proceso, en especial el proceso de divorcio No.- 09209-2020-001645 interpuesto por la ahora parte demandada que se encuentra archivado, sin embargo, en el mismo, la sentencia dictada con lugar antes de la declaratoria de nulidad de la misma, permiten concluir que la voluntad de ambos cónyuges es la de divorciarse…". (énfasis añadido)*
> *12 .Aclaro que existe un error de tipeo en la propia sentencia de primera instancia que fue confirmada al subir en grado respecto al número de proceso, toda vez que consta en el fallo como proceso de divorcio No.- 09209-2020-001645 siendo lo correcto 09209-2020-00164.*
> *13. Lo importante por ahora, mientas se hilvana el cargo presentado por el caso 2 del Art. 268 del COGEP, es tener presente que la jueza A Quo, para motivar su fallo denota que el proceso de divorcio incoado por Marco Fritsche contra Ileana Isabel Vásquez Guevara con No. 09209-2020-00164 "se encuentra archivado".*
> *14. El Art. 90 numeral 5 del COGEP señala: (…) La Constitución en el Art. 76.7.l señala: (…) por lo que está sentado que las sentencias, como en el caso que nos ocupa, la de divorcio por abandono debe está debidamente motivada, so pena de nulidad.*
> *15. Y los Jueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, mediante sentencia notificada el 25 de noviembre de 2022, confirman la sentencia de la Jueza A Quo y realizan el siguiente análisis respecto a la declaratoria jurisdiccional de la jueza de primera instancia: (…)*
> *16. Debo hacer hincapié en esto: Mientras el fallo de la Jueza A Quo motiva que el proceso de divorcio No. 09209-2020-000164 está "ARCHIVADO", el mismo Tribunal Ad Quem denota que ese divorcio "ARCHIVADO" hace referencia al "ánimo de las partes de disolver el vínculo matrimonial" en este proceso de divorcio No. 09333-2022-00171 que nos ocupa.*
> *17. Por lo expuesto, el fallo recurrido tiene una argumentación jurídica aparente. Tenemos que la Jueza A Quo en la MOTIVACIÓN de su fallo denota que el proceso de divorcio No.- 09209-2020-001645 interpuesto por la ahora parte demandada "se encuentra archivado" mientras que el Tribunal Ad Quem confirma*

la sentencia subida en grado y refiriéndose al mismo proceso 09209-2020-00164, en su sentencia del 25 de noviembre de 2022, manifiesta que: "acepta que el proceso de divorcio no. 09209202000164, que fue presentado como medio probatorio y admitido como prueba de la parte demandada haciendo referencia al ánimo de las partes de disolver el vínculo matrimonial". (énfasis añadido)

18. Además, el Tribunal Ad Quem, en su análisis del fallo, en el considerando CUARTO, no menciona absolutamente nada respecto a lo que motivó la Jueza A Quo respecto a que el divorcio No. 09209-2020-00164, se encuentra archivado" pero el fallo del Tribunal Ad Quem, denota en su decisión de las excepciones previas lo siguiente: "…Así también, se ha observado que, al momento de presentación la demanda del proceso no. 1, el estado procesal de la causa de divorcio del proceso no. 2 se había retrotraído por la nulidad declarada por el Tribunal de alzada a un acto de proposición, el cual no estaba admitido a trámite, es decir, el acto de proposición no estaba calificado, no se habían ordenado las diligencias respectivas como la citación a la parte demandada y por consiguiente no se había trabado la Litis, de ambas causas". (énfasis añadido)

19. La sentencia No. 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional, en su párrafo 77, denota un ejemplo de incoherencia lógica extraído de la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, denota: (…)

22. Entonces, sirva el ejemplo para fundamentar que el Tribunal Ad Quem, en este caso concreto se CONTRADICE, porque mientras confirmó la sentencia subida en grado sin señalar en ningún lado que el divorcio No. 09209-2020-00164 está "archivado", ahora motiva que el estado procesal de ese divorcio "archivado" ahora pasa a que "no se había trabado la litis" pero que "hace referencia al ánimo de las partes de disolver el vínculo matrimonial". No puede motivarse bajo el "abstracto" que un divorcio está "archivado" para concluir que existe el "ánimo" de las partes de disolver el vínculo matrimonial. Es decir, es irracional motivar la decisión del divorcio que se está sustanciando (No. 09333-2022-00171) basándose en un divorcio "archivado" (No. 09209-2020-00164).

23.El Tribunal Ad Quem no ha cumplido con el requisito de motivación en su fallo. El yerro ocurre en la incoherencia lógica, no sigue una lógica toda vez que confirma la sentencia subida en grado que, a su vez, MOTIVA el divorcio No. 09209-2020-00164 que "se encuentra archivado" y que al mismo tiempo ese hecho de un divorcio que "se encuentra archivado" denota el "ánimo" de las partes de disolver el vínculo matrimonial, por lo que la suficiencia motivacional es solo aparente, pues los enunciados propuestos de que el divorcio No. 09209-2020-00164 "se encuentra archivado", no aplica para motivar que el "ánimo de las partes de disolver el matrimonio" en este proceso de divorcio No. 09333- 2022-00171.

24.Entonces, claramente en el fallo del Tribunal Ad Quem existe una incoherencia lógica denotando en su fallo cual es "estado procesal de ambas causas" (refiriéndose a los divorcios No.09333-2022-00171 y No. 09209-2020-00164), y en ningún momento el Tribunal Ad Quem señaló que el proceso de divorcio No. 09209-2020-00164 "se encuentra archivado", como en efecto lo MOTIVÓ y declaró probado la Jueza A Quo, cuya sentencia fue confirmada al subir en grado.

25.Existe yerro en la motivación del fallo recurrido que consiste en la incoherencia lógica, para establecer como motivación dentro del fallo del divorcio No. 09333-2022-00171 que el divorcio No. 09209-2020-00164 está "archivado" (al confirmar la sentencia subida en grado), pero que AL MISMO TIEMPO, "no se había trabado la litis" y que al MISMO TIEMPO, "fue presentado como medio probatorio y admitido como prueba de la parte demandada haciendo referencia al ánimo de las partes de disolver el vínculo matrimonial", lo cual es determinante en la decisión.

26.La incoherencia lógica, es decir, una contradicción entre los enunciados que las componen y sus conclusiones llevaron al Tribunal Ad Quem al no motivar el fallo debidamente, evidenciando que el contenido de la sentencia es irracional, abstracto e ilógico y que, además, le falta armonía entre sus partes (…)" (Sic)

15. Sobre el caso 5 del artículo 268 ibídem, refiere:

"(…) Aclaración para el caso 5 del Art. 268 del COGEP por aplicación indebida del numeral 9 del Art. 110 del Código Civil

35. Fundamento en que se apoya: El 31 de mayo de 2022 la jueza (…) de la Unidad Judicial (…) declaró con lugar la demanda presentada por Ileana Isabel Vásquez Guevara contra Marco Fritsche, disolviendo el vínculo

matrimonial. Sentencia a la cual se presentó recurso de apelación.

36. Los Jueces de la Sala Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia (…) resolvieron, mediante sentencia notificada el 25 de noviembre de 2022 "rechazar el recurso interpuesto por el señor MARCO FRITSCHE (…) confirma la sentencia subida en grado".

37. El Tribunal Ad Quem en su análisis de la sentencia considera lo siguiente: (…)

38. Para declarar la causal de abandono (de hogar), debe acreditarse el carácter injustificado, no solamente que el abandono debe ser entendido como el "sustraerse de las obligaciones y derechos connaturales al efecto conyugal", el simple hecho de abandono o separación no es suficiente para constituir el abandono como causal de divorcio.

39. La misma sentencia denota la boleta de auxilio y orden de restricción en contra del demandado por violencia contra la mujer, "siendo estas medidas de protección administrativa a favor de la actora", es decir, por parte de la misma accionante del divorcio por "abandono injustificado", por lo que el numeral 9 del Art. 110 del Código Civil, NO es la norma llamada a resolver el caso.

40. No guarda relación los hechos del Libelo Inicial de la Accionante al señalar que la "separación conyugal que dio inicio el 23 de enero del 2020 ha sido ininterrumpida habiendo transcurrido dos años sin que los cónyuges Marco Fritsche e Ileana Isabel Vásquez Guevara han mostrado algún interés por retomar la relación propia del estado de matrimonio" confrontándolo con lo expuesto en el análisis de la sentencia del Tribunal Ad Quem respecto a la "boleta de auxilio y orden de restricción en contra del demandado por violencia contra la mujer, siendo estas medidas de protección administrativas a favor de la actora".

41. Por lo tanto, al existir de por medio una boleta de auxilio y orden de restricción en contra del demandado por violencia contra la mujer, a favor de la actora, el abandono del accionado NO es voluntario, ni unilateral, ni injustificado.

42. Se realizó por parte del Tribunal Ad Quem una APLICACIÓN INDEBIDA del numeral 9 del Art. 110 del Código Civil para resolver el caso, declarando abandono injustificado por parte del demandado y denotando en el fallo la existencia de la boleta de auxilio y orden de restricción a favor de la actora.

43. Al existir de por medio la boleta de auxilio y orden de restricción a favor de la actora contra el demandado, la norma llamada a resolver el caso era el numeral 3 del Art. 110 del Código Civil.

44.La Casación tiene su función de vigilar la aplicación de la ley y protegerla. El fallo del Tribunal Ad Quem señala que existe una medida de protección a favor de la actora, por lo que mal puede sustentarse al mismo tiempo (en el propio fallo) que "al tenor de lo dispuesto en el artículo 110 numeral 9 del Código Civil, debe ser entendido como el sustraerse de las obligaciones y derechos connaturales al afecto conyugal" (énfasis añadido)

45. La causal de divorcio por abandono que propone y alega la señora ILEANA ISABEL VASQUEZ GUEVARA no ha cumplido con el requisito de VOLUNTAD como lo establece la normativa. Tampoco cumple con el requisito de UNILATERAL unido a lo INJUSTIFICADO. El ofensor debe sustraerse INTENCIONALMENTE al cumplimiento de sus deberes conyugales, esto es, en forma VOLUNTARIA, INTENCIONAL y LIBRE.

46. El fallo de Segunda Instancia señala que la actora solicita se declare el abandono por parte del demandado y al mismo tiempo (denota el fallo) que la actora tiene a su favor una boleta de auxilio y orden de restricción en contra del demandado por violencia contra la mujer. La Corte Nacional de Justicia, en su resolución 05-2017, declaró Precedente Jurisprudencial Obligatorio el siguiente punto de derecho: "El uso de la noción, separación, no desnaturaliza el sentido de la causal abandono invocada, cuando se advierte que uno y otro término son utilizados como sinónimos por los sujetos procesales y/o cuando se ha probado que la separación se ha producido por voluntad unilateral e injustificada, y al pasar el tiempo y adquirir el carácter de definitiva, ésta se ha convertido en abandono, al producir como resultado el incumplimiento de los deberes conyugales".

47. Entonces, se tiene el elemento de que sea voluntario (que no sea por obligación), y que sea unilateral UNIDO a lo injustificado. El fallo del Tribunal Ad Quem denota la "boleta de auxilio y orden de restricción en contra del demandado por violencia contra la mujer" a favor de la actora contra el demandado. La causal

de divorcio por "abandono" que alega la actora no cumple los requisitos de voluntad. El demandado está OBLIGADO a cumplir la boleta de auxilio y la orden de restricción.
48. El que abandona el hogar conyugal debe atribuírsele sin causa que lo justifique y la misma sentencia del Tribunal Ad Quem denota una boleta de auxilio y orden de restricción en contra del demandado. Se infringe el numeral 9 del Art. 110 del Código Civil al declarar en sentencia abandono por parte del demandado UNIDO a la boleta de auxilio y orden de restricción contra el demandado.
49. El Tribunal Ad Quem aplica el abandono injustificado a la actora por parte del demandado denotando en el mismo fallo una boleta de auxilio y orden de restricción a favor de la actora.
50. La norma invocada para resolver el caso (abandono injustificado del demandado conforme el numeral 9 del Art. 110 del Código Civil), es inconsecuente con los presupuestos fácticos del fallo del Tribunal Ad Quem, esto es, la boleta de auxilio y orden de restricción contra el demandado.
51. Entonces, el Tribunal Ad Quem, para su decisión utiliza una norma inaplicable, es decir, el numeral 9 del Art. 110 del Código Civil como abandono voluntario, unilateral e injustificado por parte del demandado, equivocándose con el caso controvertido, toda vez que coexiste en su propio fallo con la boleta de auxilio y las medidas de restricción contra el demandado.
52. En el caso concreto, en contra del demandado señor Marco Fritsche, se denota, en el propio fallo del Tribunal Ad Quem la existencia de la boleta de auxilio y orden de restricción a favor de la actora, por lo que se debe entender que el abandono no es voluntario, unilateral e injustificado.
53. He razonado de manera clara que el tribunal Ad Quem en su propio fallo aplica la causal taxativa de abandono injustificado conforme el numeral 9 del Art. 110 del Código Civil unido a una boleta de auxilio y medidas de restricción contra el demandado, existiendo un vicio de juzgamiento o in iudicando, toda vez que versa sobre un yerro que trata con el derecho material y es determinante en el caso.
54. Señores Jueces, he fundamentado el cargo determinado que la norma infringida es la APLICACIÓN INDEBIDA (error de selección) del numeral 9 (abandono) del Art. 110 del Código Civil.
55. La norma taxativa para declarar el divorcio establecida en el fallo, esto es, el numeral 9 del Art. 110 del Código Civil, NO es la norma llamada a resolver el caso. La norma llamada a resolver el caso es el numeral 3 (falta de armonía) del Art. 110 del Código Civil. (…)
Aclaración para el caso 5 del Art. 268 del COGEP por falta de aplicación del Art. 141 del COGEP para resolver la excepción previa de Litispendencia. (…)
57. Fundamento en que se apoya: El fallo del tribunal Ad Quem, para resolver la excepción previa de Litispendencia denota lo siguiente: (…)
58. Existe un vicio de juzgamiento o in iudicando, justamente que guarda relación con el derecho material. La ex Corte Suprema resolvió el caso No. 188-98 (…) en el sentido de que el proceso existe desde que se presenta la demanda.
59. En dicho fallo de la ex Corte Suprema señala, citando a tratadistas como Carnelutti, Chiovenda, Calamandrei y Couture, señalan lo siguiente (…)
60. El Tribunal de Alzada en su fallo JAMÁS denota que el divorcio No. 09209- 2020-00164 es un proceso que inició con la presentación de la demanda por lo que no aplicó el Art.141 del COGEP, que es determinante para resolver la litispendencia por existir un proceso pendiente y por ende el archivo de la causa de divorcio No. 09333-2022-00171, que es insubsanable.
61. En otras palabras, da igual en que etapa o fase se encuentre el proceso de divorcio No. 09209-2020-00164 porque se estaba sustanciando con la presentación de la demanda y fue presentado primero que el proceso de divorcio No. 09333-2022-00171.
62. Erróneamente alega el Tribunal de Alzada en su fallo al señalar que ese proceso (divorcio No. 09209-2020-00164) estaba sin calificar, toda vez que es un proceso que sustancia, por haberse presentado la demanda.
63.El Art. 141 del COGEP (norma expresa) dispone cuando se da el inicio del proceso: (…)
64. La norma expresa establecida con el COGEP es clara y resalto: "Todo proceso comienza con la presentación de la demanda", entonces existe un proceso de divorcio No. 09209-2020-00164.
65. El proceso de divorcio No. 09209-2020-00164 de Marco Fritsche vs. Ileana Isabel Vásquez Guevara inició el 13 de enero de 2020 en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, mientras que el proceso de divorcio No. 09333-

2022-00171 presentado por Ileana Isabel Vásquez Guevara vs. Marco Fritsche inició el 10 de febrero de 2022 en el cantón Samborondón, provincia del Guayas.
66. Es evidente que los divorcios No. 09209-2020-00164 y 09333-2022-00171 son procesos de conocimiento y es evidente que el proceso No. 09209- 2020-00164 fue presentado PRIMERO y que estaba pendiente de resolver.
67. La resolución 12-2017 de la Corte Nacional de Justicia establece lo siguiente: "Como excepción, litispendencia significa la existencia concreta de un proceso pendiente; lo cual implica que, una cuestión que está siendo sustanciada y conocida por un juzgado o tribunal, no pudiendo ser conocida por otro órgano jurisdiccional". (énfasis añadido)
68. El fallo del Tribunal denota que "se ha observado que, al momento de presentación la demanda del proceso No. 1, el estado procesal de la causa de divorcio del proceso nro. 2 se había retrotraído por la nulidad declarada por el Tribunal de alzada a un acto de proposición.", el mismo fallo establece que al momento que se presenta este divorcio No. 09333-2022-00171 (presentado después), estaba pendiente el proceso No. 09209-2020- 00164, toda vez que "se había retrotraído por la nulidad declarada" por la Corte Provincial del Guayas (Tribunal de Alzada).
69. Para Devis Echandía, refiriéndose a la Litispendencia señaló (…)
70. El Tribunal de Alzada, para resolver la Litispendencia, omite en su análisis el Art. 141 del COGEP, en consecuencia, omite que el divorcio No. 09209- 2020-00164 es ya un proceso por el simple hecho de haberse presentado la demanda, y al no aplicar el Art. 141 del COGEP (norma expresa) que para resolver la Litispendencia omite que el proceso ya comenzó con la presentación de la demanda, independientemente si esta se vuelva a calificar por segunda ocasión (a consecuencia del auto de nulidad de sentencia del Tribunal de Alzada).
71. Para resolver la Litispendencia de divorcio con las mismas partes procesales, es totalmente IRRELEVANTE que la misma Corte Provincial del Guayas haya retrotraído el proceso de divorcio No. 09209-2020-00164 de una sentencia que declara el divorcio a un acto de "presentación de la demanda", como recoge el fallo recurrido, toda vez, que el proceso sigue existiendo por mandato expreso del Art. 141 del COGEP.
72. Entonces, es determinante que el proceso de divorcio No. 09209-2020- 00164 aun cuando esté en fase de calificación luego de que el Tribunal de Alzada y lo retrotraiga a la fase de calificación, sigue siendo, por mandato expreso del Art. 141 del COGEP un proceso de divorcio por el solo hecho de la presentación de la demanda.
73. Es determinante y ha influido definitivamente en la decisión de la causa que el fallo OMITE aplicar el Art. 141 del COGEP para resolver la excepción previa de Litispendencia presentada por existir dos procesos de divorcio con las mismas partes procesales.
74. El fallo NO aplica (omisión) el Art. 141 del COGEP, y esto permite que la demanda de divorcio No. 09333-2022-00171 se siga sustanciando mientras se encuentre pendiente la demanda de divorcio No. 09209-2020- 00164 y se siga sustanciando por cuerda separada. 75. La falta de aplicación de la norma sustantiva directa ha ocasionado que sigan coexistiendo Dos procesos de divorcio en el sistema judicial con las mismas partes procesales, en diferentes cantones, cuando lo correcto era que se aplique el Art. 141 del COGEP para determinar que existen dos procesos de divorcios sustanciándose y que solo una puede sustanciarse en adelante.
76. El fallo recurrido en relación a la decisión de Litispendencia, por no aplicar el Art. 141 del COGEP, no da paso a establecer que el divorcio No. 09209- 2020-00164 es justamente eso, la existencia concreta de un proceso pendiente que por expreso mandato de la ley comenzó con la presentación de la demanda y que para efectos de resolver la Litispendencia no pueden coexistir dos procesos de divorcios pendientes con las mismas partes procesales." (…)" (Sic)

V. PROBLEMA JURÍDICO

16. Delimitados los cargos en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si las censuras esbozadas están dotadas de sustento y argumento válido; al respecto, se delimita el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿La sentencia impugnada, al confirmar el fallo de primera instancia, incurre en apariencia motivacional, por incoherencia lógica, todo lo cual vicia la motivación?

¿El *Ad quem*, en su sentencia, incurre en error de subsunción (aplicación indebida del articulo 110 numeral 9 del Código Civil), y en error de omisión (falta de aplicación) del artículo 141 del COGEP?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

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

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

18. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

> *"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."*[4].

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

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

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

21. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[5]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones[6].

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

---

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

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

[6] **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 189:** *"Art. 189.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.- La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones;(…)"*

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

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[7].

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

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

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

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

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

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

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...".* [8]

30. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

31. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los

[7] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, "*es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede*", en este sentido, *"rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."*[9]

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

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

34. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que "(…) *La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia*". [10]

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

> *"Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:*
> *1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*
> *2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*
> *3. La determinación de las causales en que se funda.*
> *4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".*

36. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamendrei, define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*.[11]

37. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI.2. Análisis individualizado de los yerros acusados y admitidos a trámite.

38. Reiterando que, en el in *examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los casos **2 y 5 del artículo 268 del COGEP;** inexorablemente el análisis del medio de impugnación,

[8] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[9] Andrade, Santiago, ***La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Quito***, 2005, pag. 41.
[10] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.
[11] Calamandrei, Piero, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo, por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

VI.3. Estudio del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

39. El caso seleccionado para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *Ad quem* (numeral 2 del artículo 268 del COGEP) establece lo siguiente:

> ***"Art. 268.- Casos.*** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos (…)*
> *2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

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

"Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva (...) que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado (…) El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado".[12]

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

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles.
- Si la impugnación hace relación a que el fallo no cumple el requisito de motivación.

42. Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo[13], son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

43. De los enunciados de la parte recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe a la falta de motivación, e indica que se han soslayado los artículos 76 numeral 7 literal 1) de la CRE, y 90 numeral 5 del COGEP.

44. Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional[14], doctrinaria[15], y jurisprudencialmente[16].

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

---

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

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

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

[15] **Dentro del ámbito doctrinario,** respecto al tema de la motivación encontramos una diversidad de criterios emitidos por varios tratadistas, de los cuales recogemos el siguiente: *"(…) La motivación, afirma MUÑOZ SABATE, es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva. Más concretamente, se encuentra integrada en el sistema de las garantías procesales del artículo 24 CE, al igual que el sistema de recursos, además de ser un principio jurídico-político fundamental. Efectivamente, es un derecho-deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los Tribunales*

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

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

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

COGEP: *"Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación".*

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

47. Una vez delimitado el alcance de la causal de casación en análisis, corresponde estudiar el contenido de las normas jurídicas supuestamente soslayadas por los juzgadores de segunda instancia, por tal razón, es necesario advertir que la motivación debe ser apreciada desde una doble perspectiva, por una parte, como una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables

con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Afirmábamos anteriormente que las partes han de procurar que la prueba practicada lleve al órgano jurisdiccional a la convicción de sus respectivas posiciones. Una vez que ha llegado a esta convicción es éste el que ha de persuadir, en su resolución a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido y de la razonabilidad de la aplicación de la normativa invocada. De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica (…)". (Gaceta Judicial Serie XVII N°. 2, Resolución No -558-99 Juicio No 63-99 R.O. No 348 de 28 de diciembre de 1999, Juicio verbal sumario que por obra nueva sigue el Dr. Marcelo Regalado Serrano contra Edgar Ramiro Zurita Mantilla y Juana Tinizaray Jiménez.)

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

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

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

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

que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no serán arbitrarias, sino consecuencia de un razonamiento lógico, y, por otro lado, como una indefectible obligación de los administradores de justicia, que les impone el deber de justificar fáctica y jurídicamente la razón de sus decisiones.

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

> *"(…) Art. 130.- (…) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se* ***explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho****. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos".* (Énfasis añadido).

49. Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: "...*la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión...*"[17](Énfasis añadido).

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

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

> *"…En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos:* ***(i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente.*** *Esto quiere decir lo siguiente:*
>
> *61.1. Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en "la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas". O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, "[l]a motivación no puede limitarse a citar normas" y menos a "la mera enunciación inconexa [o "dispersa"] de normas jurídicas", sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso.*
>
> *61.2. Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, "la motivación no se agota con la mera enunciación de [… los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]", sino que, por el contrario, "los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [… si] no se analizan las pruebas". En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en "la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas", sino que se debe: "exponer […] el acervo probatorio aportado a los autos", "mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado" y "permitir conocer cuáles son los hechos". Sin embargo,*

[17] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes"[18]

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

53. En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si la parte recurrente pretendía justificar la causal 2 prevista en el artículo 268 del COGEP, en torno al incumplimiento del requisito de la motivación en la sentencia recurrida; tenía el deber de justificar, "*con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de motivación"*[19].

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

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

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.
- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

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

¿La sentencia impugnada, al confirmar el fallo de primera instancia, incurre en apariencia motivacional, por incoherencia lógica, todo lo cual vicia la motivación?

57. De los enunciados de la parte recurrente, se logra extraer los puntos medulares de su impugnación, los cuales hacen relación a que la sentencia del *Ad quem*, incurre en la vulneración de los artículos 76 numeral 7 literal l) de la CRE, y 90 numeral 5 del COGEP, por las siguientes razones:

- Que los miembros del Tribunal de apelación incurrieron en apariencia motivacional.
- Que, en la sentencia impugnada, el *Ad quem*, *prima facie*, al confirmar el argumento desarrollado en la sentencia de la Jueza *A quo*, sostiene que, el proceso de divorcio No. 09209-2020-000164, está archivado, luego, incoherentemente afirma que existió el ánimo de las partes de disolver el vínculo matrimonial sobre la base del mismo juicio.
- Que al referirse al proceso de divorcio No. 09209-2020-000164, y acoger el criterio de la Jueza *A quo*, respecto que dicha causa está archivada, ulteriormente, de forma incoherente, al resolver sobre las excepciones previas, sostiene que el estado procesal de dicha causa, es el de no estar trabada la Litis, ahondando en la incongruencia, al utilizar dicho proceso, para afirmar que existía el ánimo de las partes de disolver el vínculo matrimonial.
- Que existe incoherencia lógica, en la sentencia impugnada, por tanto, persiste la apariencia motivacional.

58. Continuando con el análisis del cargo, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional[20], para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta con una argumentación jurídica suficiente, es decir, con una estructura mínimamente completa, integrada por estos dos elementos: ***una fundamentación***

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

normativa suficiente, y ***una fundamentación fáctica suficiente***, lo cual constituye el **criterio rector** para un análisis adecuado.

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

60. Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica[21].

61. Insuficiencia.- Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia.[22] Manuel Atienza, señala que "*el ideal de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión*", en este sentido "*motivar suficientemente significa que se haya alcanzado en grado suficiente de expresión la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión*"[23]

62. Apariencia.- Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia constitucional, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: incoherencia; inatinencia; incongruencia; e, incomprensibilidad[24], conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente sentido:

63. Incoherencia.- Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen -sus premisas y conclusiones- (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.

64. La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente. En cambio, una incoherencia decisional siempre implica que la argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación[25].

65. Inatinencia.- Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no "tienen que ver" con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez "equivoca el punto" de la controversia judicial. La *inatinencia* implica que una argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado las razones inatinentes, no quedan otras que logren configurar una argumentación jurídica suficiente[26].

66. Incongruencia.- Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho). La incongruencia frente a las partes puede darse

[21] Ibídem.
[22] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[23] Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, p. 136-138
[24] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[25] Ibídem.
[26] Ibídem.

por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta. La incongruencia (sea frente a las partes o sea frente al Derecho) siempre implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación.[27]

67. Incomprensibilidad.- Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o -cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)- para un ciudadano o ciudadana.[28]

68. Ahora bien, relacionando el cargo casacional, con el conflicto judicializado, y el divorcio causal, como forma de terminación del matrimonio, es de relevancia puntualizar la esencia de dichas instituciones jurídicas.

69. Sobre el matrimonio, la doctrina nos advierte que:

> *"(…) el negocio jurídico del matrimonio produce un status de carácter estable y por tiempo indefinido: de tal status se derivan una serie de efectos de carácter personal, otro de naturaleza patrimonial y otros relativos a la filiación. Los efectos personales vienen presididos por tres principios: el de igualdad, el de actuación en interés de la familia y el de libre contratación. Los mismos que se concretan en derechos y deberes recíprocos, es decir, no tiene un cónyuge un derecho y el otro un deber, sino que uno y otro tienen carácter de reciprocidad (principio de igualdad) y una concreta función, la de estar inspirados en su formulación y en su ejercicio, en el interés familiar (principio de actuación e interés de familia) (…)"*[29]

70. El Código Civil establece en el artículo 81, que el "*Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente.*".

71. Cabe considerar que, la delimitación normativa referida *ut supra*, fue establecida por la Corte Constitucional en sentencia No. 10-18-CN/19 de 12 de junio de 2019, al analizar la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, excluyendo como finalidad del contrato de matrimonio la procreación.[30]

72. Sobre la base de los artículos 16 numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y lo referido por la Corte Constitucional del Ecuador, podemos comprender como un derecho fundamental la posibilidad de contraer matrimonio; manteniendo una doble dimensión, en la que se encuentra asimilado además, el matrimonio, como un contrato, como un acto jurídico en el que juega un rol esencial la voluntad[31].

73. El acuerdo de voluntades, el contrato de matrimonio, puede ser enervado y terminar por varias razones fácticas y jurídicas, entre ellas, por la muerte de uno de los cónyuges; por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio; por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y, por divorcio (artículo 105 del Código Civil).

74. El divorcio como forma de terminación del matrimonio, disuelve dicho vínculo y deja a los cónyuges en aptitud para contraer uno nuevo. La institución jurídica en referencia puede operar por mutuo consentimiento o por las causales previstas en el artículo 110 del Código Civil.

75. Entre otros**,** uno de los motivos previstos en la legislación sustantiva, para el divorcio causal, es "*el abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos*", conforme el numeral 9 del artículo 110 del Código Civil.

76. Ahora bien, para dar respuesta a la censura casacional, *prima facie*, corresponde precisar que, la demanda planteada por Ileana Isabel Vásquez Guevara, tiene relación con una acción de divorcio sustentada en la causal establecida en el artículo 110 numeral 9 del Código Civil, referida *ut supra*,

[27] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[28] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[29] Xavier o. Callaghan Muñoz, Compendio de derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, 2012 Madrid.
[30] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 10-18-CN/19 12 de junio de 2019 (Matrimonios entre personas del mismo sexo) parr. 98.1.
[31] Farith Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, Editora Jurídica Cevallos, pag. 81-82.

consecuentemente, la teoría fáctica, probatoria y jurídica debía adecuarse a dicha causal.

77. De la revisión de la sentencia impugnada, y del proceso, se avizora que, el accionado, al contestar la demanda dedujo las excepciones previas de litispendencia e incompetencia del juzgador. Asimismo, se observa que, la jueza *A quo*, en la fase de saneamiento, negó referidas alegaciones; en ese sentido, el objeto del proceso, luego de la fase de saneamiento, fue la demostración o no de la causal de divorcio, establecida en el numeral 9 del artículo 110 del Código Civil, como único punto de debate.

78. Ahora, la resolución de la Jueza *A quo*, que negó las excepciones previas, fue objeto de impugnación; por lo tanto, fue un tema de debate y resolución en sede de apelación; en ese contexto, el Juez pluripersonal, al resolver sobre la litispendencia, partió de una diferenciación entre la naturaleza jurídica de la causal de divorcio estatuida en el numeral 9 del artículo 110 del Código Civil, y la referida en el numeral 3 del mismo artículo.

79. En ese contexto, en el estudio del cargo casacional, es de relevancia hacer una aproximación conceptual de las causales de divorcio antes referidas.

80. Uno de los motivos previstos para el divorcio causal, es "*el abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos*", según la descripción normativa del numeral 9 del artículo 110 del Código Civil.

81. Sobre la causal invocada, esta Alta Corte ha indicado que, la misma, es la *"ruptura del animus conyugalis"* porque "*ha desaparecido el nexo emocional, sentimental, que mantiene unidos a los cónyuges; ya no existen al menos para uno de ellos, el deseo, la voluntad de permanecer juntos, unidos en convivencia, dándose ayuda mutua en todos los órdenes de la vida conyugal*" [32]

82. El primer elemento de esta causal es el **abandono,** lo cual conlleva que uno de los cónyuges ha dejado el hogar común, lo cual es un hecho concreto y objetivo. Considerando además que la convivencia es un fin del matrimonio.[33]

83. El abandono debe ser **injustificado,** es decir, sin razón suficiente; *a contrario sensu,* su justificación implicaría una razón legítima para el abandono; sobre el elemento analizado, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

> *"el sustraerse de las obligaciones y derechos connaturales al afecto conyugal, especialmente los que el Código Civil enumera en los artículos 136, 137 y 138 de ahí que si los contrayentes dejan de satisfacer las obligaciones asumidas con aquel, impidiendo con ello que el matrimonio cumpla con sus fines para los cuales fue concebido, este pierde su razón de ser y no es más un proyecto de vida en común, que sea fuente de realización personal para los cónyuges y su prole"*[34]

84. Ahora, existen algunos casos en los cuales se podría impedir la consecución de la causal de divorcio por abandono, como por ejemplo: la permanencia por razones médicas en una casa de salud, la privación de la libertad cuando no medie una condena de más de 10 años, ámbitos temporales de trabajo o estudio, el cónyuge que forzosamente deja el hogar en común por ser sujeto pasivo de violencia, entre otros.

85. La Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 05-2017, estableció como precedente jurisprudencial obligatorio, que *"El uso de la noción, separación, no desnaturaliza el sentido de la causal abandono invocada, cuando se advierte que uno y otro término son utilizados como sinónimos por los sujetos procesales y/o cuando se ha probado que la separación se ha producido por voluntad unilateral e injustificada, y al pasar el tiempo y adquirir el carácter de definitiva, ésta se ha convertido en abandono, al producir como resultado el incumplimiento de los deberes conyugales"* [35].

86. El tiempo de separación debe ser de seis meses ininterrumpidos; y, la interrupción únicamente podría darse por la reanudación de las relaciones conyugales y no por contactos o reuniones esporádicas relacionadas a los hijos, o cuestiones de índole familiar u otras razones similares.

87. Consecuentemente, para que prospere el divorcio por esta causal, deben existir **tres**

[32] Corte Nacional de Justicia, Sala Civil, Mercantil y Familia, Juicio No. 835-2009-ER, sentencia de 11 de enero de 2011.
[33] Farith Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, Editora Jurídica Cevallos, pág. 241- 246
[34] Corte Nacional de Justicia, Resolución 0072-2014 dictada en juicio 0137-2013.
[35] Pleno de la Corte Nacional de Justicia, resolución No. 05-2017, registro oficial No. 983 d 12 de abril del 2017.

elementos concurrentes para que se produzca el abandono: **objetivo,** la dejación material o física del hogar conyugal; **subjetivo**, que es la sustracción intencional del cumplimiento de sus deberes conyugales en forma voluntaria, intencional y libre; y, **temporal** que es el tiempo fijado por el legislador. Esto excluye a los casos de separación acordada por estudios, salud, trabajo, donde se puede colegir que una vez se haya terminado la causa de separación se reanudará la vida conyugal.

88. Otro de los motivos previstos para el divorcio causal, es "*el estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial*", establecido en el numeral 3 del artículo 110 del Código Civil.

89. En esta causal no se requiere probar la existencia de un comportamiento que demuestre que uno de los cónyuges actúa en la vida matrimonial como "contrario o enemigo", sino que existe un estado habitual de falta de armonía entre las dos voluntades en la vida matrimonial. En tal virtud, conforme lo indicado, debe tratarse *prima facie* de un "estado habitual", es decir no deben ser hechos aislados sino continuos y estos deben ser de tal naturaleza que revelen desavenencias o "roces" frecuentes que genera la convivencia en pareja.[36]

90. En la jurisprudencia establecida por esta Alta Corte, se sostiene que:

> *"(…) la actitud hostil requerida por la ley para el divorcio, tiene que demostrar por su persistencia y constante repetición, el estado habitual de falta de armonía de los cónyuges de la vida matrimonial. Solamente la repetición constante de las indicadas injurias graves y actitud hostil demostrarán ese estado habitual de falta de armonía en la vida de los cónyuges. Hechos aislados o acaecidos de tarde en tarde no serán suficientes a la luz de la razón, de la circunstancia habitual que requiere la disposición legal (…)"*[37]

91. Sumado a esto, la Corte Nacional de Justicia ha considerado que las agresiones entre cónyuges son también prueba de una falta de armonía[38], además, a que, es suficiente demostrar la afectación a la integridad del cónyuge para que se configure la causal, considerando que lesionado el derecho a la integridad en el ámbito civil, se afecta el libre consentimiento de los cónyuges.[39]

92. En este sentido, esta Alta Corte, ha concluido que para que se produzca esta causal, es *"…suficiente demostrarse que la convivencia de los cónyuges se desarrollaba en un ambiente hostil y que lejos de cumplirse el objeto del matrimonio se estaba soslayando la dignidad de los cónyuges, desviándose de lo preceptuado en el inciso final del artículo 67 de la Constitución de la República, por el cual la relación marital debe fundarse en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de sus derechos y obligaciones…"*[40]; ergo, se entiende que con esta causal, el matrimonio se encuentra irremediablemente resquebrajado, pues la *affectio maritalis* se ha roto, y no puede obligarse a los contrayentes que continúen casados en contra de su voluntad.

93. Sobre la base de la diferenciación existente entre las dos causales de divorcio descritas *ut supra*; es claro que, el *Ad quem*, ultima que, no existe litispendencia, ya que, si bien es cierto, la presente causa y el proceso No. 09209-2020-000164, se refieren a la misma forma de terminación del vínculo matrimonial, obedecen a causales distintas, en las cuales, las teorías fácticas, jurídicas, y probatorias, son diametralmente opuestas; sumado a ello, si bien, Ileana Isabel Vásquez Guevara y Marco Fritsche, son los cónyuges en conflicto en las dos causas, sus calidades como sujetos procesales de actor y demandado, se contraponen en la una y otra causa; esas son las principales razones jurídicas por las cuales, el Tribunal de alzada, niega la excepción previa, premisas, conclusiones, y resolución, que no son contradictorias, todo lo contrario, tienen ilación y correspondencia entre sí, por lo que se descarta la incoherencia lógica acusada.

94. El recurrente acusa que, el fallo del *Ad quem*, incurre en apariencia motivacional por una presunta incoherencia lógica al momento de pronunciarse sobre la apelación con efecto diferido de la excepción previa de litispendencia deducida por el demandado, ya que, *prima facie*, al confirmar

[36] Farith Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, Editora Jurídica Cevallos, pág. 235
[37] Corte Suprema de Justicia, Primera Sala, Sentencia 4 de julio de 1973.
[38] Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, resolución No. 170-2014 De 19 de agosto de 2014, dictada en el juicio 099-2014.
[39] Farith Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, Editora Jurídica Cevallos, pág. 236
[40] Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, Resolución No. 0038-202 de 19 de febrero de 2020, dictada en el juicio No. 07205-2018-02270.

el argumento desarrollado en la sentencia de la Jueza A quo, sostiene que el proceso de divorcio No. 09209-2020-000164, está archivado, luego, incoherentemente afirma que el estado procesal de dicha causa, es el de no estar trabada la litis, ahondando en la incongruencia, al utilizar dicho proceso, para afirmar que existía el ánimo de las partes de disolver el vínculo matrimonial; sobre esto, si bien es cierto, constan dichas premisas en el análisis del Tribunal de alzada, las razones jurídicas determinantes para negar la excepción previa referida, fueron las señaladas en el párrafo que precede.

95. La Corte Constitucional, categóricamente ha indicado que, *"La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación,* ***solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente"***[41]*;* en ese sentido, tomando en cuenta que, con excepción del enunciado probablemente contradictorio descrito en el párrafo que precede, existen enunciados determinantes (los fijados en el párrafo 93) que coadyuvaron a concluir y resolver con una argumentación jurídica suficiente la negativa de la excepción previa de litispendencia, por ello, la acusación del censor adolece de debida fundamentación, demostración y trascendencia.

96. Por todo lo indicado, no se advierte error de derecho en la labor intelectiva de los juzgadores de apelación, la sentencia impugnada respeta los preceptos de los artículos 90 numeral 5 del COGEP, 130 numeral 4 del COFJ; y, letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la CRE*;* ergo, en el cargo planteado persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó los principio de debida fundamentación y demostración, y trascendencia, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que la sentencia del *Ad quem*, no contiene el requisito de la motivación, es improcedente.

VI.4. Estudio del caso 5 previsto en el artículo 268 del COGEP.

97. El numeral 5 del artículo 268 del COGEP, establece:

> ***"Art. 268.- Casos.*** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*
>
> *5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto".*

98. En el mentado caso, "*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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la 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 (…) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene. (…)"*[42]

99. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

[41] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, párrafo 76.

[42] Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más.

- *"Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).*
- *La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).*
- *El cargo casacional elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.*
- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración)*
- *La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia)."*[43]

100. La causal 5 del artículo 268 del COGEP, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutiva, sobre la misma, esta Alta Corte ha señalado:

> *"…se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente"*[44]

101. Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

> *"(…) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella…que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material" (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otros normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (…)"* [45]

102. Por otra parte, también es de relevancia analizar el ámbito conceptual de precedente jurisprudencial obligatorio.

103. Los precedentes jurisprudenciales son parámetros interpretativos emitidos por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a partir de criterios desplegados de forma reiterada en la parte resolutiva de las sentencias, estos tienen como objetivo el de fortalecer y afirmar, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica.

104. La CRE, en los artículos 184 numeral 2 y 185, establece como atribución de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de esta Alta Corte, que repitan por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, para

[43] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sentencia, caso No. 17230-2017-11469.
[44] Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 1999.
[45] Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

105. El COFJ, en los artículos 180 numeral 2 y 182, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, fundamentada en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

106. En relación a la publicación de los fallos de esta Alta Corte, el artículo 197 del COFJ, establece lo siguiente:

> *"Art. 197.- Publicación de los fallos.- Sin perjuicio de la publicación de las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social se publicarán en el Registro Oficial todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia"*

107. Entonces, solo las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, originadas en las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, constituyen jurisprudencia imperativa y vinculante.

108. Por otra parte, sin constituirse como jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social, todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, se publican, las mismas que pueden emerger como jurisprudencia indicativa, no vinculante.

109. Delimitada la naturaleza jurídica del cargo casacional, corresponde el análisis del mismo en ilación con el **problema jurídico planteado**, que, conforme lo indicado *ut supra*, se circunscribe en la siguiente interrogante:

> **¿El *Ad quem*, en su sentencia, incurre en error de subsunción (aplicación indebida del articulo 110 numeral 9 del Código Civil), y en error de omisión (falta de aplicación) del artículo 141 del COGEP?**

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

- Aplicó indebidamente el artículo 110 numeral 9 del Código Civil, ya que, no existe la supuesta causal de divorcio de abandono injustificado del demandado, toda vez que, de los hechos fijados como ciertos, se establece que, el abandono estuvo justificado, fue forzado, por las medidas de protección administrativas existentes en contra del censor Marco Fritsche.
- Debía aplicar el artículo 110 numeral 3 del Código Civil, ya que dicha norma era la llamada a resolver el caso, en virtud de la existencia de la boleta de auxilio y la orden de restricción existente, como medidas de protección derivadas de un caso de violencia intrafamiliar.
- No analiza que la causal de divorcio de abandono injustificado, requiere de los requisitos de voluntad y unilateralidad, los cuales no se hallas fijados como ciertos.
- Utiliza la causal descrita en el artículo 110 numeral 9 del Código Civil, la misma que es inconsecuente con los presupuestos facticos del fallo, ya que no hay el abandono voluntario, unilateral, e injustificado.
- Incurre en falta de aplicación del artículo 141 del COGEP, para resolver la excepción previa de litispendencia.

111. Al tenor de lo indicado en el párrafo que precede, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **falta de aplicación**, el mismo, opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales que ha debido aplicar, y que, de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

112. Por otra parte, **la aplicación indebida**, acusada, de acuerdo a la técnica casacional, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma que corresponde realmente.

113. De los conceptos expuestos, se evidencian dos presupuestos: 1. Que la norma con la que se subsumieron los hechos, no es la aplicable al

caso; y 2. Que producto de ello, la disposición que la regula fue inaplicada, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

114. Ahora bien, en lo referente a la falta de aplicación del artículo 141 del COGEP, cabe recalcar que, dicha garantía normativa, tiene naturaleza procesal, *per se*, no contiene el supuesto de hecho y el efecto jurídico, para declarar o reglar la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material, por ello, no nos encontramos frente a una norma de derecho sustancial, ergo, ante la ausencia de dichos elementos, no puede configurarse la violación directa propia de la causal en análisis.

115. En lo referente a la aplicación indebida del artículo 110 numeral 9 del Código Civil, la censura, cumple con los principios de taxatividad y autonomía; en ese escenario, corresponde verificar si la misma está dotada de sustento y argumento válido.

116. La parte recurrente, *prima facie*, plantea una proposición jurídica completa en relación a la indebida aplicación del artículo 110 numeral 9 de Código Civil y la debida aplicación del artículo 110 numeral 3 del Código invocado, sin embargo, la censura, adolece de debida fundamentación y demostración, por cuanto, los órganos jurisdiccionales, en esta materia, en función de los principios dispositivo, y de limitación, no podemos incurrir en un vicio de incongruencia respecto de las pretensiones de los sujetos procesales legitimados; por ello, imperativamente, nos corresponde resolver únicamente, sobre lo invocado en la demanda y el contradictorio que sobre ella existió; y, en fase de impugnación, respecto del argumento en la misma; en ese sentido, es claro que, la traba de la litis, y el objeto del proceso, se basó en la procedencia o no de la causal de divorcio como forma de determinación del matrimonio, descrita en el artículo 110 numeral 9 del Código Civil, como único punto de debate.

117. En ese contexto, en base a lo referido sobre el matrimonio, y la causal de divorcio de abandono injustificado, como forma de enervar el acuerdo de voluntades, estudiados en la censura anterior (caso 2 del artículo 268 del COGEP), es claro que, el *Ad quem*, con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente explica *prima facie*, el por qué se halla configurado objetiva, subjetiva, y temporalmente, el abandono injustificado, sin que en dicha argumentación atribuya responsabilidad alguna al censor, todo lo contrario, explica el sentido de la causal desde la óptica de los fines del matrimonio, fragmentados por la inestabilidad existente en la pareja, quienes han abandonado su deberes conyugales por la separación acaecida, por el tiempo exigido en la ley; ergo, no se observa el error de subsunción acusado.

118. El recurrente acusa también que, el abandono del hogar conyugal, por su parte, estuvo justificado, sin embargo, no existe hecho fijado como cierto que acredite tal afirmación, por lo que, procurar un pronunciamiento del órgano judicial, en ese sentido, es un argumento carente de debida fundamentación para sostener el cargo casacional objeto de estudio.

119. Revisada la sentencia impugnada, y los hechos fijados como ciertos en instancia, es claro que el *Ad quem*, en su análisis parte de las premisas fácticas propuestas en la súplica y contra súplica, sobre la base de aquello, luego de la justipreciación de los elementos probatorios, concluye que el abandono injustificado como causal de divorcio es irrefutable; ergo, dicha ilación no deriva en un error de subsunción.

120. Por todo lo indicado, no se advierte vulneración de normas de derecho sustantivo, en la labor intelectiva de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas, a través de su medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas que se consideran violadas y por ende provocarían un error de derecho; asimismo, no explica la influencia que han tenido los presuntos *errores in iure*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en los cargos planteados, persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, las tesis esbozadas soslayaron el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una indebida aplicación del artículo 110 numeral 9 del Código Civil, o la falta de aplicación del 141 del COGEP, es improcedente.

VII. DECISIÓN

121. *En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad,* ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA****,*
RESUELVE:
122. *Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Marco Fritsche, demandado, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores* in iudicando *y los cargos acusados.*
123. *Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.*
124. *Conforme el artículo 2 de la Resolución No. 18-2017 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, notifíquese la presente sentencia con la firma de los doctores Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, integrantes de este órgano jurisdiccional, toda vez que, según la razón sentada por la Secretaria de esta Sala Especializada, el doctor Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (E), integrante del Tribunal de casación que resolvió la causa de forma oral en audiencia, se encuentra ausente temporalmente, por circunstancia debidamente justificada.*
125. *Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley. -* ***NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.***

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 24201-2021-01016

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **David Jacho Chicaiza**

ACCIÓN
DECLARATORIA DE UNIÓN DE HECHO POST MORTEM

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El Tribunal de esta Alta Corte, acepta el recurso de casación, presentado por la actora, al evidenciarse que el Tribunal de apelación, en su sentencia, incurrió en un error de interpretación de los artículos 222 y 223 del Código Civil; consecuentemente, por hallarse cumplidos los requisitos de ley, se acepta la demanda y se declara la unión de hecho solicitada.

Quito, martes 22 de agosto del 2023, las 16h27

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por Claribel Sthefania Gallegos Quiroz, actora, en contra de la sentencia emitida, por el Tribunal *Ad quem*, el Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó procedente el medio de impugnación extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. La ciudadana Claribel Sthefania Gallegos Quiroz, demanda la declaratoria de la unión de hecho a los herederos de Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+); en el siguiente contexto:

"(…) Pongo en conocimiento de su Autoridad, que después de una relación de enamorados con el señor ARTURO RAMIRO AGUILAR BRAVO, desde el 11 de julio del año 2006, empezamos a convivir teniendo una relación estable y monogámica, por más de 14 años, en razón de ser un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial.

Nos unimos con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarnos mutuamente, sin ser casados entre sí, conviviendo en forma permanente durante todo éste tiempo y bajo un mismo techo, como producto de cuya unión procreamos dos hijos que responden a los nombres de JUAN ARTURO AGUILAR GALLEGOS Y MIA ANGELINA AGUILAR GALLEGOS DE 14 y 10 años.

Por la unión mantenida entre nosotros, nos hemos venido tratando como marido y mujer en todas nuestras relaciones sociales y así hemos sido recibidos por nuestros parientes, amigos y vecinos como tal, con quienes hemos compartido cumpleaños, fechas especiales y reuniones familiares.

En calidad de convivientes hemos venido suministrándonos lo necesario y contribuyendo dentro de nuestras posibilidades al mantenimiento del hogar común.

Nuestro hogar y residencia la tuvimos balneario Ballenita ciudadela faro dos vía a la ruta del spondylus del Cantón Santa Elena, Provincia de Santa Elena, Provincia de Santa Elena.

Esta unión de hecho terminó por la muerte de mi conviviente ARTURO RAMIRO AGUILAR BRAVO, ocurrida el día 30 de mayo del 2021 en la Parroquia Tarqui, jurisdicción del GUAYAQUIL, Provincia de GUAYAS, conforme consta en la partida de defunción que acompaño.

Señor Juez, para su mayor convencimiento adjunto la Unión de Hecho que realizamos en la Notaría Primera del Cantón La Libertad de fecha 24 de febrero del 2017, la cual por desconocimiento no la hicimos marginar en las oficinas del Registro civil.

Señor Juez, tengo conocimiento de que mi conviviente ARTURO RAMIRO AGUILAR BRAVO, tuvo 3 hijos en su primer matrimonio, pero desconozco en totalidad sus domicilios, por lo que solicito sean citados tal como establece la ley (…)

FUNDAMENTOS DE DERECHO (…) artículo 222 y 223 del Código Civil (…)" (Sic)

Estableciendo como pretensión lo siguiente:

"(…) que se declare por vía judicial mediante sentencia, la declaratoria de estado civil de unidos entre la compareciente CLARIBEL STHEFANIA GALLEGOS QUIROZ y el señor ARTURO RAMIRO AGUILAR BRAVO, se estableció una UNIÓN DE HECHO desde el día 11 de julio del año 2006, hasta el día el 30 de mayo del 2021 (…)"(Sic)

2. De autos se verifica que el accionado, ciudadano Paúl Ramiro Aguilar Naranjo, heredero de Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+); comparece al proceso, contesta la demanda, y plantea excepciones en el siguiente sentido:

"(…) Niego, objeto y rechazo el contenido de la misma por maliciosa e infundada (…)

Debo indicar y anunciar que por mi parte si existen excepciones previas que pretenden pronunciar la nulidad en el proceso, así como el incumplimiento al debido proceso el mismo que ha sido evidenciado violentando las garantías máximas que lo integran de acuerdo a lo que establece el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, ya que previo a la admisión y calificación de la presente demanda. Su Autoridad, ha dispuesto la rendición bajo juramento de la actora en cuanto al desconocimiento de domicilio de los herederos presuntos y desconocidos, juramento que la actora ha incumplido sin justificativo alguno siendo el caso que ha sido llamada por segunda ocasión, sin embargo fue calificada y admitida por primera vez por Su Autoridad, y luego por Segunda vez vuelve a calificar y admitir la misma demanda dentro del mismo proceso, sin haber subsanado la anterior y sin motivar en legal y debida forma la segunda calificación y admisión; siendo que, el debido proceso se dice que es la manera que el Estado garantiza que en todo proceso se cumplan con los términos respectivos para realizar un acto determinado y así lograr igualdad en todos los juicios ya que si se vulnera se podría declarar NULO.

Refiriéndonos al último inciso del Art. 56 del COGEP, (…)

Con lo que se le admite la presente demanda por dos ocasiones, sin motivación ni justificativo alguno al respecto de su incumplimiento y

de la deslealtad procesal al pretender conducir a error a USÍA, con mentiras, engaños y hechos que no han ocurrido como ella lo manifiesta pretender que se le concedan sus pretensiones, pretendiendo también en primer instancia que seamos citados por la prensa y maliciosamente quizás ni nos enteremos de la demanda interpuesta por la actora.(…)" (Sic)

3. Así también comparece la ciudadana Cinthia Paola Aguilar Naranjo, en calidad de heredera conocida de Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), señalando domicilio judicial.

1.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

4. Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, el abogado Richard Fabián Gavilánez Briones, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con sede en el cantón Santa Elena, emite su sentencia, aceptando la demanda, la misma que es reducida a escrito el 26 de mayo de 2022, en el siguiente sentido:

"(…)ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA", (i) acepta la demanda presentada y declara válida la existencia de la unión de hecho habida entre CLARIBEL STHEFANIA GALLEGOS QUIROZ y ARTURO RAMIRO AGUILAR BRAVO (+), existente desde el 11 del mes de SEPTIEMBRE del año 2007 hasta la fecha del fallecimiento de este último: 30 de Mayo del 2021.- Siendo pertinente la disposición judicial del Reconocimiento de la Unión de Hecho; y, por consiguiente una sociedad de bienes acorde lo dispuesto en los artículos 222 , 223, 231, y 232 del Código Civil vigente.- Disponiéndose que ejecutoriada que fuere esta sentencia, por Secretaría se conceda copias certificadas a la recurrente para que haga valer sus derechos y proceda a la inscripción en el Registro Civil, Identificación y Cedulación correspondiente; hágase saber en este sentido mediante Oficio notificación.- Con fundamento en el Art. 284 del COGEP: Sin costas ni honorarios que regular (…)" (Sic)

1.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

5. Frente al recurso de apelación interpuesto por Paul Ramiro, Cinthia Paola, e Ivonne Daniela Aguilar Naranjo, demandados, y la adhesión al mismo de parte de la actora Claribel Sthefania Gallegos Quiroz, el Tribunal de Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, en sentencia de 26 de agosto de 2022, las 11h41, acepta el remedio procesal de los accionados, y revoca la sentencia del *A quo,* consecuentemente niega la demanda de unión de hecho, en el siguiente sentido:

"(…) En consecuencia, el TRIBUNAL DE LA SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE SANTA ELENA, acepta el recurso de apelación interpuesto por los accionados AGUILAR NARANJO PAUL RAMIRO, AGUILAR NARANJO CINTHIA PAOLA Y AGUILAR NARANJO IVONNE DANIELA y revoca la sentencia de fecha 26 de Mayo del 2022, las 12h38 emitida por el Ab. Richard Fabián Gavilánez Briones, en su calidad de Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñéz y Adolescencia de Santa Elena, por ende deniega la adhesión por las consideraciones ya expuestas en este fallo.- Ejecutoriada ésta sentencia devuélvase el proceso al inferior.- Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia.- Notifíquese. (…)." (Sic)

1.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

6. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Claribel Sthefania Gallegos Quiroz, actora, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

7. El doctor Carlos Vinicio Pazos Medina, Conjuez Nacional (E), de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 20 de diciembre de 2022, las 10h17, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

"(…) ADMITE a trámite el recurso de casación propuesto por la señora CLARIBEL STHEFANIA GALLEGOS QUIROZ por la causal quinta del art. 268 del COGEP (…)". (Sic)

8. El Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

9. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo[1], Himmler Roberto Guzmán Castañeda[2], y David Isaías Jacho Chicaiza[3], Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte.

10. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 2 de febrero de 2023, las 10h57, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 189 numeral 1 del COFJ.

11. En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E), en la presente causa[4], al tenor del artículo 1 inciso segundo de la Resolución No. 02-2021, emitida por esta Alta Corte, en relación con el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021, ibídem.

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

13. La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; 189 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL

14. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

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

[1] Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[2] Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[3] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[4] Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

16. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **"7"** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación limitando el mismo al cargo descrito en el **numeral 5 del artículo 268** del COGEP; respecto del cual, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

> *"(…) La errónea interpretación tiene lugar, cuando a la norma que se cuestiona se le atribuye un significado que no le corresponde; cuando el juzgador aplica una norma al caso concreto dándole un sentido diferente al verdadero; (…)*
> *El Tribunal Ad-quem, en la sentencia impugnada, para fundamentar su decisión de revocatoria y declarar sin lugar la demanda expresa que: (…)*
> *En este contexto, es preciso manifestar que la institución jurídica de unión de hecho es una figura que ha merecido protección de rango constitucional; el artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador, prevé: (…)*
> *La Carta Fundamental, reconoce y protege la familia como el núcleo en que se fundamenta la sociedad, por tanto, garantiza las condiciones que coadyuven a la consecución de sus fines. Prescribe que la familia puede estar constituida por vínculos jurídicos o de hecho, en este contexto, la protección constitucional a la unión de hecho se da cuando las personas han mantenido vínculos de pareja y, cumplen con los presupuestos que la ley define, generando este vínculo, iguales derechos y obligaciones que los surgidos en las familias constituidas mediante matrimonio.*
> *Dichas condiciones y circunstancias de formación de unión de hecho, están determinadas en el artículo 222 del Código Civil (…) Y artículo 223 del mismo cuerpo legal invocado, que dispone que en caso de controversia, para efectos probatorios se "...presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta. El juez para establecer la existencia de esta unión considerará las circunstancias o condiciones en que esta se ha desarrollado..." y, que el operador de justicia, debe de verificar que no se trate de ninguna de las "personas enumeradas en el artículo 95."; Artículo 95.3 del Código Civil "Es nulo el matrimonio contraído por: 3. La persona ligada por vínculo matrimonial no disuelto. "*
> *En este orden de ideas, el Tribunal de Apelación, tenía la obligación de llegar a establecer si entre la actora y quien en vida se llamó Arturo Ramiro Aguilar Bravo existió o no un vínculo con las condiciones y características de la unión de hecho, esto es, que se hayan unido con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, tratarse como marido y mujer en sus relaciones sociales y los hayan recibido sus parientes amigos, vecinos; además, se requiere de forma indispensable verificar que dichas personas se encuentren exentas de vínculo matrimonial y, que hayan perdurado al menos un lapso de más de dos años en unión estable y monogámica.*
> *De la pretensión de la ahora recurrente actora, consta que solicita que se declare la unión de hecho con Arturo Ramiro Aguilar Bravo, desde el 11 de julio de 2006 hasta el 30 de mayo de 2021; pretensión que data a raíz de haber mantenido una relación de pareja y la procreación del menor Juan Arturo Aguilar Gallegos, quien nació el 01 de septiembre del 2007.*
> *Hay que considerar que efectivamente el occiso Arturo Ramiro Aguilar Bravo, se encontraba bajo vínculo matrimonial hasta el 01 de Agosto del 2007, conforme consta en la partida de matrimonio emitida por la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, donde consta la marginación de la sentencia de divorcio, PERO NO ES MENOS CIERTO QUE LA UNIÓN DE HECHO NUNCA DEJO DE EXISTIR TODO LO CONTRARIO ESTA SE MANTUVO HASTA EL 30 DE MAYO DEL 2021, en que Arturo Ramiro Aguilar Bravo, falleció.*
> *Y decimos que se mantuvo LA CONVIVENCIA Y UNION DE HECHO toda vez que procreamos OTRO HIJA DE NOMBRES MIA ANGELINA AGUILAR GALLEGOS, inclusive con el mismo OCCISO acudimos el día el día 24 de febrero del 2017, ante la Ab. Karla San Andrés Fuentes, Notaria Primera del Cantón Santa Elena, A FORMALIZAR LA UNIÓN DE HECHO tal como consta en la Escritura Pública de Declaración Juramentada, en la que consta el ACTA QUE SOLEMNIZA LA DECLARACION DE LOS CONVIVIENTES sobre la existencia de la unión hecho que tiene formada.*

De lo analizado, se puede concluir que el Tribunal de Apelación, han atribuido un significado que no le corresponde a la norma sustantiva, dándole un sentido diferente al verdadero, lo que ha producido una errónea interpretación de los art. 222 y 223 del Código Civil, vulnerando la seguridad jurídica, art. 82 de la Constitución de la República, puesto que la unión de hecho se configuro SE PERFECCIONO luego de haber tenido una unión estable y monogamia por más de dos años, contados desde la referida inscripción del divorcio.

Cabe aclarar señores Jueces que no estoy pidiendo valoración de la prueba actuada en primera o segunda instancia, únicamente ataco la errónea interpretación que han tenido los jueces de la Sala de Apelación, al incurrir en un yerro hermenéutica jurídica, dándole otro sentido a las normas de derecho por ellos invocada en la sentencia impugnada, puesto que a la luz de los artículos 223 inciso segundo y 95.3 del Código Civil, el tiempo necesario para la declaratoria de la unión de hecho, puede computarse a partir de la marginación del divorcio. (…) (Sic).

V. PROBLEMA JURÍDICO

17. Delimitado el cargo en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si la censura esbozada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se delimita el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿En el conflicto judicializado se cumplen o no los requisitos establecidos en la ley para que prospere la acción de unión de hecho post mortem?

¿El *Ad quem*, en su sentencia, incurre en error de interpretación de los artículos 222 y 223 del Código Civil, al aceptar el recurso de apelación interpuesto por los accionados?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

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

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

19. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."[5].

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

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

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

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

22. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[6]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones[7].

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

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

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (…) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (…) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[8].

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

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

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

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

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

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

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible*

---

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

[7] **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 189:** *"Art. 189.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.- La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones;(…)"*

[8] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...". [9]

31. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

32. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, "*es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede*", en este sentido, *"rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."*[10]

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

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

35. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que "(…) *La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia*". [11]

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

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

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.

3. La determinación de las causales en que se funda.

4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".

37. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamendrei, define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho,*

[9] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[10] Andrade, Santiago, ***La Casación Civil en el Ecuador,*** Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.
[11] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...".[12]

38. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI.2. Análisis individualizado del yerro acusado y admitido a trámite.

39. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 5 del artículo 268 del COGEP;** inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquel cargo, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

VI.3. Estudio del caso 5 previsto en el artículo 268 del COGEP.

40. El numeral 5 del artículo 268 del COGEP, establece:

> ***"Art. 268.- Casos.*** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*
> *5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto".*

41. En el mentado caso, "*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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la 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 (…) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(…)"*[13]

42. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- *"Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).*
- *La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).*

[12] Calamandrei, Piero, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.
[13] Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más.

- *El cargo casacional elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.*
- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración)*
- *La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia)."*[14]

43. La causal 5 del artículo 268 del COGEP, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutiva, sobre la misma, esta Alta Corte ha señalado:

> "*…se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente"*[15]

44. Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

"(…) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella…que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material" (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otros normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (…)" [16]

45. Por otra parte, también es de relevancia analizar el ámbito conceptual de precedente jurisprudencial obligatorio.

46. Los precedentes jurisprudenciales son parámetros interpretativos emitidos por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a partir de criterios desplegados de forma reiterada en la parte resolutiva de las sentencias, estos tienen como objetivo el de fortalecer y afirmar, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica.

47. La CRE, en los artículos 184 numeral 2 y 185, establece como atribución de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de esta Alta Corte, que repitan por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

48. El COFJ, en los artículos 180 numeral 2 y 182, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, fundamentada en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución contener únicamente el

[14] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sentencia, caso No. 17230-2017-11469.
[15] Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 1999.
[16] Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

49. En relación a la publicación de los fallos de esta Alta Corte, el artículo 197 del COFJ, establece lo siguiente:

> *"Art. 197.- Publicación de los fallos.- Sin perjuicio de la publicación de las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social se publicarán en el Registro Oficial todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia"*

50. Entonces, solo las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, originadas en las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, constituyen jurisprudencia imperativa y vinculante.

51. Por otra parte, sin constituirse como jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social, todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, se publican, las mismas que pueden emerger como jurisprudencia indicativa, no vinculante.

52. Delimitada la naturaleza jurídica del cargo casacional, corresponde el análisis del mismo en ilación con el **problema jurídico planteado**, que se circunscribe en las siguientes interrogantes:

> **¿En el conflicto judicializado se cumplen o no los requisitos establecidos en la ley para que prospere la acción de unión de hecho post mortem?**
>
> **¿El *Ad quem*, en su sentencia, incurre en error de interpretación de los artículos 222 y 223 del Código Civil, al aceptar el recurso de apelación interpuesto por los accionados?**

53. De los enunciados de la parte recurrente, se logra extraer los puntos medulares de su impugnación, los cuales hacen relación a que la sentencia del *Ad quem*, vulnera el artículo 223 del Código Civil, en relación con los artículos 82 de la CRE, y 222 y del Código Civil, al revocar el fallo de primera instancia y negar la demanda de unión de hecho, puesto que, al tratarse de un caso controvertido, se incurrió en una errónea interpretación de la primera norma *in comento*, al dar un sentido incoherente a la presunción legal establecida en dicha garantía normativa, en pro de la protección de la institución objeto del proceso, que genera lazos familiares, legales y patrimoniales, tanto más que, de los hechos fijados como ciertos se estableció la unión estable y monogámica por más de dos años dentro del ámbito temporal planteado en la demanda, por lo cual, están configurados los elementos para su procedencia.

54. Al tenor de lo indicado en el párrafo que precede, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **errónea interpretación**, el mismo que opera cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal, soslayando el ámbito teleológico de la norma cuestionada.

55. El autor Jorge Carrión Lugo explicando esta causal señala:

> "*Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla*"[17].

56. *Per se*, 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[18].

57. Ahora bien, desde un ámbito concreto, los artículos 222 y 223 del Código Civil, tienen esta naturaleza de normas de carácter sustancial o sustantivo, en ese sentido el órgano judicial verifica que la parte recurrente cumple con los principios de taxatividad y autonomía, al escoger el cargo de errónea interpretación de estas garantías normativas.

58. Relacionando el cargo casacional planteado por el censor, con el conflicto judicializado, y la unión de hecho, singularizada en los artículos 222

[17] Jorge Carrión Lugo, ***El Recurso de Casación en el Perú, Volumen I***, Segunda Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 218.
[18] Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2558. (Quito, 20 de enero de 1998)

y 223 del Código Civil, cuya infracción se acusa, es de relevancia puntualizar la esencia de la misma como institución jurídica.

59. El Estado constitucional de derechos y justicia vigente en el Ecuador, describe una gama de derechos de las personas, entre ellos, los de libertad; como parte de aquellos, se reconoce a la familia en sus diversos tipos, y se establece que el Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (artículo 67 de la CRE); asimismo, en nuestra estructura constitucional, como parte de los derechos referidos, se reconoce las uniones de hecho, en el siguiente sentido:

> *"Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.*
>
> *La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo".*

60. Para tutelar estos derechos, se han establecido garantías normativas en la legislación civil, en efecto, la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes, la unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo (artículo 222 del Código Civil), así también, en caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta. El juez para establecer la existencia de esta unión considerará las circunstancias o condiciones en que esta se ha desarrollado. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente y verificará que no se trate de ninguna de las personas enumeradas en el artículo 95 (artículo 222 del Código Civil).

61. Estas disposiciones sobre la unión de hecho pueden entenderse como una concreción de lo dispuesto en el artículo 67 de la CRE, esto es el reconocimiento de la "*familia en sus diversos tipos*" y su constitución por "vínculos jurídicos o de hecho", basada en *"la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes*". A partir de su equiparación con el matrimonio, la unión de hecho se funda en la igualdad de derechos, obligaciones, y capacidad legal de la pareja[19].

62. En el contexto, referido en los párrafos que preceden, se establece taxativamente, cuales son los requisitos que deben justificarse establecer la existencia de la unión de hecho:

63. La existencia de dos personas.- Según el artículo 41 del Código Civil, las personas son todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. En el marco de la CRE de 2008, es irrelevante el sexo de los convivientes; la unión puede constituirse por parejas del mismo o diferente sexo, el requisito es que la relación emerja entre dos personas única y exclusivamente.

64. La estabilidad.- Este requisito busca asegurar que la relación tenga un carácter de permanencia y estabilidad, por lo que no es suficiente probar la convivencia, sino que se debe justificar, el ámbito permanente y estable la relación; en ese sentido, incluso el artículo 223 del Código Civil, señala que en caso de controversia o para efectos probatorios, emerge la presunción legal de estabilidad transcurridos dos años.

65. La unión monogámica.- En el plano teórico, no hay controversias respecto a la relación monógama como uno de los pilares que configuran la unión de hecho, sin embargo, es de relevancia determinar si dicho concepto abarca también la mutua fidelidad que en el matrimonio se presenta como deber derivado de la misma identidad de la institución. Nuestras garantías normativas (artículo 222 del Código Civil), en efecto, establecen que la unión debe tener el carácter de estable y monogámica, para su validación, como algo jurídicamente debido. Este elemento da fuerza de una condición para la existencia de la unión de hecho. Es conveniente constatar por tanto que la misma noción fidelidad remite a un compromiso asumido, a una palabra dada, en la

[19] Simon, Farith, ***Manual de Derecho de Familia***, Editora Cevallos, Quito – Ecuador, 2021, pág. 263.

cohabitación exclusiva que materializa el rasgo de monogamia.

66. La ausencia de vínculo matrimonial de los convivientes.- Tomando en consideración que desde el punto de vista de los atributos de la personalidad, la unión de hecho es una institución jurídica que da origen a un estado civil, generador de derechos y obligaciones similares y paralelas al matrimonio, es claro que no pueden coexistir al mismo tiempo estos dos estados civiles, pues ello enervaría tan importante atributo de las personas, y provocaría inseguridad jurídica en las relaciones familiares de los involucrados, incluso en terceros; *per se,* si uno de los convivientes se halla ligado con una tercera persona por un contrato de matrimonio vigente, aquella circunstancia impide la consolidación de la unión de hecho, ya que, la ausencia de vínculo matrimonial es un requisito sustancial para la existencia de la unión de hecho.

67. La mayoría de edad.- En nuestra estructura normativa, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, por lo cual, solo aquellas personas mayores de edad tienen aptitud legal de formar una unión de hecho.

68. Que quienes forman la unión estable y monogámica no sean de aquellas personas descritas en el artículo 95 del Código Civil.- El artículo 95 del Código Civil, establece los casos de nulidad del matrimonio; así, es nulo el matrimonio contraído por el cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito o tentativa de homicidio, asesinato, sicariato o femicidio del cónyuge fallecido o que haya sobrevivido, la persona menor de 18 años de edad, la persona ligada por vínculo matrimonial no disuelto, la persona con discapacidad intelectual que afecte su consentimiento y voluntad, los parientes por consanguinidad en línea recta, y los parientes colaterales en segundo grado civil de consanguinidad; entonces, al tenor del artículo 223 del Código Civil, es requisito de la unión de hecho, para tener vocación de legalidad, el que los convivientes, no sean de aquellas personas referidas en el artículo 95 del Código indicado.

69. El hogar de hecho.- Este requisito hace relación a la convivencia efectiva implícita o explícita, por medio de la cual, la pareja establece un hogar común, que puede ser un lugar de domicilio, residencia, o convivencia, es decir una morada fija y permanente, a partir de la cual, se consolida entre los convivientes, la finalidad de vivir juntos, auxiliarse mutuamente, y formar un hogar de hecho, de forma pública y notoria. Es claro que no se cumple el requisito por la convivencia, sino por la naturaleza de la misma, es decir, este requisito revela la intención, la voluntad, de un proyecto de vida en común como pareja.

70. De lo desarrollado *ut supra*, se logra extraer los requisitos de la institución jurídica en análisis, la existencia de los mismos debía ser justificada procesalmente, a fin de tener como verosímil el estado conyugal aparente, que se configura con la singularidad de la unión, la estabilidad que perdura en el tiempo, la publicidad, el trato social como marido y mujer entre los legítimos contradictores en esta causa, libres de vínculo matrimonial.

71. El tratadista Luis Parráguez Ruiz, respecto a la unión de hecho, señala que:

> *"Es la unión estable entre un hombre y una mujer que constituyen un hogar fundado en el afecto recíproco, para la realización de un proyecto común que comprende básicamente el compromiso de solidaridad integral entre ambos".* [20]

72. En la misma ilación teórica, se establece lo siguiente:

> "(…) *la cohabitación en un mismo domicilio como marido y mujer -en apariencia de matrimonio- es el elemento esencial que se requiere para caracterizar a la relación como una unión marital de hecho/.Esta convivencia presupone el mantenimiento de relaciones sexuales, propias del tipo de unión en cuestión, y, además, permite presumir la existencia de mutua colaboración afectiva y material entre los convivientes frente a las vicisitudes de la vida*"[21].

73. En este sentido, esta institución regula las relaciones familiares, paralelamente al matrimonio, es una expresión de la voluntad protegida por la ley, con sustento constitucional, e incluso está garantizada con la presunción de su existencia. En el Código Civil, conforme lo señalado *ut supra*, se encuentra definida la unión de hecho, y podemos apreciar que el legislador ecuatoriano ha determinado diversos elementos indispensables para que pueda constituirse legalmente en

[20] Parráguez Ruiz, ***Luis. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Loja- Ecuador:*** Editorial Astrea Tomo II, 2005, pag. 222

[21] Jorge O. AZPIRI, "***Uniones de hecho",*** **Buenos Aires,** Editorial Hammurabi, primera edición, 2003, pág. 63.

concordancia con la CRE, en razón de que la vida familiar ha sufrido cambios tanto en la concepción jurídica cuanto en la realidad social.

74. Del análisis doctrinario y normativo, para que exista *unión de hecho* es ineludible la coexistencia de elementos y circunstancias esenciales, que son: **a)** Una unión estable y monogámica; **b)** Que esta unión sea entre dos personas (indistintamente del sexo o género), mayores de edad; **c)** Que tenga una duración de más de dos años; **d)** Que las dos personas sean libres de vínculo matrimonial; **e)** Que esta unión tenga como finalidad vivir juntos, auxiliarse mutuamente, y formar un hogar de hecho; **f)** Que entre la pareja exista publicidad de la unión, es decir, que el trato como pareja que forma el hogar de hecho, sea público y notorio; y, **g)** Que exista vocación de legalidad, esto es que no existan impedimentos para la consolidación de la institución jurídica.

75. Delimitado el análisis de la institución jurídica objeto de la controversia, este Tribunal, procede a dar respuesta a las interrogantes derivadas del problema jurídico planteado.

76. La parte recurrente sostiene que existe errónea interpretación de las normas invocadas *ut supra;* en ese escenario, para determinar si estos postulados son válidos, en atención a la causal de casación objeto de estudio, se parte de los hechos fijados como ciertos, que, en el caso concreto, determinan que:

a) La actora Claribel Sthefania Gallegos Quiroz, se encontraba libre de vínculo matrimonial durante todo el tiempo señalado en el líbelo de la demanda, es decir desde el 11 de julio de 2006 hasta el día 30 de mayo del 2021;

b) Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+) se encontraba libre de vínculo matrimonial, a partir del 1 de agosto de 2007, una vez que inscribió en legal y debida forma su sentencia de divorcio, hasta el 30 de mayo del 2021;

c) Claribel Sthefania Gallegos Quiroz y Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), mantuvieron una unión estable y monogámica, *per se,* formaron un hogar de hecho, en el que, incluso procrearon dos hijos de nombres Juan Arturo y Mia Angelina Aguilar Gallegos;

d) Claribel Sthefania Gallegos Quiroz y Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), en el tiempo singularizado, eran mayores de edad;

e) La unión estable y monogámica entre Claribel Sthefania Gallegos Quiroz y Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), perduró por más de dos años de forma ininterrumpida, a partir del 2 de agosto de 2007 hasta el 30 de mayo del 2021, en que fallece Fredy Arturo Ramiro Aguilar Bravo;

f) El vínculo sentimental y de convivencia entre Claribel Sthefania Gallegos Quiroz y Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), incluso data de fecha anterior al 2 de agosto de 2007.

77. Conforme lo indicado *ut supra*, los artículos 68 de la CRE, 222 y 223 del Código Civil, definen a la institución de la unión de hecho, y establecen al mismo tiempo sus requisitos. Así la convivencia de hecho que merece protección jurídica es aquella unión estable y monogámica de dos personas mayores de edad, libres de vínculo matrimonial, que forman un hogar de hecho, con propósitos de ayuda mutua y con un proyecto de vida común y familiar. El tiempo mínimo de convivencia, es de dos años y su constitución merece igual protección y valor que el de las familias unidas por matrimonio, tanto en el ámbito personal, familiar, social como en el patrimonial.

78. En el *in examine,* resulta evidente que entre Claribel Sthefania Gallegos Quiroz y Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), ha existido una relación de hecho desde aproximadamente el 11 de julio del año 2006, sin embargo, a esa fecha, Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), tenía el estado civil de casado, por lo que, de haber existido convivencia con la señora Gallegos Quiroz, desde el 11 de julio de 2006, esta relación no tenía aptitud legal para merecer protección jurídica, pues el conviviente no se encontraba libre de vínculo matrimonial.

79. Mas, teniendo en cuenta que Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), ha inscrito su sentencia de divorcio el 1 de agosto de 2007, y apreciando los otros hechos fijados como ciertos, que coadyuvan a establecer con verosimilitud el estado conyugal aparente, corresponde determinar la fecha de inicio de la relación de hecho cuya declaratoria se demanda.

80. ¿Cómo establecer el tiempo de inicio de la relación de hecho si es que **Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), tenía un vínculo previo?.** Para esto, corresponde remitirse a los hechos fijados como ciertos, por ejemplo, el divorcio de Aguilar Bravo (+), y su inscripción que data del 1 de agosto de 2007. Se ha de considerar entonces, que la aptitud legal para establecer una unión estable y monogámica conforme lo establece la CRE, data o tiene su inicio, a partir del día siguiente al de la inscripción de divorcio, esto es, desde el 2 de agosto de 2007.

81. No cabe duda entonces que entre Claribel Sthefania Gallegos Quiroz y Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), se dio una convivencia de hecho, común, estable y monogámica como lo señala la disposición del artículo 222 del Código Civil, por tanto, de conformidad con el artículo 68 de la CRE, y del derecho a la protección jurídica de la familia, se debe declarar la unión de hecho reclamada. Por estas consideraciones y bajo el análisis realizado, se determina que la unión de hecho inició el 2 de agosto de 2007 y terminó el 30 de mayo de 2021, conforme ha quedado justificado con los hechos fijados como ciertos.

82. Sin embargo, según el *Ad quem*, luego del ejercicio jurisdiccional de justipreciación de los elementos probatorios, los requisitos de la unión de hecho, no fueron verificados, por lo que decidió aceptar el recurso de apelación de la parte accionada, y como consecuencia rechazar la declaratoria de unión de hecho demandada, en ese sentido, consta de la sentencia impugnada.

83. La motivación del *Ad quem,* incurre en una errónea interpretación del inciso primero del artículo 223 del Código Civil, ya que, al tratarse de una acción ordinaria cuyo objetivo es una declaratoria de unión de hecho, se determina que la situación fáctica derivó en una cuestión controvertida, *prima facie*; y, al haber sido judicializado el asunto, el problema debía ser resuelto sobre la base fáctica y probatoria aportada por los legítimos contradictores, cuestión que a la vez, produce la justipreciación de los elementos probatorios por parte del órgano jurisdiccional, con sus efectos respectivos.

84. En ese escenario, al tratarse de un caso controvertido, en el cual, el órgano judicial, resuelve el problema sobre la base de los efectos probatorios derivados del ejercicio de justipreciación de la prueba, la regla del artículo 223 del Código Civil, explícitamente señala que en cualquiera de estos casos, emerge la presunción de que la unión de hecho es estable y monogámica, siempre y cuando hayan transcurrido al menos dos años de aquella, así lo indica la norma *in comento*, en su inciso primero:

> *"Art. 223.-En caso de controversia o para efectos probatorios,* ***se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta****.(…)".(lo subrayado nos pertenece).*

85. En este sentido, se establece que el *ad quem* incurrió en una errónea interpretación de la norma *in comento*, ya que, frente a un caso controvertido como el presente, además con sus efectos probatorios, dio un sentido diferente a la presunción legal establecida en favor de la protección de la unión de hecho como institución que genera lazos familiares, legales y patrimoniales, tanto más que, de los hechos fijados como ciertos se estableció la unión estable y monogámica por más de dos años a partir del 2 de agosto de 2007; *per se*, la violación de la norma señalada, bajo el modo delimitado, determinó que se resuelva aceptar el recurso de apelación de la parte accionada, y como consecuencia rechazar la declaratoria de unión de hecho demandada.

86. La interpretación correcta que el *Ad quem* debía dar al inciso primero del artículo 223 del Código Civil, hace relación a que, en función de la interpretación teleológica de los mandatos de optimización descritos en el artículo 68 de la CRE, y del derecho a la protección jurídica de la unión de hecho estable y monogámica (artículo 222 del Código Civil), debía considerar la presunción legal de la misma, de forma favorable para validar esta unión acaecida por más de dos años (desde el 2 de agosto de 2007 hasta el 30 de mayo de 2021), ya que su constitución merece igual protección y valor que el de las familias unidas por matrimonio, tanto en el ámbito personal, familiar, social como en el patrimonial.

87. Configurada la proposición jurídica completa en torno a la errónea interpretación de las normas acusadas y analizadas, se avizora además que, el yerro *in iure* en el que incurrió el Tribunal de apelación, es trascendente para la causa, ya que, al haberse dado un sentido diferente a la presunción legal establecida en el inciso primero del artículo 223 del Código Civil, se negó la existencia legal de la unión de hecho justificada procesalmente dentro del ámbito temporal planteado en la demanda; por lo cual el cargo casasional objeto de análisis es procedente.

88. En este contexto, conforme la garantía normativa establecida en el artículo 273 numeral 3 del COGEP, dada la procedencia del recurso de casación planteado, corresponde casar la sentencia en mérito de los autos y expedir la resolución que corresponde reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que se estima correctos; en ese escenario, se dicta:

VI.4. Sentencia De Merito.

89. La ciudadana Claribel Sthefania Gallegos Quiroz, en procedimiento ordinario, demanda la declaración de la unión de hecho *post mortem*, en contra de los herederos presuntos y desconocidos de quien en vida se llamó Arturo Ramiro

Aguilar Bravo; en el contexto establecido en el numeral "**1**." de la presente resolución.

90. De autos se verifica que el accionado, ciudadano Paúl Ramiro Aguilar Naranjo, heredero de Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+); comparece al proceso, contesta la demanda, y plantea excepciones, conforme lo descrito en el numeral "**2**." de esta sentencia.

91. Así también comparece la ciudadana Cinthia Paola Aguilar Naranjo, en calidad de heredera conocida de Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), señalando domicilio judicial, conforme lo indicado en el numeral "3." de esta sentencia.

92. Del escenario procesal planteado, en la sentencia impugnada, se llega a tener como hechos ciertos, aquellos referidos en el numeral **"76.-"** de este acto jurisdiccional.

93. A partir de los hechos fijados como ciertos, fuera de toda duda, se avizora la unión estable y monogámica entre Claribel Sthefania Gallegos Quiroz y Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), personas, hombre y mujer en el presente proceso, mayores de edad, libres de vínculo matrimonial, luego del 1 de agosto de 2007, en el caso de Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+); referida unión, existió en un ámbito temporal de más de dos años, tuvo como finalidad el vivir juntos, auxiliarse mutuamente, y formar un hogar de hecho; asimismo, dicha relación como pareja, fue pública y notoria, y obtuvo vocación de legalidad desde el 2 de agosto de 2007, luego de que Aguilar Bravo inscribió su sentencia de divorcio, sin que a partir de tal data hayan existido impedimentos para la consolidación de la institución jurídica; ergo, se halla consolidada la institución en análisis, descartándose el argumento de la parte demandada sobre aquello.

94. En el contexto indicado, por otra parte, corresponde fijar los hitos tanto de inicio cuanto de terminación de la unión de hecho referida en el párrafo que precede.

95. Parte de la fundamentación fáctica esgrimida por los legítimos contradictores, hace referencia al nacimiento y existencia de dos hijos dentro de la unión de hecho formada por Claribel Sthefania Gallegos Quiroz y Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+); sobre este tópico, el nacimiento de un hijo, su reconocimiento e inscripción, no constituye, *per se,* justificación del inicio, origen, o existencia de una unión de hecho; sin embargo, la primera cuestión no es excluyente de la segunda; es decir, en la casuística, el nacimiento o reconocimiento voluntario de un hijo, puede ser o no, indicativo del origen o de la existencia de una unión de hecho; ahora, dicha cuestión, en el *in examine*, no es útil para fijar el hito de inicio de la relación. Más allá de aquello, por otra parte, de la declaración juramentada integrada a la teoría probatoria de la actora, y de su declaración de parte, se obtiene ciertos hechos fijados en instancia que coadyuvan a concluir que la actora y Arturo Aguilar, establecieron su hogar de hecho, incluso antes de la inscripción del divorcio de dicho ciudadano, por lo que, la unión estable y monogámica adquirió vocación de legalidad, luego de la marginación de dicho divorcio en el Registro Civil, es decir a partir del 2 de agosto de 2007; ergo, esta fecha es el hito de inicio.

96. Finalmente, la unión de hecho verificada procesalmente, culminó con la muerte de Arturo Ramiro Aguilar Bravo, el 30 de mayo de 2021.

97. Fijado lo anterior, se reitera la motivación esgrimida en párrafos anteriores; ergo, al tratarse de un caso controvertido, en el cual, el órgano judicial, debe resolver el problema sobre la base de la presunción legal establecida en el artículo 223 del Código Civil, aplicable al caso ya que han transcurrido más de dos años de la relación antes referida, en procura de la protección de la unión de hecho como institución que genera lazos familiares, legales y patrimoniales; y, por cuanto, de los hechos fijados como ciertos se avizora la unión estable y monogámica con vocación de legalidad, a partir del 2 de agosto de 2007 hasta el 30 de mayo de 2021, se concluye que, se hallan cumplidos los requisitos, presupuestos y presunción, previstos en los artículos 222 y 223 del Código Civil.

98. Todo lo indicado, es razón suficiente para aceptar la demanda incoada por Claribel Sthefania Gallegos Quiroz, y declarar la unión de hecho reclamada, acaecida y con vocación de legalidad, desde el 2 de agosto de 2007, hasta el 30 de mayo de 2021, fecha en la que falleció Arturo Ramiro Aguilar Bravo; sin que en esta conclusión se avizore un vicio de incongruencia de *ultra, extra,* o *citra petita,* toda vez que los hitos fijados se hallan dentro del ámbito temporal establecido en la demanda, considerando las circunstancias y condiciones en que esta unión de hecho se ha desarrollado.

VII. DECISIÓN

99. *En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad,* ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA****,*
RESUELVE:
100. *Declarar la procedencia del recurso de casación planteado por Claribel Sthefania Gallegos Quiroz, actora, por el caso 5 del artículo 268 del COGEP, en torno a la errónea interpretación de los artículos 222 y 223 del Código Civil, normas de derecho sustantivo determinantes en la parte dispositiva de la sentencia impugnada.*
101. *Casar la sentencia emitida el 26 de agosto del 2022, las 11h41, por el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena;* ergo*, conforme la garantía normativa establecida en el artículo 273 numeral 3 del COGEP, en mérito de los autos, tomando en cuenta que se hallan cumplidos los requisitos previstos en los artículos 222 y 223 del Código Civil, se acepta la demanda incoada por Claribel Sthefania Gallegos Quiroz, consecuentemente se declara la existencia de la unión de hecho entre Claribel Sthefania Gallegos Quiroz, y Arturo Ramiro Aguilar Bravo (+), acaecida desde el 2 de agosto del 2007 hasta el 30 de mayo del 2021, fecha en la que falleció Arturo Ramiro Aguilar Bravo, en los términos fijados en esta resolución; consiguientemente, se dispone su inscripción en el Registro Civil, Identificación y Cedulación de Santa Elena, para los fines de ley pertinentes.*
102. *Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.*
103. *Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.-* ***NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.***

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 17204-2018-04741

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **David Jacho Chicaiza**

ACCIÓN
DECLARATORIA DE UNIÓN DE HECHO

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

El Tribunal de esta Alta Corte, rechaza el recurso de casación, ya que la sentencia de apelación, cuenta con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, lo que hace concluir que está debidamente motivada.

Quito, jueves 31 de agosto del 2023, las 15h23

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por Eddy Manuel Delgado Barre, demandado, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*, el Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el medio de impugnación extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. La ciudadana Anny Gonzalez Pérez, en procedimiento ordinario, demanda la declaratoria de la unión de hecho, en contra de Eddy Manuel Delgado Barre, en el siguiente contexto:

"(…)1.1 Vendrá a su conocimiento que entre mi persona ANNY GONZALEZ PEREZ, de estado civil divorciada y el señor EDDY MANUEL DELGADO BARRE, de estado civil divorciado, nos juntamos un Unión de Hecho estable y monogamica, desde el mes de abril del año de 1998, hasta el 24 de octubre del 2012, en donde unánimemente tomamos la decisión de legalizar nuestra unión de hecho y contraer matrimonio el 25 de Octubre del 2012, conforme lo justifico con la partida de matrimonio que adjunto.

1.2 En el tiempo que mantuvimos nuestra unión de hecho, procreamos tres hijos que responden a los nombres de: LUIS FERNANDO, de 19 años; RAUL ERNESTO, de 13 años; y HANNA ANTONELA DELGADO GONZALEZ, de 10 años de edad.

1.3 Por la unión de hecho mantenida entre nosotros, nos veníamos tratando como marido y mujer en todas nuestras relaciones sociales y asi hemos sido recibido por nuestros parientes, amigos y vecinos, la Unión de Hecho se encuentra protegida por las disposiciones que el Código Civil establece en materia de uniones de hecho. Nuestro hogar y residencia lo teníamos constituido en un primer momento en las calles: Av. La Prensa, y Shuaras, N31-29, edificio de apartamentos, tercer piso, en dicho inmueble residimos aproximadamente un año y medio, en calidad de inquilinos, tiempo en el cual nació nuestro primer hijo Luis Fernando Delgado González.

Posterior a dicho domicilio, nos mudamos a otras tres casas, en las que aproximadamente vivimos cerca de 4 años entre uno y otro lugar, de igual como inquilinos, hasta que encontramos un inmueble acorde a nuestras necesidades y decidimos establecernos ahí, este fue en la siguiente dirección: Av. 6 de Diciembre, pasaje 80 10, casa en ese entonces de dos plantas, está ubicada entre las calles de Las Hortencias y Lizarzaburo, sector El Inca, de esta ciudad de Quito, en dicha residencia convivimos aproximadamente 5 años, tiempo en el cual nació muestro segundo hijo Raúl Ernesto Delgado González, al igual que en el resto de lugares éramos arrendatarios.

En el mes de mayo del año 2007, nos mudamos a la casa en la que resido actualmente, ubicada en las calles Tobías Godoy, y N9, casa N8-86, Conjunto Residencial "La Herradura", inmueble que conjuntamente con el señor EDDY MANUEL DELAGADO BARRE, adquirimos conforme consta del certificado de gravámenes que adjunto, y un año después de estar residiendo en dicho inmueble en calidad de propietarios nació nuestra tercera hija Hanna Antonela Delgado González.

En el referido inmueble vivimos con el hoy demandado desde mayo del 2007, hasta abril del año 2016, es decir aproximadamente 9 años; el 16 de abril del 2016, el señor EDDY MANUEL DELAGADO BARRE, procedió a salir de nuestro hogar, por cuanto mantuvimos una discusión bastante grave, en la cual el demandado me agredió física y verbalmente por lo que acudí a la Unidad Judicial de Violencia contra la Mujer y la Familia, donde interpuse la respectiva denuncia y se me otorgo las medidas preventivas del caso, y se me extendió la boleta de auxilio No. 0310, en el mes de abril del año 2016.

1.4 El 26 de marzo del 2018, se declaró disuelto nuestro vínculo matrimonial mediante sentencia dictada dentro del juicio No. 17204-2018-00295, y que consta la respectiva razón en el certificado de Matrimonio que adjunto.

1.5 Con fecha 15 de Agosto del 2016, presente la demanda de alimentos signada con el No.-17986-2016-00591, y mediante Resolución la cual adjunto en copia certificada, dictada el 05 de enero del 2017, se fijó una pensión de alimentos en favor de mis hijos por el valor de $ 272.01, en dicha resolución se hace constar que del valor dispuesto se descontaran $ 84.40 por concepto para el pago de la vivienda donde residen los derechohabientes (hipoteca inmueble).

1.6 Del certificado de Gravámenes, emitido por el Registro de la Propiedad del cantón Quito, vendrá a su conocimiento, que con fecha 01 de Marzo del 2007, adquirimos un inmueble, el mismo que fue inscrito en el respectivo Registro de la Propiedad el 18 de Marzo del 2007, inmueble que consiste en: CASA D DOCE E, que forma parte del Edifico "La Herradura", ubicado en la parroquia Calderón.

Del certificado de Gravámenes, emitido por el Registro de la Propiedad del cantón

Pedernales, provincia de Manabí, vendrá a su conocimiento, que el 17 de diciembre del 2014, adquirimos un bien inmueble, el mismo que se encuentra debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente el 17 de diciembre del 2014. Inmueble que consiste en UN LOTE DE TERRENO, de MIL CIENTO CUATRO METROS SETENTA DECIMETROS.(…)

La presente acción se encuentra fundamentada de conformidad con los artículos 68 y 69 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 222 al 232 del Código Civil, Art. 234, numeral 2 del Código Orgánico de la Función judicial. (…)

Con los antecedentes antes expuestos y fundada en la norma enunciada interpongo la presente demanda en contra del señor EDDY MANUEL DELGADO BARRE, para que mediante sentencia se declare la Unión de Hecho, mantenida entre mi persona y el demandado, desde el año 1998 hasta el 24 de octubre del 2012; así también solicito a su autoridad disponga la inscripción de la presente demanda y calificación en el Registro de la Propiedad del cantón Quito, y del cantón Pedernales, provincia de Manabí, para que surtan los efectos legales pertinentes (…)" (Sic)

2. De autos se verifica que el accionado, ciudadano Eddy Manuel Delgado Barre; comparece al proceso, contesta la demanda, y plantea excepciones en el siguiente sentido:

(…) ***a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la actora.***

Niego pura y simplemente los fundamentos de la demanda por carecer de fundamento.

b) Falta de derecho de la actora:

Existe una evidente falta de derecho de la parte accionante para proponer esta demanda, pues entre ella y yo, en el periodo señalado en su libelo, no existió relación estable alguna, mucho menos monogámica. (…)

c) Improcedencia de la demanda en los términos que ha sido propuesta:

Conforme se desprende del propio texto de la demanda, la actora reconoce que en el año 2012 contrajimos matrimonio, y, tiempo después, nos divorciamos.

Al respecto, surge la siguiente interrogante, ¿Si según la actora existía una supuesta unión de hecho entre nosotros, porqué decidimos casarnos, en vez de "legalizar" dicho estado civil, el cual otorgaría, en principio, los mismos derechos y obligaciones? (…)

Por lo tanto, además de la incompatibilidad del matrimonio con la unión de hecho, es claro que la presente demanda es improcedente, pues la fecha de inicio, factor clave para pretender una declaratoria como la que pretende la actora, ni siquiera está definida, pues la señora González constantemente varía la misma. (…)" (Sic)

1.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

3. Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, encontrándose la causa para resolver, la abogada Gyna Margarita Solís Viscarra, Jueza de la Unidad Judicial Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, emite su sentencia aceptando la demanda, la misma que es reducida a escrito el martes 27 de agosto del 2019, a las 16h06, en el siguiente sentido:

"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA", acepta la demanda, y en consecuencia declara la Existencia de la Unión de Hecho entre la señora Anny Gonzalez Perez, portadora de la cédula de identidad No. 1719400937 y el señor Eddy Manuel Delgado Barre, portador de la cédula de identidad No. 1712444379, desde el mes de mayo del 2006 hasta el 24 de octubre del 2012. Ejecutoriada esta sentencia, cúmplase con lo señalado en los Arts. 10.10 y 56,57, 59 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, el/la señor/a actuario/a entregue las copias certificadas que fueren necesarias a los interesados (…)" (Sic)

1.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por el demandado Eddy Manuel Delgado Barre, el Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de lunes 30 de mayo del 2022, las 11h06, rechaza el remedio procesal, en el siguiente sentido:

"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso de apelación interpuesto; en consecuencia, se confirma la sentencia venida en grado en todas sus partes, que declaró

la existencia de la unión de hecho entre ANNY GONZÁLEZ PÉREZ y EDDY MANUEL DELGADO BARRE , vigente desde el mes de mayo del 2006 hasta el 24 de octubre del 2012 (…)." (Sic)

1.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Eddy Delgado Barre, demandado, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

6. El doctor Carlos Vinicio Pazos Medina, Conjuez Nacional (E), de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte, mediante auto de 11 de noviembre del 2022, las 08h17, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

"(…) DECISIÓN. Por lo expuesto, el suscrito Conjuez de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ADMITE a trámite el recurso de casación propuesto por EDDY MANUEL DELGADO BARRE (…)". (Sic)

7. El Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

8. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo, Himmler Roberto Guzmán Castañeda, y David Isaías Jacho Chicaiza, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de esta Alta Corte.

9. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 2 de febrero de 2023, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 189 numeral 1 del COFJ.

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

11. Así también, en aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, previo el sorteo respectivo, llama a la doctora Rita Bravo Quijano, Conjueza Nacional (E), para reemplazar al doctor Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (E), en virtud de la licencia legalmente otorgada; y, convoca a la Dra. Gabriela Mier Ortiz, Conjueza Nacional (E), para reemplazar al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (e), en el mismo sentido.

12. Así, queda conformado el suscrito Tribunal por las doctoras Rita Bravo Quijano y María Gabriela Mier Ortiz, Conjuezas Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

13. La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; 189 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL

14. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

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

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

16. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral "**6**" de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 2 del artículo 268 del COGEP,** respecto del cual, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

> **"***(…)* ***5.1.2. Individualización de la norma de derecho infringida***
> *El Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador es claro en indicar que: (…)*
> *El Art. 89 del Código Orgánico General de Procesos advierte: (…)*
> *En este sentido, conforme la disposición citada, las sentencias y autos deben ser claros y contener una debida motivación, que existirá única y exclusivamente cuando el juzgador subsuma los hechos en las normas aplicables y demuestre, de manera lógica, cómo sus premisas se adecuan para llegar a la conclusión que expone en su resolución.*
> *Para que una resolución se encuentre motivada debe necesariamente reunir tres elementos:*
>
> - *Contener una descripción detallada de los hechos relevantes del caso que han sido debidamente comprobados durante el procedimiento.*
> - *Identificar las normas cuya consecuencia jurídica se va a aplicar para resolver el caso; y,*
> - *Explicar por qué los hechos del caso se subsumen (adecúan) en la hipótesis de la norma cuya consecuencia jurídica se aplica en la parte resolutiva respecto a cada una de las alegaciones de los justiciables.*
>
> *En el presente caso, estos requisitos no se cumplen, conforme se detalla a continuación:*
> *<u>A. Incongruencia frente a las partes</u>*
> *De conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, para que una sentencia se encuentre debidamente motivada debe existir congruencia entre los argumentos expuestos por las partes y lo resuelto por el órgano jurisdiccional, tal y como lo ha advertido la Corte en la sentencia No. 2344-19-EP/20: (…)*
> *En concordancia con este criterio, la Corte Constitucional en la sentencia No. 1943-12-EP/192 ha sostenido que (…)*
> *En el presente caso, el Tribunal Ad quem no se refiere a ninguno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación, más allá de enumerarlos en el apartado 7.5 del fallo, no emite pronunciamiento alguno sobre ellos.*
> *Esto se verifica con el contenido de los considerandos 7.5. y 7.6 del fallo, donde el Tribunal expone que: (…)*
> *Por ende, al no haber esta congruencia entre la decisión jurisdiccional y los principales argumentos vertidos por el recurrente, es claro que la sentencia objeto de este recurso de casación carece incurre en el vicio de incongruencia motivacional Indicado la Corte Constitucional.*
> ***B.*** *<u>Inexistencia de fundamentación normativa</u>*
> *Respecto a la fundamentación normativa suficiente, la Corte Constitucional en la* ***sentencia vinculante No. 1158-17-EP/21,*** *ha advertido que cualquier decisión emitida por una autoridad jurisdiccional: (…)*

En el presente caso, existe este vicio motivacional. El Tribunal Ad quem no explica el por qué supuestamente la sentencia dictada en primera instancia cumple con el requisito de motivación. Es más, el Tribunal afirma que la sentencia de primera instancia cumple con todos los "nuevos estándares" de la Corte Constitucional, sin siquiera señalar cuáles son estos estándares.
Esto se verifica con el contenido del considerando 7.6 del fallo, en donde se expone lo siguiente: (…)
Por otra parte, el Tribunal Ad quem señala que, en los juicios de unión de hecho, es el demandado quien debe demostrar que "no existió" la unión de hecho sin señalar cuál es la norma jurídica que prevé aquello. Esto se verifica con el contenido del considerando 7.8 del fallo, donde se señala que: (…)
La Corte Constitucional en la ***sentencia No. 734-14-EP/20*** *de 7 de octubre de 2020, advirtió que* ***la falta de enunciación de normas jurídicas y de explicación de su pertinencia al caso,*** *acarrea la vulneración del derecho a la motivación: (…)*
De allí que, al no haber indicado la Sala cuál es la norma constitucional o legal en base a la cual fundamenta su decisión, es claro que esta contiene una deficiencia motivacional, tal como lo ha advertido la Corte Constitucional. (…) (Sic).
"(…) En el presente caso, ***el Tribunal Ad quem no se refirió a ninguno de los argumentos relevantes expuestos en el recurso de apelación tanto en escrito como en la audiencia respectiva.*** *Se limitó a enumerarlos en el apartado 7.5 del fallo, pero no emitió pronunciamiento alguno sobre ellos.*
Los argumentos relevantes de mi recurso de apelación fueron los siguientes:
Que la sentencia de primera instancia carecía de motivación, en ella nunca se justificó como los hechos se adecuaban a la norma relativa a la unión de hecho para poder declararla.
Que existían contradicciones en el fallo, pues se reconoce en él que ni la actora ni el demandado eran monogámicos; y,
Que no puede existir unión de hecho pues las partes contrajeron matrimonio y luego se divorciaron, tenían un estado civil distinto.
Ninguno de estos argumentos relevantes para el recurso de apelación y de la defensa en general del señor Eddy Delgado fueron atendidos por parte del Tribunal Ad Quem.
Este vicio de insuficiencia de motivación se verifica con el contenido de los considerandos 7.5. y 7.6 del fallo, donde el Tribunal expone que: (…)
Como se observa, el Tribunal Ad quem inobservó el artículo 76 de la Constitución, el artículo 89 del COGEP y el precedente vinculante ***No. 1158-17-EP/21 al no haber respondido los argumentos de defensa relevantes de Eddy Delgado. Es decir, no desarrolló jurídicamente porqué sus argumentos de defensa no prosperaban o porqué carecían de mérito.***
Por ende, al no haber dado respuesta a los argumentos relevantes de Eddy Delgado Barre, la sentencia recurrida incurre en el vicio de insuficiencia motivación por incongruencia frente a las partes conforme lo ha indicado la Corte Constitucional. (…)"

V. PROBLEMA JURÍDICO

17. Delimitado el cargo en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si la censura esbozada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se delimita el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿La sentencia impugnada, al confirmar el fallo de primera instancia, sin presuntamente dar respuesta a los cargos planteados en apelación, incurre en apariencia motivacional por incoherencia frente a las partes, o en inexistencia motivacional, todo lo cual vicia la motivación?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

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

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

19. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

> *"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."*[1].

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

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

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

22. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[2]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones[3].

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

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

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

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

26. En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales; así, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental

---

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

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

[3] **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 189:** *"Art. 189.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.- La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones;(…)"*

[4] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que *"...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior..."*.

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

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

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

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

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..."*. [5]

31. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

32. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, "*es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede*", en este sentido, *"rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."*[6]

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

34. El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los actos jurisdiccionales descritos en el artículo 266

[5] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[6] Andrade, Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.

del COGEP, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso.

35. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que "(…) *La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia*". [7]

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

> *"Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:*
>
> *1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*
>
> *2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*
>
> *3. La determinación de las causales en que se funda.*
>
> *4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".*

37. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamendrei, define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..."*. [8]

38. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

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

39. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 2 del artículo 268 del COGEP;** inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquel cargo, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

VI.3. Estudio del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

40. El caso seleccionado para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem* (numeral 2 del artículo 268 del COGEP) establece lo siguiente:

> ***"Art. 268.- Casos.*** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos (…)*
>
> *2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

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

> *"Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva (...) que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los*

[7] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

[8] Calamandrei, Piero, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado (…) El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado".[9]

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

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles.
- Si la impugnación hace relación a que el fallo no cumple el requisito de motivación.

43. Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo[10], son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

44. De los enunciados de la parte recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe a la falta de motivación, e indica que se han soslayado los artículos 76 numeral 7 literal 1) de la CRE, 89 y 92 del COGEP.

45. Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional[11], doctrinaria[12], y jurisprudencialmente[13].

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COGEP: *"Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación".*

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

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

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

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

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

"(…) Art. 130.- (…) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se ***explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho****. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos".* (Énfasis añadido).

50. Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: "*...la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión...*" [14] (Énfasis añadido).

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

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

> *"…En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos:* ***(i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente.*** *Esto quiere decir lo siguiente:*
>
> *61.1. Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en "la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas". O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, "[l]a motivación no puede limitarse a citar normas" y menos a "la mera enunciación inconexa [o "dispersa"] de normas jurídicas", sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso.*
>
> *61.2. Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, "la motivación no se agota con la mera enunciación de […] los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]", sino que, por el contrario, "los jueces [...] no motiva[n] su sentencia […] si] no se analizan las pruebas". En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en "la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas", sino que se debe: "exponer […] el acervo probatorio aportado a los autos", "mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado" y "permitir conocer cuáles son los hechos". Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes"*[15]

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

54. En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si la parte recurrente pretendía justificar la

[14] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.
[15] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

causal 2 prevista en el artículo 268 del COGEP, en torno al incumplimiento del requisito de la motivación en la sentencia recurrida; tenía el deber de justificar, "*con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de motivación*"[16].

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

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

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.
- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

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

> **¿La sentencia impugnada, al confirmar el fallo de primera instancia, sin presuntamente dar respuesta a los cargos planteados en apelación, incurre en apariencia motivacional por incoherencia frente a las partes, o en inexistencia motivacional, todo lo cual vicia la motivación?**

58. De los enunciados de la parte recurrente, se logra extraer los puntos medulares de su impugnación, los cuales hacen relación a que la sentencia del *Ad quem*, incurre en la vulneración de los artículos 76 numeral 7 literal l) de la CRE, 89 y 92 del COGEP; que presuntamente el Tribunal *Ad quem*, no dio respuesta a los cargos planteados en apelación; menciona que nunca se justificó como los hechos se adecuaban a la norma relativa a la unión de hecho para poder declararla; que existen contradicciones en el fallo, pues se reconoce en el que ni la actora ni el demandado eran monogámicos (Sic); y, que no puede existir unión de hecho pues las partes contrajeron matrimonio y luego se divorciaron, por lo cual, tenían un estado civil distinto; que todas estas cuestiones, hacen que la decisión impugnada incurra en apariencia motivacional por incoherencia frente a las partes, y en inexistencia motivacional, por lo cual, la decisión no está motivada.

59. Ahora bien, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional[17], para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta con una argumentación jurídica suficiente, es decir, con una estructura mínimamente completa, integrada por estos dos elementos: ***una fundamentación normativa suficiente***, y ***una fundamentación fáctica suficiente***, lo cual constituye el **criterio rector** para un análisis adecuado.

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

61. Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica[18].

62. Insuficiencia.- Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia.[19] Manuel Atienza, señala que "*el ideal de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión*", en este sentido "*motivar suficientemente significa que se haya alcanzado en grado suficiente de expresión la explicitación*

[16] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No.1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021,p. 33.
[17] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[18] Ibídem.
[19] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión"[20]

63. Apariencia.- Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia constitucional, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: incoherencia; inatinencia; incongruencia; e, incomprensibilidad[21], conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente contexto:

64. Incoherencia.- Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen -sus premisas y conclusiones- (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.

65. La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente. En cambio, una incoherencia decisional siempre implica que la argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación[22].

66. Inatinencia.- Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no "tienen que ver" con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez "equivoca el punto" de la controversia judicial. La *inatinencia* implica que una argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado las razones inatinentes, no quedan otras que logren configurar una argumentación jurídica suficiente[23].

67. Incongruencia.- Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho). La incongruencia frente a las partes puede darse por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta. La incongruencia (sea frente a las partes o sea frente al Derecho) siempre implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación.[24]

68. Incomprensibilidad.- Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o -cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)- para un ciudadano o ciudadana.[25]

69. Ahora bien, relacionando el cargo casacional planteado por el censor, con el conflicto judicializado, y **la unión de hecho,** es de relevancia puntualizar la esencia de la misma como institución jurídica.

70. El Estado constitucional de derechos y justicia vigente en el Ecuador, describe una gama de derechos de las personas, entre ellos, los de libertad; como parte de aquellos, se reconoce a

[20] Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, p. 136-138
[21] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[22] Ibídem.
[23] Ibídem.
[24] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[25] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

la familia en sus diversos tipos, y se establece que el Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (artículo 67 de la CRE); asimismo, en nuestra estructura constitucional, como parte de los derechos referidos, se reconoce las uniones de hecho, en el siguiente sentido:

> *"Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.*
>
> *La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo".*

71. Para tutelar estos derechos, se han establecido garantías normativas en la legislación civil, en efecto, la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes, la unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo (artículo 222 del Código Civil), así también, en caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta. El juez para establecer la existencia de esta unión considerará las circunstancias o condiciones en que esta se ha desarrollado. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente y verificará que no se trate de ninguna de las personas enumeradas en el artículo 95 (artículo 222 del Código Civil).

72. Estas disposiciones sobre la unión de hecho pueden entenderse como una concreción de lo dispuesto en el artículo 67 de la CRE, esto es el reconocimiento de la "*familia en sus diversos tipos*" y su constitución por "vínculos jurídicos o de hecho", basada en *"la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes*". A partir de su equiparación con el matrimonio, la unión de hecho se funda en la igualdad de derechos, obligaciones, y capacidad legal de la pareja[26].

73. En el contexto, referido en los párrafos que preceden, se establece taxativamente, cuales son los requisitos que deben justificarse establecer la existencia de la unión de hecho:

74. La existencia de dos personas. - Según el artículo 41 del Código Civil, las personas son todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. En el marco de la CRE de 2008, es irrelevante el sexo de los convivientes; la unión puede constituirse por parejas del mismo o diferente sexo, el requisito es que la relación emerja entre dos personas única y exclusivamente.

75. La estabilidad. - Este requisito busca asegurar que la relación tenga un carácter de permanencia y estabilidad, por lo que no es suficiente probar la convivencia, sino que se debe justificar, el ámbito permanente y estable de la relación; en ese sentido, incluso el artículo 223 del Código Civil, señala que en caso de controversia o para efectos probatorios, emerge la presunción legal de estabilidad transcurridos dos años.

76. La unión monogámica. - En el plano teórico, no hay controversias respecto a la relación monógama como uno de los pilares que configuran la unión de hecho, sin embargo, es de relevancia determinar si dicho concepto abarca también la mutua fidelidad que en el matrimonio se presenta como deber derivado de la misma identidad de la institución. Nuestras garantías normativas (artículo 222 del Código Civil), en efecto, establecen que la unión debe tener el carácter de estable y monogámica, para su validación, como algo jurídicamente debido. Este elemento da fuerza de una condición para la existencia de la unión de hecho. Es conveniente constatar por tanto que la misma noción fidelidad remite a un compromiso asumido, a una palabra dada, en la cohabitación exclusiva que materializa el rasgo de monogamia.

77. La ausencia de vínculo matrimonial de los convivientes. - Tomando en consideración que desde el punto de vista de los atributos de la personalidad, la unión de hecho es una institución jurídica que da origen a un estado civil, generador de derechos y obligaciones similares y paralelas al matrimonio, es claro que no pueden coexistir al mismo tiempo estos dos estados civiles, pues ello

[26] Simon, Farith, Manual de Derecho de Familia, Editora Cevallos, Quito – Ecuador, 2021, pág. 263.

enervaría tan importante atributo de las personas, y provocaría inseguridad jurídica en las relaciones familiares de los involucrados, incluso en terceros; *per se,* si uno de los convivientes se halla ligado con una tercera persona por un contrato de matrimonio vigente, aquella circunstancia impide la consolidación de la unión de hecho, ya que, la ausencia de vínculo matrimonial es un requisito sustancial para la existencia de la unión de hecho.

78. La mayoría de edad.- En nuestra estructura normativa, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, por lo cual, solo aquellas personas mayores de edad tienen aptitud legal de formar una unión de hecho.

79. Que quienes forman la unión estable y monogámica no sean de aquellas personas descritas en el artículo 95 del Código Civil.- El artículo 95 del Código Civil, establece los casos de nulidad del matrimonio; así, es nulo el matrimonio contraído por el cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito o tentativa de homicidio, asesinato, sicariato o femicidio del cónyuge fallecido o que haya sobrevivido, la persona menor de 18 años de edad, la persona ligada por vínculo matrimonial no disuelto, la persona con discapacidad intelectual que afecte su consentimiento y voluntad, los parientes por consanguinidad en línea recta, y los parientes colaterales en segundo grado civil de consanguinidad; entonces, al tenor del artículo 223 del Código Civil, es requisito de la unión de hecho, para tener vocación de legalidad, el que los convivientes, no sean de aquellas personas referidas en el artículo 95 del Código indicado.

80. El hogar de hecho. - Este requisito hace relación a la convivencia efectiva implícita o explícita, por medio de la cual, la pareja establece un hogar común, que puede ser un lugar de domicilio, residencia, o convivencia, es decir una morada fija y permanente, a partir de la cual, se consolida entre los convivientes, la finalidad de vivir juntos, auxiliarse mutuamente, y formar un hogar de hecho, de forma pública y notoria. Es claro que no se cumple el requisito por la convivencia, sino por la naturaleza de la misma, es decir, este requisito revela la intención, la voluntad, de un proyecto de vida en común como pareja.

81. De lo desarrollado *ut supra*, se logra extraer los requisitos de la institución jurídica en análisis, la existencia de los mismos debía ser justificada procesalmente, a fin de tener como verosímil el estado conyugal aparente, que se configura con la singularidad de la unión, la estabilidad que perdura en el tiempo, la publicidad, el trato social como marido y mujer entre los legítimos contradictores en esta causa, libres de vínculo matrimonial.

82. El tratadista Luis Parráguez Ruiz, respecto a la unión de hecho, señala que:

> *"Es la unión estable entre un hombre y una mujer que constituyen un hogar fundado en el afecto recíproco, para la realización de un proyecto común que comprende básicamente el compromiso de solidaridad integral entre ambos".* [27]

83. En la misma ilación teórica, se establece lo siguiente:

> "(…) *la cohabitación en un mismo domicilio como marido y mujer -en apariencia de matrimonio- es el elemento esencial que se requiere para caracterizar a la relación como una unión marital de hecho/.Esta convivencia presupone el mantenimiento de relaciones sexuales, propias del tipo de unión en cuestión, y, además, permite presumir la existencia de mutua colaboración afectiva y material entre los convivientes frente a las vicisitudes de la vida*"[28].

84. En este sentido, esta institución regula las relaciones familiares, paralelamente al matrimonio, es una expresión de la voluntad protegida por la ley, con sustento constitucional, e incluso está garantizada con la presunción de su existencia. En el Código Civil, conforme lo señalado *ut supra*, se encuentra definida la unión de hecho, y podemos apreciar que el legislador ecuatoriano ha determinado diversos elementos indispensables para que pueda constituirse legalmente en concordancia con la CRE, en razón de que la vida familiar ha sufrido cambios tanto en la concepción jurídica cuanto en la realidad social.

85. Del análisis doctrinario y normativo, para que exista *unión de hecho* es ineludible la coexistencia de elementos y circunstancias esenciales, que son: **a)** Una unión estable y monogámica; **b)** Que

[27] Parráguez Ruiz, Luis. ***Manual de Derecho Civil Ecuatoriano.*** Loja- Ecuador: Editorial Astrea Tomo II, 2005, pag. 222

[28] Jorge O. AZPIRI, "Uniones de hecho", Buenos Aires, Editorial Hammurabi, primera edición, 2003, pág. 63.

esta unión sea entre dos personas (indistintamente del sexo o género), mayores de edad; **c)** Que tenga una duración de más de dos años; **d)** Que las dos personas sean libres de vínculo matrimonial; **e)** Que esta unión tenga como finalidad vivir juntos, auxiliarse mutuamente, y formar un hogar de hecho; **f)** Que entre la pareja exista publicidad de la unión, es decir, que el trato como pareja que forma el hogar de hecho, sea público y notorio; y, **g)** Que exista vocación de legalidad, esto es que no existan impedimentos para la consolidación de la institución jurídica.

86. Delimitado el análisis de la institución jurídica objeto de la controversia, este Tribunal, procede a dar respuesta a la interrogante derivada del problema jurídico planteado.

87. Dado el conflicto suscitado, es claro que el recurrente, en su fundamentación, objeta y niega la existencia de la unión de hecho formada con la actora; en ese contexto, acusa que el *Ad quem*, no dio respuesta a sus argumentos impugnatorios, por lo que, la sentencia impugnada, adolece de apariencia motivacional por incoherencia frente a las partes, y de inexistencia motivacional.

88. Tomando como referente los requisitos relativos a la institución jurídica objeto del proceso; revisado el fallo, en torno al punto medular de la impugnación, es claro que el *Ad quem,* en su análisis, parte de las proposiciones fácticas (demanda) y contra fácticas (contestación a la demanda) planteadas por las partes; la primera sostiene que la unión de hecho data desde abril del año 1998 en que decidieron formar la unión estable y monogamica, hasta el 24 de octubre de 2012, pues ulteriormente contrajeron matrimonio el 25 de octubre de dicho año; la segunda proposición fáctica niega los fundamentos de hecho, por otra parte, el demandado afirma explícitamente que no existía monogamia con Anny Gonzalez, que mantenía constantes relaciones con varias personas, y que en el tiempo aludido por la demandante convivía con un primo; aquello emergió como premisas sometidas a justificación y análisis.

89. Sobre la base de lo descrito en el párrafo que precede, en función de su rol, el Tribunal de apelación, realiza un ejercicio de justipreciación de los elementos probatorios aportados y admitidos, entre ellos, las partidas de nacimiento de los tres hijos en común de Anny Gonzalez y Eddy Delgado; la inscripción de matrimonio de 25 de octubre del 2012; los certificados de gravámenes de los bienes inmuebles adquiridos por los litigantes; la declaración juramentada de Martha Susana Sandoval Constante; la copia de la Boleta de auxilio otorgada a favor de la actora; la copia certificada de la resolución del juicio de alimentos seguido por la actora en contra del demandado; el contrato de arrendamiento suscrito entre los señores Luis Factos y Eddy Delgado; diez fotografías; los testimonios de Suárez Sincho Julio Jofre, Sandoval Constante Martha Susana, Parra Cuichan Susana Natalia, García Rivas Nicolás, Luis Fernando Delgado González; y, la declaración de parte del demandado Eddy Manuel Delgado Barre, y de la actora Anny González Pérez; así, a partir de la inferencia de las pruebas aportadas, arriba a fijar ciertos hechos, entre ellos, que: **a)** Actora y demandado formaron una unión estable y monogamica, dentro de la misma procrearon a la menor de iniciales H.A.D.G.; sin embargo, también, fuera de la unión, tuvieron otros dos hijos en común; **b)** La unión se formó entre dos personas mayores de edad; **c)** El ámbito temporal de formación del hogar común data desde el mes de mayo del año 2006, en que los convivientes arrendaron un bien para habitar; **d)** La relación tuvo una duración de más de dos años, desde mayo del año 2006, hasta antes que contraigan matrimonio entre sí, esto es hasta el 24 de octubre de 2012; **e)** Tanto actora como demandado en el tiempo que convivieron se hallaban libres de vínculo matrimonial; **f)** Durante el tiempo de la unión, vivieron juntos, en varios lugares, se auxiliaron mutuamente como pareja, y formaron el hogar de hecho que ulteriormente continuó con su matrimonio; **g)** El hogar común que formaron era público, y notorio, y sin impedimento para la consolidación de la institución jurídica, en el ámbito temporal fijado; sin que en ese ejercicio se avizore incongruencia o inexistencia motivacional alguna; todo lo contrario, se observa una fundamentación fáctica suficiente.

90. Luego de ello, fijados los hechos, con total verosimilitud, en la forma indicada en el párrafo que precede, como parte de la fundamentación jurídica suficiente establecida, el *Ad quem*, procede a desarrollar la esencia jurídica de lo que constituye la unión de hecho, arribando a una conclusión única, referente a que la unión que existió entre Anny Gonzalez Pérez y Eddy Manuel Delgado Barre, tenía vocación de legalidad, con un ámbito temporal que data a partir del mes de mayo de 2006 hasta antes que contrajeran matrimonio entre sí, el 25 de octubre de 2012, esto es el 24 de octubre de aquel año.

91. Así, el *Ad quem,* realiza una adecuada subsunción de los hechos fijados como ciertos a las normas descritas en los artículos 222 y 223 del

Código Civil, que determinan e instituyen la figura jurídica de la unión de hecho, y excluye las excepciones de improcedencia de la acción, y falta de derecho de la actora, deducidas por el demandado; *per se*, no se establece que dicho ente judicial haya omitido contestar los argumentos relevantes deducidos por el censor en sede de apelación, o que haya dejado de contestar alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución del problema jurídico sometido a la jurisdicción, con miras a tutelar los derechos de las partes; tampoco se avizora que, el juzgador haya contestado a los argumentos relevantes del recurrente mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta; todo aquello, en torno a la procedencia o no de la institución objeto del litigio; por lo que, se excluye una eventual apariencia motivacional por incongruencia frente a las partes, *a contrario sensu*, se observa que el Tribunal de apelación, al confirmar la sentencia del *A quo*, que acepta la demanda de declaratoria de unión de hecho a partir del mes de mayo del año 2006, hasta el 24 de octubre de 2012, realiza una fundamentación fáctica y normativa suficiente, encaminada a explicar la subsunción de los hechos en la figura jurídica referida a lo largo de este análisis.

92. En la misma ilación, queda claro que el *Ad quem*, en la forma expresada en los párrafos que preceden, en su sentencia, al coincidir con la fundamentación fáctica y jurídica del *A quo*, y subsumir los hechos fijados como ciertos en las garantías normativas de los artículos 222 y 223 del Código Civil, partiendo de las mismas premisas, concluye que existe la unión de hecho reclamada, y resuelve que la sentencia del *A quo*, no adolece de motivación, indicando que *"respecto al requisito de motivación establecido en la Constitución, la Corte Constitucional ha determinado cuales son los nuevos parámetros que debe contener una resolución para ser considerada debidamente motivada; de allí que, en el caso en análisis, se tiene que la sentencia recurrida cumple con estos nuevos parámetros o test de motivación establecidos recientemente"*; en ese sentido, el Tribunal de apelación, contestó el argumento planteado por el recurrente, referente a presunta deficiencia motivacional de la sentencia de primer nivel, negando el cuestionamiento, y ratificando la decisión del *A quo; ergo,* no se avizora una apariencia motivacional por incongruencia frente a las partes, mucho menos una inexistencia motivacional.

93. Asimismo, el *Ad quem*, al sostener en su sentencia que, se hallaba cumplido el carácter monógamo de la relación, para la configuración de la unión de hecho, en el ámbito temporal establecido y fijado como cierto, contestó el argumento del recurrente, en apelación, relativo a que *"existen contradicciones en el fallo"* debido a que *"se reconoce que ni la actora ni el demandado eran monogamicos"* *(Sic)*.

94. El argumento referente a que no pueden coexistir el matrimonio y la unión de hecho al mismo tiempo, por tener *"un estado civil distinto"* los involucrados en el conflicto, propuesto en sede de alzada, tuvo una respuesta motivada de parte del Tribunal de apelación, pues al delimitar el ámbito temporal de inicio y fin de la unión de hecho, el ente judicial, discriminó adecuadamente el tiempo en el que Anny Gonzalez Pérez y Eddy Manuel Delgado Barre, mantuvieron este estado civil como atributo de la personalidad, y desde cuando mutaron al contrato de matrimonio; ergo, se descarta la incongruencia frente a las partes como vicio motivacional acusado.

95. Finalmente, respecto a la inexistencia motivacional acusada por el censor, basada en que el *Ad quem,* no señaló la norma que obligaba al demandado a demostrar que no existió la unión de hecho; dicha cuestión, emerge como una falacia argumentativa, toda vez que, el Tribunal de apelación en el numeral "7.7" de su resolución explícitamente señala que *"el demandado estaba obligado a probar sus afirmaciones "explicitas o implícitas sobre el hecho, el derecho" (art. 169 inciso segundo COGEP), si afirma que estuvo conviviendo con otras personas debía acreditarlo en legal y debida forma, lo cual no ha ocurrido"; ergo,* es claro que, en la sentencia impugnada, la invocación y aplicación de las reglas de la carga de la prueba establecidas en el inciso segundo del artículo 169 del COGEP, determinan la existencia de una fundamentación normativa suficiente, aplicable a la cuestión procesal acaecida, por cuanto el accionado, al contestar la demanda, hizo afirmaciones explícitas sobre el hecho, ya que, sostuvo positivamente que no existía monogamia con Anny Gonzalez, que mantenía constantes relaciones con varias personas, y que en el tiempo aludido por la demandante convivía con un primo; por lo cual, la afirmación del censor, de que la sentencia impugnada carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica, es falsa; ergo, se descarta el vicio motivacional acusado.

96. Sobre la base de lo analizado, es claro que, la debida fundamentación y demostración requiere que la parte procesal recurrente formule con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de la motivación. Es decir, no basta con realizar afirmaciones genéricas del tipo, sino que debe especificarse en qué consiste el supuesto defecto en la motivación. La carga de la argumentación la tiene quien afirma que la garantía de la motivación ha sido transgredida, toda vez que la suficiencia de la motivación se presume, como ocurre con toda condición de validez de los actos del poder público; en el *in examine*, la parte litigante no ha cumplido su obligación procesal, todo lo contrario, únicamente manifiesta su mera inconformidad con las premisas, conclusión y resolución, acogidas por el *Ad quem*, cuestión que no puede ser objeto del medio extraordinario, por constituirse sus enunciados en un debate de instancia.

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

98. Por todo lo indicado, no se advierte error de derecho en la labor intelectiva de los juzgadores de apelación, la sentencia impugnada respeta los preceptos de los artículos 89, 90, y 92 del COGEP, 130 numeral 4 del COFJ; y, letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la CRE; ergo, en el cargo planteado por el parte recurrente persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó los principio de debida fundamentación y demostración, y trascendencia, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que la sentencia del *Ad quem*, no contiene el requisito de la motivación, es improcedente.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

100. *Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por* ***Eddy Manuel Delgado Barre****, demandado, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores* in iudicando *y los cargos acusados.*

101. *Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.*

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

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 17203-2019-09551

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **David Jacho Chicaiza**

ACCIÓN
REFORMA O NULIDAD DE INSCRIPCIÓN

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En la presente sentencia se declara la improcedencia del recurso de casación, presentado por la parte actora, por cuanto el Tribunal de apelación, en su resolución, no incurre en ningún error de omisión de normas de derecho sustantivo, al negar la demanda planteada.

Quito, martes 31 de octubre del 2023, las 15h47

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por José Gerardo Gualoto Simbaña, procurador común de los actores, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*, el Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el medio de impugnación extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. Los ciudadanos José Gerardo, Calixto, Rosa María Laura, y Rafael Gualoto Simbaña, en procedimiento ordinario, demandan a Vicente Andrés Taiano González, Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, y a los herederos conocidos, presuntos y desconocidos de Purificación Simbaña Morales, la modificación y rectificación del apellido materno de Purificación Simbaña "Cargua", por el de "Morales", en el siguiente contexto:

"(…) 1.1.- Del Acta de Inscripción de Nacimiento tardía, emitida por la entidad demandada, se constata que por Resolución administrativa dictada por la Jefatura del Registro Civil de Pichincha en el: Tomo 100 (10), Pág. 211, Acta 7672, con fecha 15 de septiembre de mil novecientos SETENTA Y SIETE, se inscribe a nuestra madre con el nombre y apellidos de: PURIFICACIÓN SIMBAÑA CARGUA, y en la identificación de nombres y apellidos de su PADRE y MADRE, se hace constar "DESCONOCIDO" y "DESCONOCIDA" respectivamente, por ser una inscripción de nacimiento tardía.

Datos de identidad totalmente ERRADOS, por cuanto nuestra madre respondía al nombre y apellidos de: PURIFICACION SIMBAÑA MORALES (y no CARGUA), quien fue hija de DIONICIO SIMBAÑA QUIÑA Y MAGDALENA MORALES SIMBAÑA (y no de PADRES DESCONOCIDOS).

ANTES de la inscripción de nacimiento tardía antedicha, nuestra madre contrajo matrimonio civil legalmente inscrito en la entidad estatal demandada, en DOS ocasiones; actas en las que sí constan los datos reales de su identidad y su filiación.

1.2.- Dentro de los archivos a cargo del Registro Civil, Identificación y Cedulación, NO existe ninguna Acta registral de nacimiento con la identidad de Purificación Simbaña Morales; pero si DOS actas de matrimonio y UNA de defunción, con su identidad correcta, tal como detallaremos.

1.3.- Durante toda su vida y en todos sus actos públicos y privados, nuestra madre PURIFICACION SIMBAÑA MORALES se ha identificado como tal, razón por la que, en los archivos bajo custodia de la institución demandada, con esta identidad contrajo matrimonio en DOS ocasiones:

- *<u>Primer matrimonio civil</u> celebrado el 29 de diciembre de MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO, contraído entre Pablo Gualoto Morales y nuestra madre, PURIFICACION SIMBANA MORALES, acta en la que además consta ser hija de DIONICIO SIMBANA y de MAGDALENA MORALES, Y.*
- *<u>Segundo matrimonio civil</u> contraído de estado civil viuda, el 03 de febrero de MIL NOVECIENTOS SESENTA, entre nuestra madre PURIFICACIÓN SIMBAÑA MORALES y el señor Honorio Gualoto, acta en la que también consta ser hija de DIONICIO SIMBANA MAGDALENA MORALES.*

Ambos matrimonios civiles fueron ANTERIORES a la inscripción de nacimiento tardía descrita en el numeral "1.1".

1.4.- Además de los dos matrimonios civiles descritos, existieron matrimonios eclesiásticos, en los que también se constata que la identidad y filiación de nuestra madre era: PURIFICACION SIMBAÑA MORALES, hija de DIONICIO SIMBAÑA Y MAGDALENA MORALES.

Nuestra madre, fue engendrada dentro del matrimonio de nuestros abuelos maternos, pues ellos contrajeron matrimonio eclesiástico el 18 de marzo de 1900, como consta en el Certificado de Matrimonio, Tomo 3. Página 30 Número 7, emitido por la Parroquia "Santa Rosa y Santa Clara" Pomasqui; año en el que aún NO FUNCIONABA el Registro Civil, Identificación y Cedulación

1.5.- En la partida de defunción de nuestra extinta madre, también consta su identidad real, esto es, PURIFICACIÓN SIMBAÑA MORALES, quien fallece a los 85 años de edad, y en la que también consta ser hija de DIONICIO SIMBAÑA Y MAGDALENA MORALES; defunción acaecida en Calderón cantón Quito, Provincia de Pichincha, el 9 de octubre del 2000.

1.6.- Los errores existentes en la inscripción de nacimiento tardía de nuestra madre PURIFICACIÓN SIMBAÑA MORALES descritos en el numeral "1 1" nos han imposibilitado solicitar la posesión efectiva de los bienes dejados por los causantes DIONICIO SIMBAÑA Y MAGDALENA MORALES por derecho de representación de nuestra extinta madre PURIFICACION SIMBAÑA MORALES -hija de los descritos causantes-.

Error que se originó en la inscripción tardía de nuestra madre al identificarla como Purificación Simbaña "Cargua" y desconocer su filiación, consignando padres "desconocidos". A pesar de que ANTES de esta inscripción tardía de nacimiento, dentro de los archivos de la entidad demandada, nuestra madre con su identidad real: Purificación Simbaña Morales, contrajo matrimonio civil en DOS ocasiones.

Errores que generaron y generan una grave lesión al derecho legal y constitucional de identidad de nuestra madre, cuyo perjuicio trasciende hace los comparecientes.

1.7.- La Coordinación Zonal 9 de Registro Civil, Identificación y Cedulación de Pichincha, una vez que se expusimos los hechos narrados, con fundamento y exhibición de prueba documental, con fecha 10 de septiembre de 2019, emitió Razón de Negativa Administrativa F01V03-PRO-GIR-AIR-001, misma que en su parte pertinente expresa:

"No procede la corrección del segundo apellido de la inscrita en su acta de nacimiento de SIMBAÑA CARGUA PURIFICACION, como "MORALES" donde se haga constar además los apellidos de sus padres, con tomo 10, página 211, acta 7672, del año 1977, registrada en Quito, Provincia de Pichincha, solicitada por el Abg. MAYANCELA IGUASNIA HECTOR FERNANDO, en representación de Jose Gerardo Gualoto Simbaña, hijo de la titular. Por no existir prueba que justifique el fundamento de la petición, se procede a negar el trámite en el ámbito administrativo, dejando a salvo al peticionario la vía judicial como lo establece el Art. 76 DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN LA LEY ORGANICA DE GESTION DE LA IDENTIDAD Y DATOS CIVILES".

Ello, pese a presentar documentación de respaldo, especialmente la copia íntegra de nacimiento de nuestro tío y hermano de nuestra madre, señor Dionicio Simbaña Morales, en la que consta una marginación que en parte correspondiente manifiesta:

- *"Razón: Por Resolución de la Dirección General de Registro Civil, de fecha 12 de Enero de 1.978, y de acuerdo al Art. 90 de la Ley, se rectifica esta inscripción en el sentido de que se haga constar a la madre del inscrito con el apellido: MORALES, correspondiéndole en consecuencia al mismo el apellido materno MORALES y no como en forma equivocada consta.- Documento que se archiva con el N° 78-062.- Quito a, 18 de Enero de 1.978.- EL JEFE DE REGISTRO CIVIL.-" (Las negrillas nos corresponden).*

Es decir, a nuestro tío Dionicio Simbaña Morales, la entidad demandada, sí rectificó administrativamente su apellido de "Cargua" por "Morales (…)

El ejercicio de la presente acción se fundamenta en lo dispuesto por:

- *Numeral 25 del artículo 10, tercer inciso del artículo 30, inciso primero del artículo 37, inciso segundo del artículo 76 y artículo 81, de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles;*

  Art. 89 del Reglamento a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles;
- *Literal a) del Art. 24 del Código Civil;*
- *Inciso final del Art. 33 en concordancia con el Art. 29 de la Ley de Registro Civil, expedida el lunes 29 de octubre de 1900, en lo que respecta a la partida de matrimonio de nuestros abuelos Dionicio Simbaña y Magdalena Morales;*
- *Numeral 28 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador;*
- *Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (…)*

PRETENSIÓN CONCRETA

Con la exposición de los antecedentes de hecho y al amparo de los fundamentos de Derecho expuestos, nuestras pretensiones consisten en que se disponga que el Registro Civil, Identificación y Cedulación, MODIFIQUE y RECTIFIQUE:

1. *El apellido MATERNO de PURIFICACIÓN SIMBAÑA "CARGUA" por el de "MORALES", apellido materno CORRECTO; y.*
2. *En la sección hija de padre y madre, respectivamente se haga constar la identidad de sus padres: PADRE: DIONICIO SIMBAÑA QUIÑA y, MADRE: MAGDALENA MORALES SIMBAÑA, conforme consta de las partidas de defunción respectivas.*

   Rectificación que se realizará al Acta de Inscripción de nacimiento constante en el Tomo 100 (10), Pág. 211, Acta 7672, inscrita con fecha QUINCE DE SEPTIEMBRE de mil novecientos SETENTA Y SIETE.

Sentencia que se dignará disponer se inscriba y margine en el Registro Civil, Identificación y Cedulación, a fin de que surtan los efectos legales respectivos (…)" (Sic)

2. Al contestar la demanda, la doctora Lucía Carolina Del Rosario Rosero Araujo, Coordinadora General de Asesoría Jurídica y Delegada del Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, señala que del expediente de la inscripción de nacimiento de la madre de los actores, consta que la filiación tanto materna como paterna corresponde a Magdalena Cargua y Dionisio Simbaña respectivamente; por lo que correspondía inscribirla con los apellidos SIMBAÑA CARGUA; la entidad accionada no presenta excepciones.

1.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

3. Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, encontrándose la causa para resolver, el abogado Luis Labre, Juez de la Unidad Judicial, de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, emite su sentencia negando la demanda, la misma que es reducida a escrito el día jueves 27 de enero de 2022, las 10h52, en el siguiente sentido:

"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA [1] Se niega la demanda planteada por los actores señores José Gerardo Gualoto Simbaña, Calixto Gualoto Simbaña, Maria Laura Gualoto Simbaña, Rafael Gualoto Simbaña.- [2] Por la naturaleza de la causa no se fija costas procesales ni se regula honorarios profesionales.(…)" (Sic)

1.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por José Gerardo Gualoto Simbaña, procurador común de los actores, el Tribunal de Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de viernes 29 de julio de 2022, a las 14h42, rechaza el recurso planteado por la parte accionante, en el siguiente sentido:

"(…) Por la motivación expuesta, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA: [7.1] Rechaza el recurso de apelación interpuesto por el señor JOSÉ GERARDO GUALOTO SIMBAÑA, señor CALIXTO GUALOTO SIMBAÑA, señora ROSA MARÍA LAURA GUALOTO SIMBAÑA y señor RAFAEL GUALOTO SIMBAÑA, y se confirma la sentencia subida en grado. [7.2] Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia.- NOTIFÍQUESE.- (…)." (Sic)

1.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, José Gerardo Gualoto Simbaña, procurador común de los actores, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

6. El doctor Carlo Vinicio Pazos Medina, Conjuez Nacional, de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de martes 20 de diciembre del 2022, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

"(…) DECISIÓN. Por lo expuesto, el suscrito Conjuez de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia,

ADMITE a trámite el recurso de casación propuesto por JOSE GERARDO GUALOTO SIMBAÑA, procurador común de los actores por la causal quinta del art. 268 del COGEP (…) (Sic)

7. El Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

8. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo, Himmler Roberto Guzmán Castañeda, y David Isaías Jacho Chicaiza, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de esta Alta Corte.

9. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 2 de febrero de 2023, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 189 numeral 1 del COFJ.

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

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

12. La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; 189 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL

13. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

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

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

15. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral "**6**" de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 5 del artículo 268 del COGEP,** respecto del cual, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

> **"***(…) Es necesario indicar que el presente proceso, se originó en virtud de que los accionantes demandamos la modificación y rectificación*

de la partida de inscripción tardía de nacimiento de nuestra madre obrante a fs. 1 de autos, (…)
4.3) Identificación de la norma no aplicada: Una disposición sustantiva indispensable para resolver este proceso y que necesariamente debía aplicarse al dictar sentencia, es el Art. 76 de la LOGIDC, que establece: (…)
Y es ésta la disposición sustantiva que la sentencia impugnada no aplicó, (…)
4.4) Pertinencia de la norma no aplicada: El Art. 76 de la LOGIDC, guarda plena pertinencia con el caso en concreto, en virtud, de que la pretensión formulada por los actores consistía en que se modifique y rectifique la partida de nacimiento tardía de fs. 1 emitida por parte del Registro Civil.(…)
4.5) No aplicación de la disposición sustantiva y vicio en la sentencia impugnada: La falta de aplicación de la disposición sustantiva que denuncio se verifica desde dos aristas.
Por un lado, porque fuera de las citas que la sentencia impugnada realiza sobre los argumentos efectuados por los accionantes, el Tribunal propiamente, no utiliza y no aplica esta disposición.
Y, por otro lado, porque la falta de aplicación de esta norma generó el vicio que denuncio mediante este recurso.
El vicio se puede Apreciar en la sentencia en su considerando "SEXTO: Motivación", cuando al finalizar el numeral "[6.4]" considera: (…)
El Art. 76 de la LOGIDC claramente determina que las inscripciones y registros de los hechos SÍ son modificables, y lo hace sin excepción o condicionante alguno.
El vicio dentro de la sentencia impugnada se verifica por la falta de aplicación de lo dispuesto en el Art. 76 de la LOGIDC, debido a que, como consecuencia considera erróneamente que la partida de fs. 1, no es modificable, por el hecho de que nuestra madre realizó la declaración de fs. 122 con "voluntad y conciencia", como si este hecho, provocara que no sea susceptible de modificación posterior.
Esto es, la sentencia impugnada en su falta de aplicación del Art. 76 de la LOGIDC, transgrede el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al añadir una excepción o condicionante, que la ley no contempla. (…)
En ese orden de ideas, las declaraciones receptadas por el Registro Civil sobre la identidad y estado civil de las personas que dan origen a las partidas que posteriormente otorga esta entidad, son declaraciones que no tienen el carácter de inalterables (como erróneamente se considera en la sentencia impugnada), sino que son susceptibles de rectificación en caso de constatarse uno varios errores en ellas -en palabras del Dr. Larrea Holguin provocan que las partidas tengan una autenticidad discutible-
Modificación de partidas, que sí se puede efectuar aún a pesar de que sean realizadas con "voluntad y conciencia" por personas capaces.
4.7) Precedente equívoco en la sentencia impugnada: La consideración de la sentencia impugnada en que: la declaración realizada por persona capaz, con voluntad y conciencia, provoca que la partida sea inalterable, está dejando un precedente errado y grave. (…)
La falta de aplicación del Art. 76 de la LOGIDC en la sentencia impugnada, provocó que el Tribunal concluya en el numeral "[6.4]" que la partida de nacimiento tardía de fs. 1 no es alterable, al ser realizada por persona capaz, con voluntad y conciencia.
Y la incidencia del vicio especificado, es trascendente debido a que basado en esta consideración errada, la sentencia objeto del presente recurso de casación, rechaza la apelación formulada por parte de los accionantes.
Manteniendo hasta la presente fecha la transgresión al derecho de identidad y filiación de nuestra progenitora -y por consecuencia hacia los actores-, quien hasta el día de hoy sigue siendo hija de: Padres desconocidos (fs. 1).
4.9) El error de la sentencia impugnada consiste en concluir que la partida de nacimiento tardía obrante a fs. I no admite confrontarse con la demás prueba obrante de autos, por haber sido efectuada por persona capaz, con voluntad y conciencia.
Consideración que se aprecia no únicamente en el numeral "[6.4]" antes citado, sino también en la parte final del numeral "[6.3]", (…)
En esta cita, la sentencia impugnada trata como "supuesto" al hecho de que nuestra madre consta como hija de "padres desconocidos", cuando jurídicamente, no es un supuesto sino un hecho verídico, esto es, nuestra madre es hija de "Padres Desconocidos", mientras la partida de fs. 1 no sea modificada.
Y, es más, luego de esta cita, en todo el considerando contenido del numeral "[6.4]" de la sentencia impugnada, el Tribunal de Corte Provincial no analiza la actividad probatoria de los accionantes, bajo el argumento de que el

documento de fs. 122 al haber sido efectuado con conciencia y voluntad por parte de nuestra madre, no admite ser contrapuesta con toda la demás actividad probatoria, y por consecuencia, la sentencia impugnada concluye erradamente que no se debe modificar la partida de nacimiento tardía de fs. 1.

4.10) Si dentro de la sentencia impugnada se hubiera aplicado el Art. 76 de la LOGIDC, las consideraciones dentro de la sentencia y su decisión final serían totalmente diferentes, debido a que:

- *El numeral "[6.3]" de la sentencia, no consideraría como "supuesto" que los padres de nuestra progenitora son "desconocidos", pues la partida obrante a fs. 17 jurídicamente da cuenta de que es así. Y, en consecuencia (en términos de la sentencia impugnada) sí habría procedido a "analizar todo el universo probatorio". y.*
- *El numeral "[6.4]" de la sentencia, no concluiría que la partida de fs. 1, no es susceptible de contraponerse con el restante universo probatorio, bajo la errada consideración de que este documento fue efectuado por persona capaz, con voluntad y conciencia.*

Puesto que, en ninguna parte del Art. 76 de la LOGIDC, existe la excepción o condicionante que estima la sentencia impugnada, ya que, en su texto, en ninguna parte se establece que si las declaraciones son hechas con "conciencia y voluntad" por persona capaz, no son susceptibles de modificación ni admiten prueba en contrario, como erróneamente considera la resolución impugnada.

4.11) Más aún si la sentencia impugnada hubiera aplicado el Art. 76 de la LOGIDC, como efecto, no habría considerado que la partida de fs. 1 no admite ser contrapuesta al restante universo probatorio, bajo la errada consideración de que fue efectuada con voluntad y conciencia.

De no haber arribado a esta conclusión errada, y de haber aplicado el Art. 76 de la LOGIDC, habría analizado "todo el universo probatorio" como lo señalan en el final del numeral "[6.3]" del fallo, y de esta forma habrían garantizado el derecho de identidad y filiación de nuestra madre, modificando su partida de nacimiento tardía: de "Padres Desconocidos" por la identificación del nombre y apellido de sus progenitores, ya que:

- *La declaración de fs. 122 (al que el fallo impugnado considera como hecho que no admite prueba en contrario) fue efectuada el 30 de Agosto de 1977;*
- *ANTES de esta declaración, nuestra progenitora contrajo dos matrimonios civiles. El primero cuya partida obra a fs. 2 que data del año de 1934, y el segundo cuya partida obra a fs. 3 que data del año de 1960, partidas que son originales y fueron emitidas por el mismo Registro Civil, partidas que dan fe pública y en las que consta la identidad del padre y de la madre de nuestra progenitora;*
- *Así como también las declaraciones testimoniales rendidas por las señoras Rosa Matilde González Simbaña y María Hortensia Carvajal Gualoto, especialmente sobre el reconocimiento que hicieron de fs. 20 indicando que la persona de la fotografía responde a los nombres de Purificación Simbaña Morales hija de Dionicio Simbaña y Magdalena Morales (fotografia a quien el Registro Civil en sus archivos reconoce como Purificación Simbaña Cargua, archivos en los que existe una fusión de estas dos identidades);*
- *De igual forma habría considerado que, ANTES del documento de fs. 122, se celebró el primer matrimonio eclesiástico de nuestra madre obrante a fs. 10 que data de 30 de diciembre de 1934, también el segundo matrimonio eclesiástico de nuestra madre obrante a fs. 22 celebrado el 6 de abril de 1968. Certificados en los que nuevamente se identifica la relación y filiación del padre y madre de nuestra progenitora;*
- *Inclusive habría verificado que a fs. 5 el propio Registro Civil certifica la identidad del padre y madre de nuestra progenitora en su partida de defunción;*
- *Medios probatorios que si hubieran sido considerados habrían modificado la parte Dispositiva de la sentencia impugnada. Pues siguiendo lo señalado por el Dr. Larrea Holguin, frente a una partida cuya autenticidad es dudosa como evidentemente es fs. 1 (pues fácticamente nadie es hijo/a de "padres desconocidos") se puede utilizar otros documentos similares que sí den constancia de la verdad de los hechos:*
- *"Dichos otros documentos auténticos, como aclara la nueva Ley, pueden ser, el duplicado de la partida, la cédula de identidad, u otros documentos. Entre los otros documentos, cabe mencionar en primer término, otras partidas, que sean congruentes y puedan esclarecer el estado de un individuo, como*

por ejemplo, si falta la de nacimiento, puede servir supletoriamente de prueba de la filiación, la partida de matrimonio. También son documentos auténticos las escrituras públicas, los nombramientos, certificados de autoridades competentes, etc., y si contienen datos relativos al estado civil pueden servir de prueba supletoria, aunque no tengan por si solos tales documentos la misma fuerza que la partida originaria," (Pág. 333). (El resaltado es mio).

Y precisamente fueron los medios probatorios aportados por los accionantes, mismos que la sentencia impugnada no analizó, tal como dejo indicado.

4.12) Si la sentencia impugnada hubiera aplicado el Art. 76 de la LOGIDC, su parte dispositiva habría sido diferente, pues estimando los medios probatorios que indiqué en el numeral anterior, habría dispuesto la modificación y rectificación de la partida de nacimiento tardía de fs. 1 ante todo el universo probatorio que evacuamos los accionantes.

Y en ese sentido habría cesado la violación de rango legal, constitucional y convencional al derecho de identidad y filiación de nuestra madre, que a su vez se extiende hacia los actores, en calidad de hijos; privándosenos del legítimo derecho que tenemos como herederos sobre los derechos y obligaciones de nuestra madre.

Pues nótese que la sentencia impugnada en la parte final del numeral "[6.3]". trata como "supuesto" que la identidad del padre y de la madre de nuestra progenitora consta como "desconocidos", cuando fs. 1 demuestra que no es un supuesto, sino un hecho verídico, minimizando tan grave transgresión.

Y por el contrario, le basta afirmar que a fs. 122 nuestra madre (que era analfabeta) acude y declara su identidad y filiación, SIN QUE TAL DECLARACIÓN sobre su filiación haya surtido efecto legal alguno, pues a pesar de que identifica la identidad de sus padres, tal reconocimiento no provocó que la partida de fs. 1 reconozca la identidad de sus progenitores, sino más bien, que conste como hija de "Padres Desconocidos".

Es decir, la sentencia impugnada, infringe el derecho legal, constitucional y convencional a la identidad y filiación, al considerar como cierta y legal, una declaración que legalmente no surtió ningún efecto.

Y en consecuencia permite que persista la grave transgresión que enfrente una persona que en su partida de nacimiento consta como hija de "Padres Desconocidos", transgresión que no recibe solo ella, sino todos sus herederos, como es el caso de los accionantes.

Por lo que la sentencia impugnada, pese a que los actores demostramos la identidad de los padres de nuestra progenitora, tampoco garantizó y dio cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 28 del Art. 66 de la CRE (…)" (Sic).

V. PROBLEMA JURÍDICO

16. Delimitado el cargo en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si la censura esbozada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se delimita el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿El Tribunal de apelación, en su sentencia, incurre en error de omisión (falta de aplicación) del artículo 76 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, al ratificar la sentencia del *A quo*, y declarar improcedente la demanda?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

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

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

18. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."[1].

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

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

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

21. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[2]; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones[3]

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

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

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

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

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

---

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

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

[3] **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 189:** *"Art. 189.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.- La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones;(…)"*

[4] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

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

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

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

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

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...".* [5]

30. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

31. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (…) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, "*es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede*", en este sentido, *"rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley."*[6]

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

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

34. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que "(…) *La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia*". [7]

---

[5] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[6] Andrade, Santiago, ***La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados,*** Quito, 2005, pag. 41.
[7] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

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

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

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

36. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamendrei, define la casación como un instituto judicial *"...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...".*[8]

37. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI.2. Análisis individualizado del yerro acusado y admitido a trámite.

38. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 5 del artículo 268 del COGEP;** inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquel cargo, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

VI.3. Estudio del caso 5 previsto en el artículo 268 del COGEP.

39. El numeral 5 del artículo 268 del COGEP, establece:

"Art. 268.- Casos. *El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*

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

40. En el mentado caso, "*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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la 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*

[8] Calamandrei, Piero, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

iudicando contemplado en la causal (…) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(…)"[9]

41. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- *"Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).*
- *La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).*
- *El cargo casacional elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.*
- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración)*
- *La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia)."*[10]

42. La causal 5 del artículo 268 del COGEP, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutiva, sobre la misma, esta Alta Corte ha señalado:

"…se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente"[11]

43. Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

"(…) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella…que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material" (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otros normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la

[9] Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más.
[10] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sentencia, caso No. 17230-2017-11469.
[11] Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 1999.

proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (…)" [12]

44. Por otra parte, también es de relevancia analizar el ámbito conceptual de precedente jurisprudencial obligatorio.

45. Los precedentes jurisprudenciales son parámetros interpretativos emitidos por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a partir de criterios desplegados de forma reiterada en la parte resolutiva de las sentencias, estos tienen como objetivo el de fortalecer y afirmar, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica.

46. La CRE, en los artículos 184 numeral 2 y 185, establece como atribución de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de esta Alta Corte, que repitan por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

47. El COFJ, en los artículos 180 numeral 2 y 182, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, fundamentada en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

48. En relación a la publicación de los fallos de esta Alta Corte, el artículo 197 del COFJ, establece lo siguiente:

"Art. 197.- Publicación de los fallos.- Sin perjuicio de la publicación de las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social se publicarán en el Registro Oficial todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia"

49. Entonces, solo las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, originadas en las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, constituyen jurisprudencia imperativa y vinculante.

50. Por otra parte, sin constituirse como jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social, todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, se publican, las mismas que pueden emerger como jurisprudencia indicativa, no vinculante.

51. Delimitada la naturaleza jurídica del cargo casacional, corresponde el análisis del mismo en ilación con el **problema jurídico planteado**, que, conforme lo indicado *ut supra*, se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿El Tribunal de apelación, en su sentencia, incurre en error de omisión (falta de aplicación) del artículo 76 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, al ratificar la sentencia del *A quo*, y declarar improcedente la demanda?

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

- Omitió aplicar el artículo 76 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, (en adelante LOGIDC), a sabiendas que, la demanda versaba sobre la modificación y rectificación de la partida de inscripción tardía de la ciudadana Purificación Simbaña, madre de los actores.
- Pese a que el artículo 76 de la LOGIDC, debía ser aplicado, en un caso, en el que, las inscripciones y los registros de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas, y de identidad, si son modificables, omitió su aplicación.
- Inobserva que, la norma invocada (artículo 76 de la LOGIDC), guarda relación con

[12] Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

el caso concreto, por ello, el yerro de omisión, emerge en el considerando "SEXTO", numeral "6.4" de la resolución, titulado "Motivación".

- Parte de un razonamiento infundado, al considerar erróneamente que, el hecho que, Purificación Simbaña, madre de los actores, al comparecer al Registro Civil a solicitar la inscripción tardía de su nacimiento, con voluntad y conciencia propia, esta cuestión sea una limitante legal para pedir judicialmente la rectificación de su apellido.
- Añade una excepción o condicionante no prevista en el artículo 76 de la LOGIDC, para no conceder la demanda.
- A sabiendas que, las declaraciones sobre el estado civil, y filiación, contenidas en los documentos del Registro Civil, no tienen el carácter de inalterables, niega la rectificación de los datos de Purificación Simbaña, bajo el argumento que la partida de nacimiento tardía de fojas 1 del proceso, no es alterable, el ser realizada por persona capaz, con voluntad y conciencia.
- No analiza la actividad probatoria de los accionantes, bajo el argumento que, el documento que obra a fojas 122 (inscripción tardía), al haber sido efectuado con conciencia y voluntad por parte de Purificación Simbaña, no admite ser contrapuesto con toda la actividad probatoria (medios de prueba documentales y testimoniales).
- De haber aplicado el artículo 76 de la LOGIDC, y garantizado el derecho de identidad y de filiación, habría analizado todo el universo probatorio constante en autos, entre el cual se encuentra toda la documentación sobre el estado civil de Purificación Simbaña, referente a la declaración de fojas 122, las partidas de matrimonio, las actas de los matrimonios eclesiásticos, la partida de defunción, y, toda la prueba testimonial; cuyo análisis era fundamental, con lo cual, la parte dispositiva de la sentencia sería otra.

53. Al tenor de lo indicado en el párrafo que precede, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **falta de aplicación**, el mismo, opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales que ha debido aplicar, y que, de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

54. Ahora, desde un ámbito concreto, se considera que el artículo 76 de la LOGIDC, es una norma sustantiva, pues potencialmente reconoce derechos subjetivos de las personas, con la consecuencia de modificar una relación jurídica sustancial; ergo, el órgano judicial verifica que la parte recurrente, en su propuesta impugnatoria, cumple con los principios de taxatividad y autonomía, al escoger el cargo de falta de aplicación de esta garantía normativa; en ese escenario, corresponde verificar si la censura planteada está dotada de sustento y argumento válido.

55. Analizada la censura, *prima facie*, se llega a establecer la clara intención de la parte recurrente, de inducir al Tribunal de casación, a justipreciar nuevamente los medios de prueba constantes en el proceso, en especial los presentados por la parte accionante, solo de esa forma se entiende sus afirmaciones, referentes a que, en el caso, se habría supuestamente omitido justipreciar el universo probatorio constante en autos, entre el cual se encuentra toda la documentación sobre el estado civil de Purificación Simbaña, referente a la declaración de fojas 122, las partidas de matrimonio, las actas de los matrimonios eclesiásticos, la partida de defunción, y, toda la prueba testimonial, medios probatorios con los cuales, según su criterio, se justifica la teoría fáctica expuesta en la demanda.

56. Cuando se procura que el Tribunal de casación, revise el contenido de un documento público o privado, y le dé cierto valor, y lo relacione con otro instrumento, y que aquello se contraste con la prueba testimonial, es claro que, el planteamiento, incurre en la prohibición establecida en el cuarto inciso del artículo 270 del COGEP, que señala: *"No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba"; ergo,* al configurarse tal pretensión, en los enunciados de la formulación propuesta, dicha cuestión deriva en la transgresión del principio de *no debate de instancia*, ya que la parte recurrente procura una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

> *"(…) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda*

respectivamente. ***Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba,*** *sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (…)*

la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. *El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (…)"*[13]

57. Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de *"no debate de instancia"*, por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén "*se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia*"[14]. La parte recurrente debía delimitar el ámbito de la falta de aplicación de la norma sustantiva soslayada, y su trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados.

58. No obstante de estos equívocos de forma, descritos en párrafos anteriores, corresponde analizar el fondo del conflicto a partir del problema jurídico planteado, sobre lo cual, se precisa comprender la naturaleza jurídica de la filiación, el derecho a la identidad, y la revisión del fallo de apelación.

59. En el contexto indicado, **la filiación** es el vínculo jurídico que da lugar al parentesco entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre y la otra el hijo o hija, relación que permite a los seres humanos reconocerse como miembro de un grupo o segmento social, de una familia.

60. El artículo 24 del Código Civil ecuatoriano, refiere que se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

61. La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial, es decir, existen diferentes formas de filiación: filiación biológica, filiación social y filiación jurídica.

62. La filiación biológica, surge por el hecho natural de la procreación; la filiación social, es la que nace de la convivencia entre una persona que asume el papel de padre o madre y otra que asume el de hijo o hija; convivencia que genera derechos y obligaciones, así como vínculos afectivos, culturales y sociales; la filiación jurídica, es aquella que se establece por declaración judicial.

63. La filiación respecto de la madre, se conoce como maternidad, en tanto que la filiación respecto del padre, como paternidad. La primera ofrece certezas cuando es el resultado del parto, mientras que la paternidad, se acredita a través de presunciones, así el hijo de mujer casada lo es del marido de su madre; y, la paternidad del hijo de mujer soltera es incierta por principio y solo puede llegar a establecerse por reconocimiento voluntario del padre o por sentencia que así lo declare.

64. Sobre el reconocimiento de la filiación, la doctrina mantiene una línea uniforme, considera que es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de afirmarse como padre o madre de determinada persona. Se trata de un acto: 1) unilateral, al constituirse en una declaración única y no recepticia del reconocedor, pues, no precisa de aceptación; 2) se trata de un acto

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

[14] Murcia Ballen, Humberto, "Recurso de Casación Civil", 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

personalísimo del reconocedor (que es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de las que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuando su condición de ser padre o madre, hechos ambos implícitos en la afirmación que comporta todo reconocimiento); 3) formal y expreso; 4) Se trata de un acto puro, no sometible a condición o termino; 5) Se trata de un acto irrevocable, aunque susceptible de impugnación[15].

65. Se debe tener presente que la filiación, es fuente de un conjunto de derechos y obligaciones correlativas entre progenitores e hijos y da origen a las relaciones de parentesco.[16]

66. Continuando con el estudio del caso, en torno al derecho a la identidad, la Corte Constitucional del Ecuador, respecto a dicho mandato de optimización, ha señalado que *"(...) la identidad no abarca solamente aquellos aspectos que el sujeto busca que sean reconocidos por el Estado y la sociedad, sino además los aspectos con los que no desea ser identificado ni se siente identificado desde la óptica de su fuero interno (...)"*[17].

67. Sobre la base de lo indicado *ut supra,* es claro que, en función de la irradiación del derecho a la identidad, en las esferas descritas, según los hechos fijados como ciertos, Purificación Simbaña, acudió al ente administrativo competente, solicitando una inscripción de nacimiento tardía, el 30 de agosto de 1977, petición atendida por el Registro Civil, en legal y debida forma, quedando registrados su apellidos paterno y materno como Simbaña Cargua; para arribar a dicha conclusión, el *Ad quem,* valora y analiza lo siguiente:

> *"(…) De lo señalado anteriormente nos remitimos al anexo de la demanda de fojas 1 que se trata precisamente a la inscripción de nacimiento del Tomo 10º (10), pág. 211, Acta 7672, inscrita con fecha 15 de septiembre de 1977, perteneciente según el documento a la señora PURIFICACIÓN SIMBAÑA CARGUA, de padre y madre DESCONOCIDOS; y además se refiere que ha solicitado la inscripción "CARLOS SUÁREZ", y que "…ESTA INSCRIPCIÓN SE LA HACE DE ACUERDO A LA RESOLUCIÓN DICTADA POR LA JEFATURA DE REG. CIVIL, DE PICHINCHA QUE SE ARCHIVA CON EL NO. 7672";*
>
> *Si partiéramos del supuesto que la señora PURIFICACIÓN SIMBAÑA CARGUA ha tenido padre y madre desconocidos como obra de la inscripción de nacimiento de fojas 1, correspondería analizar todo el universo probatorio del expediente tendiente a determinar quiénes fueron sus padres y que apellidos tenían para rectificar la inscripción de nacimiento conforme piden los actores;*
>
> *[6.4] Sin embargo, de la documentación presentada por la parte demandada a fs 122 vuelta consta la solicitud presentada por la señora PURIFICACIÓN SIMBAÑA CARGUA con fecha 30 de agosto de 1977, en donde solicita inscripción tardía de nacimiento de "…PURIFICACIÓN SIMBAÑA CAR…" ocurrida en Calderón el 15 de diciembre de 1915, hija de DIONICIO SIMBAÑA y de MAGDALENA CARGUA; existiendo una huella dactilar en el pedido y alado una firma ilegible "Mirna M Aguirre" junto a un número incompleto de cédula "180109257";*
>
> *Además consta "…DATOS DEL PADRE: DIONISIO SIMBAÑA, si comparece el momento de la inscripción y suscribe el acta respectiva…"; y "…DATOS DE LA MADRE: MAGDALENA CARGUA, si comparece al momento de la inscripción y suscribe el acta respectiva…";*
>
> *De la prueba documental que ha sido practicada (fs. 122), queda claro para éste Tribunal de la Sala que quien ha hecho la solicitud de la inscripción tardía es la misma señora PURIFICACIÓN SIMBAÑA CARGUA el 30 de Agosto de 1977, sin que haya constancia en dicho documento sobre el apellido "MORALES" que argumentan los actores pertenecería como segundo apellido en lugar de "CARGUA".(…)"*

68. En ese sentido, de la súplica planteada cuanto de los hechos fijados como ciertos, se infiere que, la pretensión de que se modifique el apellido materno de Purificación Simbaña "Cargua" por el de "Morales" en el acta de inscripción de nacimiento, constituye una alteración de la filiación, no justificada procesalmente, con la cual, se estaría destruyendo varios componentes del derecho a la identidad, en base a documentos (actas de matrimonio) que datan de los años 1934 y 1960, que no determinan con verosimilitud que, "Purificación Simbaña Morales" sea la ciudadana

[15] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.
[16] Farith Simon, Manual de Derecho de Familia, Cevallos Editora Jurídica, 2021, pag . 319
[17] Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 341-17-SEP-CC, Caso 0047-16-EP, 11/10/17, página 24, párrafo 3

"Purificación Simbaña Cargua", que se contradicen por otra parte, con aquel hecho irrefutable, cual es, la inscripción de nacimiento tardía con los apellidos Simbaña Cargua, solicitada legalmente por la madre de los actores, en fechas ulteriores, la misma que tiene prevalencia por ser el último registro de identidad e identificación realizado por la titular del mandato de optimización tutelado, según el artículo 17 de la LOGIDC, que señala: *"Artículo 17.- Prevalencia. El último registro de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas, su identidad e identificación prevalece sobre los anteriores o sobre los hechos y actos no registrados, con las excepciones que la ley disponga."*

69. Validar la súplica, en la forma propuesta, generaría un efecto invasivo grave en los derechos de una persona. Y todo esto, sin siquiera contar con la opinión de la persona directamente involucrada, lo cual, potencialmente, generaría consecuencias de una alteración drástica de su identidad y de su descendencia, en base a hechos fijados como ciertos que, no coadyuvan a consolidar el planteamiento factico de la demanda, que *a contrario sensu,* generan duda.

70. El artículo 76 de La LOGIDC, establece lo siguiente:

> *"Art. 76.- Hechos y actos modificables. Las inscripciones y registros de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas y de identidad determinados en esta Ley serán susceptibles de modificación. Se requerirá la emisión de un acto administrativo o providencia judicial, según corresponda.*
>
> *La rectificación judicial se impulsará cuando no exista la prueba necesaria para resolver en la vía administrativa o cuando se refiera a cambios esenciales en el sexo y filiación de las personas. En los casos referidos se habilitará el cambio en el registro personal único."*

71. El Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en su artículo 30 señala lo siguiente:

> *"Art. 30.- Reglas que aplican para el cambio de apellidos por posesión notoria.- Constituyen pruebas para la posesión notoria de apellidos para las personas mayores de edad, los siguientes:*
>
> *1. Documentos que acrediten el uso frecuente del o los apellidos materia de la posesión notoria durante más de diez años, con la finalidad de evidenciar el presupuesto legal exigido para estos casos.*
>
> *De interrumpirse el uso frecuente de los apellidos en al menos uno de los años requeridos, los documentos presentados no tendrán efecto jurídico.*
>
> *2.* ***De existir documento emitido por la institución responsable del registro civil, identificación y cedulación en el que conste el o los apellidos, materia de la posesión notoria, el mismo suplirá a los documentos exigidos en el presente artículo sin considerar el tiempo de emisión, siempre y cuando se verifique la existencia de la relación de identidad****. Para este caso, por excepción, no se aplicará el tiempo de uso frecuente del o los apellidos (…)"* (El énfasis nos corresponde)

72. La norma sustantiva (artículo 76 de la LOGIDC), cuya falta de aplicación se acusa, establece que las inscripciones y registros de hechos y actos relativos al estado civil y de identidad de las personas son susceptibles de modificación, ya sea por decisión administrativa o judicial; sin embargo, la modificación imperativamente debe ser judicial cuando no exista la prueba necesaria para resolver en la vía administrativa o cuando se refiera a cambios esenciales en el sexo y filiación de las personas; en relación, el artículo 30 del Reglamento de la LOGIDC, refiere que, de existir documento emitido por el Registro Civil, en el que conste el o los apellidos, materia de la posesión notoria, el mismo suplirá a los documentos exigidos en dicha regla, sin considerar el tiempo de emisión, siempre y cuando se verifique la existencia de la relación de identidad.

73. En el *in examine*, si bien es cierto existen documentos del ente registral público, entre ellos, las partidas de matrimonio de "Purificación Simbaña Morales", conforme lo indicado *ut supra,* los mismos no son suficientes para acreditar la existencia de la relación de identidad con la ciudadana "Purificación Simbaña Cargua"; ergo, no podía, rectificarse judicialmente el apellido materno de la madre de los actores, aplicando el artículo 76 de la LOGIDC, por lo que no se avizora el error de omisión planteado en la censura casacional.

74. Por todo lo indicado, no se advierte vulneración de normas sustantivas, en la labor intelectiva de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte recurrente a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la norma que se considera violada y por ende provocaría un error de derecho; asimismo, no explica la influencia que ha tenido el presunto *error in iure*, sobre la parte dispositiva

de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una falta de aplicación del artículo 76 de la LOGIDC, es improcedente.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

76. Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por José Gerardo Gualoto Simbaña, procurador común de los actores, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores in iudicando y los cargos acusados.

77. Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.

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

Roberto Guzmán Castañeda
Juez Nacional

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ,
ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 09202-2018-00620

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Roberto Guzmán Castañeda**

ACCIÓN
NULIDAD DE SENTENCIA

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En la presente causa, el tribunal de casación, decidió casar la sentencia de última instancia.

Para esto, se analizó la institución de jurídica de cosa juzgada fraudulenta. Se determinó que la acción de nulidad de sentencia se halla diseñada para atacar la calidad de cosa juzgada (formal y material) de las decisiones judiciales, para precautelar intereses y valores constitucionales, como la lealtad procesal y buena fe, y justicia; que es el fin último del proceso.

Por otro lado, se dijo que, si bien es cierto en la legislación nacional, no procede la acción de nulidad de sentencia en contra de decisiones judiciales ya ejecutadas; no es menos cierto que, en derecho comparado existe esta posibilidad bajo ciertos presupuestos.

Así, el tribunal casacional, verificó que la sentencia que declaró la unión de hecho (pretendida anular), incurría en gravísimas deficiencias formales y materiales; que se ha dado un grave fraude a la administración de justicia y perjuicios en contra de terceras personas, que en el caso, trata de adolescentes; por lo que, si bien la decisión pretendida anular, se ha ejecutado; no es menos cierto que el valor constitucional de justicia; y el fin procesal, permiten anular la sentencia, habida cuenta que, se ha dado un grave fraude procesal.

Quito, viernes, 02 de septiembre de 2022, las 11:20

I. ANTECEDENTES PROCESALES

a. Relación de la causa y decisiones de instancia

1. La señora Myriam Marlene Tiuma Flores, ha comparecido ante la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, y Adolescencia del cantón Milagro, provincia del Guayas, planteando demanda de nulidad de sentencia. Su acción la dirige en contra del juez que profirió la decisión pretendida anular, Dionicio Gerardo Jumbo Quezada, de kerly Aline Piedra Arévalo (secretaria judicial) y en contra de Karla Karen Cornejo Narváez, Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán (partes del juicio que provoca la nulidad).

2. En resumen, la accionante relata en su libero que, la sentencia que pretende anular, trata de una decisión de declaratoria de unión de hecho *post mórtem*. En este juicio, la accionante fue la señora Karla Karen Cornejo Narváez, quien adujo haber mantenido convivencia estable con el fallecido señor Ramón Alberto Salvatierra Plúas. Esta demanda se planteó en contra de los hijos y herederos de este último, Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán.

3. En opinión de la ahora accionante, la sentencia de declaratoria de unión de hecho es nula debido a que, no se citó a las adolescentes Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Tiuma, hijas de la accionante (de este juicio de nulidad) y del señor Ramón Alberto Salvatierra Plúas.

4. Manifiesta que las partes procesales del juicio de declaratoria de unión de hecho, conocían perfectamente de la existencia de sus hijas, pese a esto no se las citó. Tampoco, a los herederos presuntos y desconocidos, como ordena la ley.

5. Adicionalmente, afirma que la sentencia de declaratoria de unión de hecho es nula por cuanto el juez de la causa, declaró el vínculo, sin haberse cumplido con el requisito de dos años para que proceda una unión de hecho.

6. Asimismo, acusa a la sentencia de declaratoria de unión de hecho, por haber dispuesto un asunto ajeno al objeto del juicio. En opinión de la accionante, el juez de la causa, se extralimitó en sus funciones.

7. Sustanciada la causa conforme el trámite ordinario, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, dicta sentencia escrita el 26 de julio de 2019, declarando sin lugar la demanda de nulidad de sentencia, con base en el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, en el sentido de que, no procede nulidad de una sentencia ya ejecutada.

8. Recurrida esta decisión por la accionante y con la adhesión al recurso de la parte demandada, la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dicta sentencia escrita el 11 de diciembre de 2019, confirmando la decisión del *a quo*. La razón del rechazo, es la misma que la del inferior, esto es, que la acción de nulidad de sentencia no procede en contra de decisiones ya ejecutadas.

b. Actos de sustanciación del recurso

9. Una vez notificada esa decisión, la parte accionante, señora Myriam Marlene Tiuma Flores, por intermedio de su defensa, interpone recurso extraordinario de casación de la sentencia de última instancia.

10. La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 13 de febrero de 2020; mientras que mediante auto de 05 de marzo de 2020; las 09:37, el conjuez competente del estudio del recurso, Milton Modesto Ávila Campoverde, ordena completar el recurso.

11. Cumplido, mediante auto de 28 de mayo de 2020; las 10:31, se admite a trámite el recurso de casación.

12. Mediante sorteo efectuado el 27 de julio de 2020, la causa accede al tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, Pablo Valverde Orellana y la jueza nacional (e) María de los Ángeles Montalvo Escobar.

13. Mediante oficio n.° 85-SG-CNJ-2021, de 03 de febrero de 2021, el presidente subrogante de la Corte Nacional de Justicia, dio por terminado el encargo como juez de esta sala, al doctor Roberto Guzmán Castañeda. En esta virtud, el referido magistrado procedió a devolver las causas

pendientes en su despacho, a la secretaría de la Sala.

14. Luego, como consecuencia de la renovación de la Corte Nacional de Justicia, el 08 de marzo de 2021, se realiza nuevo sorteo de la causa, correspondiéndole su estudio y conocimiento a los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, Wilman Gabriel Terán Carrillo y David Isaías Jacho Chicaiza.

15. En auto de 20 de julio de 2022; las 10:27, se convocó a audiencia de argumentación y contradicción del recurso extraordinario de casación, para el día 15 de agosto de 2022; a las 10:00.

16. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la audiencia de casación, la que, culminó con decisión oral, aceptando el recurso extraordinario de casación interpuesto.

17. Por cuanto corresponde emitir la decisión por escrito y debidamente motivada, este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emite las siguientes consideraciones.

c. Cargos admitidos en contra de la sentencia de apelación

18. El recurso extraordinario de casación ha sido planteado con fundamento en la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, por *violación indirecta de disposiciones de carácter sustantivo*, como producto de la *infracción directa, de preceptos de valoración de la actividad probatoria*.

19. Acusa infringidas las siguientes disposiciones, por el yerro de falta de aplicación, artículos 158, 161, 162, 164, 258 del Código Orgánico General de Procesos. Finalmente, alega vulneración de los artículos 222 y 223 del Código Civil.

20. En el auto de admisión del recurso de casación, emitido el 28 de mayo de 2020, las 10:31; se acepta el recurso extraordinario, con base en la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. En la admisión se admite únicamente que, la disposición jurídica del artículo 164 *ibídem*, constituye disposición de valoración probatoria.

II. COMPETENCIA

21. Este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación interpuesto en virtud de la Resolución n.° 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

22. Con base en esa resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, han sido debidamente encargados para ejercer esas funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 114-P-CNJ-2021 y 112-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente.

23. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183.6, 184 y 189.1 Código Orgánico de la Función Judicial.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

24. En el día y hora previstos para el diligenciamiento de la audiencia de fundamentación y contradicción del recurso extraordinario de casación interpuesto, el juez nacional ponente, dispuso que, previo dar inicio, se verifique la presencia de las partes procesales.

25. La actuaria de esta Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, constató la presencia de: **(1)** la parte accionante y recurrente, junto con su defensa, el abogado Manuel Calderón Salazar; **(2)**, por la parte demandada, el juez Dionicio Gerardo Jumbo Quezada, representándose a sí mismo; Karla Karen Cornejo Narváez, junto con su defensa, abogado Exy Rivilla Pereira.

26. No comparecieron los codemandados: Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán.

a. Fundamentos del recurso extraordinario de casación

27. La defensa del recurrente, inicia por identificar las partes procesales, la naturaleza y objeto del litigio, la sentencia que reprocha y el tribunal que la emite.
28. La casacionista relata que, pretende se declare la nulidad de la sentencia dictada dentro de la causa de declaratoria de unión de hecho, signada con el número 09202-2017-01126, (causa provocante del juicio de nulidad de sentencia o juicio provocante), debido a que, esta no se encuentra "enmarcada en derecho". Indica que, se ha negado la acción de nulidad de sentencia (presente o esta acción), pues los juzgadores de instancia, han considerado que la sentencia que se pretende anular, se halla ejecutada, ya que, se ha registrado la relación de hecho en el Registro Civil.
29. Manifiesta que el juicio provocante, trata de una declaratoria de unión de hecho (*post mórtem*) incoada por la señora Karla Karen Cornejo Narváez, quien afirmó haber mantenido convivencia con el fallecido Ramón Alberto Salvatierrea Plúas.
30. En opinión de la casacionista, la sentencia dictada dentro del juicio provocante (09202-2017-01126), es nula y no se dictó conforme a derecho, ya que:

(1) No se encuentra ejecutada; si bien está inscrita la relación de hecho en el Registro Civil, aún no se ha realizado la partición de bienes.

(2) Asimismo, indica que el registro de la unión de hecho se realiza el 18 de abril de 2018, y esta demanda se plantea el 20 de abril de 2018.

(3) Que la sentencia de declaratoria de unión de hecho, se la declara con lugar, pese a que, no se ha cumplido dos años de relación de convivencia entre la accionante de aquel proceso (señora Cornejo Narváez), y el fallecido, que, dicho sea de paso, era conviviente de la ahora demandante. Que la falta del requisito temporal de dos años de convivencia (artículo 222 CC), se colige de los propios fundamentos de hecho de la demanda.

(4) En el juicio de declaratoria de unión de hecho, no se contó con todos/as los herederos/as presuntos y desconocidos del señor Ramón Alberto Salvatierrea Plúas, con quien supuestamente existió relación de convivencia (artículos 56.1 y 58 COGEP). Que la accionante de esa causa, conocía perfectamente la existencia de las hijas de la ahora demandante y del *de cujus* (Salvatierra Plúas), las niñas Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Tiuma, aun así, no las demandó como herederas.

(5) La sentencia que ahora pretende anular, es *extra petita*, puesto que, además de la declaratoria de unión de hecho, dispone que la accionante de ese juicio, Karla Cornejo Narváez, tiene derecho a los bienes que hubiere adquirido el fallecido Salvatierra Plúas... Que en el periodo que ordena el juez habría derecho a los bienes del causante, este se encontraba ligado por vínculo matrimonial previo.

31. Afirma la recurrente, que los/as codemandados de esta causa (Karla Karen Cornejo Narváez, Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán), conocían la existencia de las niñas Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Tiuma, quienes son hijas del señor Salvatierra Plúas y de la ahora accionante. Pese a conocer el hecho, la accionante de la unión de hecho cuya sentencia se pretende anular, no citó a las niñas Salvatierra Tiuma.
32. Que la ahora recurrente, señora ***Myriam Marlene Tiuma Flores, planteó demanda de declaratoria de unión de hecho post mórtem que habría mantenido con el fallecido Ramón Alberto Salvatierrea Plúas***. Esta causa signada con el número ***09202-2017-01107***, se presentó el *11 de julio de 2017*, y fue declarada sin lugar. En esta, se accionó en contra de las mismas personas ahora demandadas.
33. Que, la causa ***09202-2017-01126***, trata de la ***acción de declaratoria de unión de hecho post mórtem incoada por Karla Karen Cornejo Narváez, que habría mantenido con el fallecido Ramón Alberto Salvatierra Plúas***, presentada el *14 de julio de 2017*. Esta demanda se plantea solo en contra de Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán, quienes se allanaron con la demanda, y con esto, se aceptó la acción, sin más.
34. Afirma que, en esta última acción, cuya sentencia pretende anular, se planteó solo para obtener beneficios económicos, en perjuicio de los derechos de sus hijas, quienes son legítimas herederas del *de cujus* Salvatierra Plúas.
35. Por otro lado, señala que conforme el artículo 99 del Código Civil, la acción de nulidad de matrimonio, prescribe al cabo de dos años. Por tanto, si las familias originadas por unión de hecho, tienen el mismo trato que las familias originadas por matrimonio; entonces, la presente demanda de nulidad de sentencia que declara la unión de hecho, se encuentra planteada en forma oportuna.

36. Bajo estas consideraciones, acusa al tribunal de apelación, por no valorar la prueba aportada, en debida y adecuada forma. Que el tribunal de alzada, se limita a manifestar que no procede la acción de nulidad de sentencia, habida cuenta, que la decisión pretendida anular ya está ejecutada.

37. Así las cosas, acusa al *ad quem*, por omitir valorar los siguientes medios de prueba debidamente actuados, a saber:

(1) Partidas de nacimiento de Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Plúas, con las que demuestra que son hijas del suboficial (+) Ramón Alberto Salvatierra Plúas, quienes debían ser citadas al juicio de declaratoria de unión de hecho (cuya nulidad demanda).

(2) Documentación emitida por el ISSFA, con la que acredita que esta institución otorgó seguro de vida por fallecimiento y otros beneficios, a las hijas del señor Salvatierra Plúas, Evanny Alexander Salvatierra Farfán, Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Plúas.

(3) Copias certificadas de la demanda de unión de hecho planteada por la misma persona que ahora acciona, señora Myriam Marlene Tiuma Flores, esta fue inadmitida.

(4) Copias certificadas de una nueva demanda de declaratoria de unión de hecho planteada por la misma señora Myriam Marlene Tiuma Flores, que fue declarada sin lugar, porque el *de cujus*, habría inscrito su divorcio el 29 de julio de 2014, y hasta su fallecimiento 14 de junio de 2016, no habría transcurrido el tiempo –dos años- exigido por la ley.

(5) Copias certificadas del juicio de unión de hecho *post mórtem*, incoada por Karla Cornejo Narváez.

(6) Declaración jurada prestada por Edison Carranza Martínez, quien afirma haber mantenido convivencia con Karla Cornejo Narváez, desde el año 1995, hasta el 05 de julio de 2017, procreando tres hijas.

(7) Documento público otorgado por el Municipio de Milagro, respecto un inmueble que pertenecía al *de cujus*, con el que afirma demostrar que no existe partición de bienes, y por tal, la sentencia que declaró la unión de hecho entre Salvatierra Plúas y Cornejo Narváez, no estaría ejecutada.

38. En otro orden de ideas, acusa que ni el tribunal de apelación de esta causa, ni la jueza *a quo*, debieron dar paso a la adhesión al recurso de apelación planteado por la parte demandada, puesto que, no fue fundamentada; en consecuencia, al haber admitido una adhesión al recurso de apelación, sin fundamento, se ha contravenido el inciso cuarto del artículo 258 del Código Orgánico General de Procesos.

39. Que aceptar la adhesión al recurso de apelación, sin que esta haya sido fundamentada, constituye nulidad sustancial, y por tanto, existe motivo de nulidad.

b. Contradicción a los fundamentos del recurso extraordinario

➢ ***Dionicio Gerardo Jumbo Quezada (Juez)***

40. El juzgador que pronunció la sentencia de declaratoria de unión de hecho que ahora se pretende anular, inicia por manifestar que, el recurso de casación es de aquellos extraordinarios, que ataca a la sentencia de última instancia por errores de legalidad.

41. Que el recurso de casación, en la forma planteada, no persigue ese objetivo. Aduce que el recurso de casación planteado, no ha evidenciado vicio alguno de la sentencia bajo reproche.

42. Luego, en forma puntual, manifiesta que de conformidad con el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, la acción de nulidad de sentencia, procede en contra de sentencias que no se hayan ejecutado.

43. Que, en el presente juicio, de las pruebas debidamente actuadas se ha demostrado la ejecución de lo resuelto, toda vez que se halla inscrita –en el Registro Civil- la declaratoria de unión de hecho *post mórtem* que ahora se intenta su anulación.

44. Así las cosas, afirma, no existe posibilidad alguna que la presente demanda prospere, pues insiste, según el orden jurídico, esta acción no procede en contra de sentencias ya ejecutadas. Que la ejecución de lo por él resuelto se dio el 18 de abril de 2018, y la acción de nulidad de sentencia se planteó con posterioridad, esto es, el 20 de abril de 2018.

45. En este marco, una vez comprobada la ejecución de la sentencia, no se podían realizar otras valoraciones probatorias, dice el sujeto procesal.

46. Adicionalmente, asegura que las hijas de la accionante, no han sido perjudicadas por la sentencia de declaratoria de unión de hecho. Al contrario; manifiesta que son beneficiaras de los servicios de seguridad social del ISSFA en calidad de hijas del extinto Ramón Alberto Salvatierra Plúas.

➢ ***Codemandada: Karla Karen Cornejo Narváez***

47. La defensa de la codemandada, indica que la sentencia que se pretende anular a través de esta acción, se encuentra en estricto apego al orden jurídico, cita los artículos 168 de la Constitución de la República, 289 del Código Orgánico General de Procesos, 19, 27 y 100 del Código Orgánico de la Función Judicial.

48. Que el recurso de casación, en la forma planteada, no procede, puesto que no ha demostrado vicio formal o legal alguno en contra de la sentencia casada.

49. En lo demás, insiste en el argumento del codemandado, a saber, que la acción de nulidad de sentencia no procede en contra de fallos ejecutados. Así, habiéndose demostrado la ejecución de lo resuelto por parte del juez Jumbo Quezada, esta acción, no tiene cabida alguna.

50. Que la decisión casada, recoge ese precepto jurídico –imposibilidad de anular una sentencia ejecutada-, que ha sido además afianzada por jurisprudencia emitida por la ex Corte Suprema de Justicia, y por la actual Corte Nacional de Justicia.

IV. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

51. Previo determinar la cuestión jurídica como tal, en necesario manifestar que, en el auto de admisión del recurso de casación, emitido el 28 de mayo de 2020, las 10:31; se admite el recurso extraordinario, con base en la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

52. En este escenario, se ha admitido únicamente que, la disposición jurídica del artículo 164 *ibídem*, constituye disposición de valoración probatoria, por lo que, solo en este marco se definirá la problemática jurídica que plantea el caso.

53. Una vez aclarado esto, por la complejidad que presenta el caso *in examine*, precisa realizar un resumen de la pretensión de fondo en casación.

54. En términos generales, la recurrente plantea las siguientes cuestiones casacionales.

55. Que la sentencia emitida dentro de la causa de declaratoria de unión de hecho *post mórtem*, n. ° 09202-2017-01126, planteada por Karla Cornejo Narváez, es nula debido a que: ***(a)*** no se citó a todos los herederos conocidos; tampoco se citó a los presuntos y desconocidos del señor Salvatierra Plúas (+), con quien supuestamente habría la unión de hecho; ***(b)*** no se cumplió el período de convivencia de dos años que exige la ley; ***(c)*** la sentencia, es *extra petita*, puesto que, no solo declara la existencia de unión de hecho, sino que además, ordena cómo disponer de los bienes del *de cujus*.

56. En este contexto, argumenta la recurrente que, el tribunal *ad quem*, bajo el concepto de que la sentencia que se quiere anular, se halla ejecutada, porque la unión de hecho ya fue inscrita en el Registro Civil, omite valorar las pruebas aportadas al proceso.

57. En su opinión, de haber apreciado todo el acervo probatorio (que acusa omitido), la decisión sería distinta, toda vez que, se habría declarado con lugar la demanda de nulidad de sentencia.

58. En otro orden, sostiene además la recurrente que, si la acción de nulidad de matrimonio prescribe en dos años desde su celebración, considerando que la unión de hecho, tiene el mismo régimen que los matrimonios; entonces, la presente acción se ha planteado dentro de dos años de que trata el artículo 99 del Código Civil.

59. En este contexto, el recurso de casación bajo estudio, presenta la siguiente problemática:

- En primer lugar, se deberá resolver la acusación respecto la falta de valoración conjunta o total del objeto de prueba.
- En segundo lugar, se analizará si, el *ad quem*, acierta en su conclusión, esto es, la imposibilidad de anular una decisión judicial ya ejecutada. De esto se sigue: *en tratándose de una sentencia de declaratoria de unión de hecho* ¿cabe la acción de nulidad de sentencia, pese a que, la unión de hecho ya ha sido marginada en el Registro Civil?

V. RESOLUCIÓN MOTIVADA DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

a. Sobre la omisión de valorar toda la prueba aportada en la causa

60. Los argumentos y consideraciones jurídicas relevantes del tribunal de apelación de la Sala Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, son las que a continuación se transcriben:

> […] VISTOS: La causa sube en grado para resolver el recurso de apelación interpuesto por MIRIAM MARLENE TIUMA FLORES, de la sentencia dictada por el Ab. BASTIDAS VACA EDISON FERNANDO, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Milagro de la Provincia del Guayas, en el proceso de nulidad de sentencia ejecutoriada, de declaratoria de unión de hecho pos mortem, N° 09202-2018-00620, con fecha 12 de julio del 2019, de forma oral, notificada por escrito el 26 del mismo mes y año; interponiéndose el recurso de apelación por la accionante en la misma audiencia, cuya fundamentación fue presentada el 06 de agosto del mismo año; en consecuencia ha sido propuesto dentro del término que franquea la ley; con dicha fundamentación se le corrió traslado a los demandados, quienes contestaron el traslado y fundamentaron su adhesión al recurso, lo que obra de fojas 649 a 657. La sentencia declaró sin lugar la demanda de nulidad de sentencia ejecutoriada, al amparo de lo que establece el Art. 112, numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos, por encontrase ejecutada la sentencia al momento de presentación de la demanda de nulidad […] TERCERO-FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO […] la recurrente señora MIRIAM MARLENE TIUMA FLORES, básicamente manifestó: Que el hecho de que la sentencia dicta en el juicio 09209-2017-01126, en la que se declaró la unión de hecho entre la señora Karla Karen Cornejo Narváez y Ramón Alberto Salvatierra Púas, de la que se demanda la nulidad, haya sido inscrita en el Registro Civil, no significa que se encuentre ejecutada, porque a criterio de la recurrente, no se han partido los bienes dejados por el extinto Salvatierra Púas, entre los herederos. Que ha presentado pruebas que no han sido consideradas […] D) Finalmente, argumentó que el señor Juez Dionisio Jumbo, extralimitó su resolución y dispuso cuestiones que no se le pidió en la demanda, como el hecho de que la actora KAREN CORNEJO tiene derechos a los bienes adquiridos con su conviviente desde marzo del 2013. E) Por su parte, los demandados […] argumentaron, que antes de entrar a analizar los recaudos procesales se considere el hecho de que la sentencia de la que se demanda la nulidad, se encuentra ejecutoriada y ejecutada, en consecuencia es improcedente la demanda de nulidad, por expresa prohibición del numeral 4 del Art. 112 del Código Orgánico General de Procesos […] CUARTO-ANALISIS DE LOS RECAUDOS PROCESALES […] 1) De fs. 315 a 319, consta la Demanda de Nulidad de Sentencia Ejecutoriada de declaratoria de unión de hecho; interpuesta por MYRIAM MARLENE TIUMA FLORES, en contra de la sentencia dictada por el Ab. DIONICIO GERARDO JUMBO QUEZADA, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Milagro, en el Juicio de declaratoria de unión de hecho No. 09202-2017-01126, adjuntando documentos que obran de fojas 01 a 224; demanda que fue presentada con fecha viernes 20 de abril del 2018 [...] QUINTO-ARGUMENTACIÓN JURIDICA, ANÁLISIS Y RESOLUCION […] En el caso que nos ocupa, la actora señora MYRIAM MARLENE TIUMA FLORES, ***ha demostrado que es la progenitora de las adolescentes VANESSA NICOLE Y DAYANA MICHELLE SALVATIERRA TIUMA, las mismas que en sus partidas de nacimiento constan como hijas de SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO***, fojas 294 -295; es decir, que si tiene legitimación activa para demandar por los derechos de sus hijas. ***También se demostró con las copias certificadas del juicio N° 09202-2017-01126, que la declaratoria de unión de hecho que demando KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ, era con el difunto SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO, que en sentencia así se declaró, sin que conste en el referido proceso, que se haya demandado y/o citado a MYRIAM MARLENE TIUMA FLORES, por los derechos que representa de sus hijas las adolescentes VANESSA NICOLE Y DAYANA MICHELLE SALVATIERRA TIUMA***; quien comparece a juicio N° 09202-2017-01126 de declaratoria de unión de hecho, mediante escrito de fecha 09 de marzo del 2018, solicitando copias certificadas; que fueron proveídas en providencia del 29 del mismo mes y año, luego

de que se diera cumplimiento a lo ordenado en providencia del 20 de marzo del 2018, esto es, justificó ser la progenitora de las adolescentes. ***Sin embargo, la parte demandada, en este juicio de nulidad de sentencia, presentó pruebas que demuestran que la sentencia de la que se demanda la nulidad, no sólo que se había ejecutoriado, sino que ya estaba ejecutada, cuando se presentó la demanda de nulidad de sentencia;*** pruebas que consisten en: A fojas 343, consta documento del Registro Civil, en el que consta la inscripción de la sentencia dictada el 23 de febrero del 2018, en el juicio 09202-2017-01126, por el Juez DIONICIO JUMBO, en la que declara que existió la unión de hecho entre KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ y el difunto SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO; inscripción que tiene fecha 18 de abril del 2018; También constan de fojas 344 a 345, certificados de defunción y de identidad de SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO, en el que consta que falleció el 19 de junio del 2016, que su estado civil es de unión de hecho; como conviviente consta la señora KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ. ***Si confrontamos esta documentación, específicamente, la inscripción de la sentencia de declaratoria de unión de hecho del juicio N° 09202-2017-01126., con la fecha de presentación de la demanda de nulidad de la misma que obra de fojas 315 a 319, en la que consta la fe de presentación que tiene fecha 20 de abril del 2018***, es decir, que ***efectivamente la demanda fue presentada cuando la sentencia de la que se demanda la nulidad, ya se había ejecutado***, lo que se encuadraría en la improcedencia de demandar la nulidad de sentencia por haberse ejecutado, lo que está prescrito en el Art. 112.4 del COGEP […] ***Existe expresa disposición legal, que impide demandar la nulidad de sentencia ejecutada, y, si de hecho se demanda la nulidad de sentencia ejecutada***; el Juez, se ve impedido de declarar su nulidad; ***salvo que se trate de sentencia de divorcio, en cuyo caso, la ley sustantiva, Art. 120 del Código Civil, expresamente permite la demanda de nulidad de la sentencia, hasta un año posterior a la ejecución de la sentencia***, esté o no ejecutada; que fue una de las alegaciones de la recuente en esta instancia, argumentando que la unión de hecho y el matrimonio se asemejan. Argumentación que para este Tribunal no guarda relación con este caso, pues, *no se trata de una sentencia de terminación de la unión de hecho ni de divorcio, sino de declaratoria de la unión de hecho*. Respecto a lo analizado, esto es, la improcedencia de demandar la nulidad de sentencia ejecutada o mejor digamos el derecho de demandar la nulidad de una sentencia mientras no se haya ejecutado, Existe Jurisprudencia de la Ex Corte Suprema y la actual Corte Nacional de Justica: La ex Corte Suprema y ahora Corte Nacional, a través de unas de sus sentencias, que consta en la gaceta judicial Año XC, Serie XV, nos enseña: "nulidad que puede proponerse como acción por el vencido ante un juez de primera instancia, mientras no se hubiere ejecutado la sentencia; sin que haya lugar a esta acción, si la sentencia ya ha sido ejecutada…". Sentencia que consta en el expediente de Casación 53, Registro Oficial 334, dice: "…contempla expresamente los caso que no procede de tal acción, siendo el primero aquel que señala: "si la sentencia ha sido ejecutada" […] Por último, una cuarta sentencia, en la resolución No. 172-2004, dictada por la Corte Nacional, que dice: ACCION DE NULIDAD DE SENTENCIA EJECUTORIADA: No Procede cuando esta ha sido ejecutada" […] evidenciándose que la sentencia de la que se pretende su nulidad, ya estaba ejecutada a la fecha de presentación de la demanda, en consecuencia, contraía (sic) el requisito legal para proceder, Art. 112 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, que la sentencia no este ejecutada […] El Tribunal, al verse impedido de dictar una sentencia de fondo; por mayoría de votos, dejó a salvo el derecho de la accionante, de considerarlo pertinente, de acudir a las instancias administrativas y/o judiciales correspondientes. La señora Jueza Marianela Pinargote, en este punto disintió con la mayoría y consideró, que se debía oficiar al consejo de la Judicatura y a la fiscalía. Sin costas ni honorarios que regular[1] (Cursivas y negritas son de este tribunal)

[1] Corte Provincial de Justicia del Guayas, Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, folios 31 – 33 del cuaderno de segunda instancia.,

61. Como se puede ver, el tribunal de alzada, aprecia, en lo fundamental, un medio probatorio, que refiere al documento de marginación de la sentencia que declaró la relación de hecho entre la señora Karla Karen Cornejo Narváez y el fallecido Ramón Alberto Salvatierra Plúas.

62. Con esta determinación fáctica, a saber, registro de la sentencia de declaratoria de unión de hecho, el *ad quem*, sin otra valoración probatoria de relevancia para la decisión; y sin más consideración jurídica que la aplicación del artículo 112, penúltimo inciso del Código Orgánico General de Procesos, declara sin lugar la demanda de nulidad de sentencia.

63. Manifiesta el *ad quem*, en complemento de lo anterior que, no puede aplicar el artículo 120 del Código Civil, que regula la nulidad de sentencia de divorcio, en el sentido que puede plantearse hasta un año después de ejecutoriada. En concepto del tribunal, esta regla no aplica al *sub júdice*, ya que, *este trata de nulidad de sentencia que declara la unión de hecho; y no, de nulidad de terminación/divorcio de la convivencia*.

64. En definitiva, el tribunal de alzada, niega la presente acción de nulidad de sentencia, habida cuenta que, la decisión pretendida anular, ya se ha ejecutado, hecho que se evidencia, con la prueba documental de registro de la relación de hecho.

65. Como el propio *ad quem* expresa, se trata de una decisión de puro derecho que impide resolver el fondo, habida cuenta que, frente a la ***premisa menor***: sentencia ejecutada, se subsume la ***premisa mayor***: no procede acción de nulidad de sentencia en contra de una decisión ejecutad (artículo 112 COGEP).

66. Pese a esta determinación principal que resuelve el asunto, el juzgador plural, emite otras consideraciones y/o conclusiones aleatorias, como por ejemplo: **(i)** da por probado que, en el juicio de declaratoria de unión de hecho (que provoca esta acción), no se ha contado con las adolescentes VANESSA NICOLE Y DAYANA MICHELLE SALVATIERRA TIUMA, quienes constan como hijas de SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO; **(ii)** que esta demanda de nulidad de sentencia se plantea el 20 de abril de 2018; **(iii)** que la sentencia de la que se demanda la nulidad, no sólo que se había ejecutoriado, sino que ya estaba ejecutada. La sentencia dictada dentro del juicio 09202-2017-01126, que declaró la unión de hecho entre KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ y el difunto SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO; se inscribió el 18 de abril del 2018.

67. En conclusión, el *ad quem* considera que la inscripción de la relación de hecho en el Registro Civil, es el acto que evidencia la ejecución de lo resuelto dentro del juicio 09202-2017-01126.

68. Con base en lo expuesto, es evidente que, en la sentencia de última instancia, si bien se valoran algunos elementos probatorios; no es menos cierto que, el único medio de prueba relevante y que sirve para adoptar la decisión, es aquel documento que demuestra la inscripción de la relación de hecho.

69. De manera que, se trata de una decisión de puro derecho; por tanto, siendo coherente con una decisión de este tipo, mal podía el tribunal de alzada, valorar otras pruebas; toda vez que, en estricta lógica, era innecesario analizar otras, si es que, la decisión no es sobre el fondo.

70. Sin que esto, por el momento, implique aceptar el cargo de omitir valorar la prueba en conjunto (infracción del artículo 164 COGEP), este tribunal procede a analizar el segundo problema jurídico planteado, y luego de esto, con miras al resultado de análisis de las dos cuestiones, emitirá su decisión, ya sea, casar o no, la sentencia de 11 de diciembre de 2019; las 11:55 emitida por la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

b. ¿Cabe acción de nulidad de sentencia, pese a que, la unión de hecho ya ha sido marginada en el Registro Civil?

➢ ***Sobre la acción de nulidad de sentencia***

71. Para iniciar, precisa recordar la naturaleza, fundamento y características de la acción de nulidad de sentencia. Esta, como una acción autónoma, se ha erigido, desde sus inicios, con el propósito de preservar el principio de justicia material, en detrimento de la cosa juzgada; de ahí que, la acción de nulidad de sentencia prevista en el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, sea el instituto procesal que, en doctrina, se conoce como la acción autónoma de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.[2]

[2] Sobre la acción autónoma de nulidad en contra de sentencias ejecutoriadas, véase Joel Melgajero, *¿Cuándo termina el proceso judicial? La cosa juzgada como candado a la finalización del proceso. Acción autónoma de nulidad una llave maestra,* en http://revistacientifica.uaa.edu.py/index.php/juridica/article/view/240/214; Alfonso Chacón Mata, *La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el Estado de derecho contemporáneo,* Revista Prolegómenos, derechos y valores, p. 169-188, en http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v18n35/v18n35a10.pdf

72. Es decir, la acción de nulidad de sentencia, se ha diseñado para que, determinadas decisiones que han adquirido la calidad de cosa juzgada, puedan ser anuladas, en pos de un valor superior, como lo es, el anhelo de justicia.

73. Si bien es cierto, la necesidad de seguridad, estabilidad y predictibilidad, dicta que las decisiones judiciales que han adquirido calidad de cosa juzgada (formal y material), sean inmutables; no es menos cierto que, en circunstancias específicas, se admite que la calidad de *res iudicata*, se pueda desvanecer debido a la presencia de situaciones fraudulentas.

74. Durante mucho tiempo, se dieron debates antagónicos, por una parte quienes defendían a ultranza la calidad de cosa juzgada e inmutabilidad de lo decidido, incluso pese a una grave injusticia; y por otra, quienes propugnaban por revisar un fallo en cualquier momento, bajo alegaciones genéricas de injusticia, tal y como sucedió en el Tercer Reich en 1941, Por fin, se dio paso a una vía media, cual es, admitir un reproche a la sacralidad de lo decidido judicialmente, debido a circunstancias específicas.

75. De ahí que, en el derecho romano, ya se estableció la posibilidad de revertir una decisión con características de inmutabilidad. Se pueden citar instituciones como la *exceptio doli* o *replicatio doli* y la *restitutio in integrum,* que *"implicaba la posibilidad de discutir una decisión judicial a través de un nuevo proceso, pero en casos excepcionales, como aquellos en los que se probaba la existencia de dolo o violencia, y buscaba volver las cosas al estado anterior a la producción del vicio"*[3]

76. Esta tercera vía: posibilidad de desvanecer la calidad de cosa juzgada material y/o formal, es la que se ha adoptado en diferentes legislaciones procesales, con el fundamento de que, en efecto, confluyen situaciones de abuso del derecho, de extrema injusticia, o de vicios muy graves que corrompen la ley –que es lo que la cosa juzgada y seguridad defienden-, conocidas como fraude procesal o sentencias írritas. Esto sucede en términos de Enrique Véscovi, como producto de la humanización del proceso, habida cuenta que el proceso como tal, constituye un medio, y no el fin mismo de la administración de justicia (artículo 169 CRE).

77. Para Osvaldo Gozaíni, la acción autónoma de nulidad

> [S]e trata […] de ir contra la cosa juzgada; ***un proceso cualquiera sustanciado y finiquitado que, en algún pasaje de su historia incurre en vicios invalidantes advertidos después de dictada la sentencia. Las nulidades del pronunciamiento radican tanto en errores in iudicando, como en errores in procedendo***, sin descartar los que han malformado la voluntad interna de las partes o del mismo juzgador (revocación de la cosa juzgada por defectos volitivos, o por fraude o colisión con terceros, etc.). ***El objeto de revisión en esta vía no ocupa todos estos espacios, sino aquellos que demuestran vicios sustanciales que obtienen una sentencia consecuencia del fraude o estafa procesal***.[4] (Cursivas y negritas son de este tribunal)

78. En consecuencia, la revisión de una sentencia judicial que ha adquirido efectos de cosa juzgada formal y material (irrevisable e inmutable), a través de una acción autónoma de nulidad, ha de obedecer a situaciones y casos taxativos y extraordinarios, por tanto, su aplicación es limitada y restringida.

79. En la doctrina procesal actual, resulta ampliamente aceptado, que procede la revisión de una sentencia con efecto *res iudicata*, cuando esta, ha sido producto del fraude procesal o, si la decisión se considera írrita.[5]

El dolo empleado por las partes para disimilar lo verdadero (proceso aparente) y provocar el error judicial (fraude procesal), puede ser unilateral (estafa en el proceso) o bilateral (connivencia dolosa). La sentencia que consiga el estado de cosa juzgada es un producto irregular al haber sido el resultado de una acción que no es propia del debido proceso.

La acción es dolosa porque tiene la intención de engañar obteniendo del artificio o maquinación fraudulenta un beneficio singular. Cuando el sujeto pasivo del engaño es el juez, se debe advertir quien es el generador del vicio. Si es solo una de las partes, el afectado será el magistrado y el contradictor; si fueron ambas partes quienes falsearon el obrar, el proceso será aparente y claramente fraudulento.[6]

---

[3] Ana Arrarte Arisnabarreta, ***Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta,*** Revista ius et veritas, Nº 13.

[4] Osvaldo Gozaíni, El debido proceso en la actualidad, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nº 2, 2004

[5] Sobre estos aspectos, se puede consultar: Osvaldo Gozaíni, ***Revisión de la cosa juzgada*** (írrita y fraudulenta), Buenos Aires, Ediar, 2015.

[6] Osvaldo Gozaíni, ***Revisión de la cosa juzgada (írrita y fraudulenta),*** Buenos Aires, Ediar, 2015, p. 223.

80. El fraude procesal consiste en conductas (actos u omisiones) dolosas, ya promovidas por las partes procesales por sí, o, en conjunto con la autoridad judicial. Se puede cometer contra las partes o contra terceros. La gravedad de la sentencia obtenida mediando fraude procesal, es que, por una parte tiene apariencia de legalidad, y por otra, es que, se resguarda bajo la figura de cosa juzgada, dotada de una sacralidad frente a terceros.

81. En términos de la Corte Constitucional de Colombia, el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, *"se predica de un proceso que ha cumplido formalmente con todos los requisitos procesales y que materializa en esencia un negocio fraudulento a través de medios procesales, que implica un perjuicio ilícito a terceros y a la comunidad"*[7]

82. En la discusión entre respetar sin miramiento alguno la sacralidad o fatalidad de la cosa juzgada; y, la posibilidad de anular ciertas decisiones judiciales consideradas fraudulentas, se encuentran en tensión, los principios de presunción de la legalidad de lo decidido *vs.*, el de justicia material, Al permitir acción de nulidad de sentencia, se asume que, en determinados casos, vence este último.

83. Otro fundamento para defender la existencia de una acción de autónoma de revisión de la cosa juzgada fraudulenta, radica en que, tanto la Constitución, como la ley, prevén los principios de buena fe y lealtad procesal –en la sustanciación de las causas-, principios oponibles y exigibles tanto a las partes procesales, cuanto a las autoridades jurisdiccionales.[8]

84. Por este motivo, se agrava aún más la situación, si es que la sentencia fraudulentamente dictada, se ha emitido con anuencia de servidores judiciales y/o autoridades jurisdiccionales.

85. De ahí que, sea aplicable el principio o aforismo, *fraus omnia corrumpit*, que significa que, el fraude vicia todo el proceso, o, el fraude todo lo corrompe.

Estaríamos ante un caso en el que el proceso es usado como instrumento para conseguir un objetivo ilícito, en clara afectación de un tercero, es decir, se pretende -en muchos casos- delinquir con una apariencia de legalidad y transparencia. Bien podría afirmarse que estamos ante un proceso simulado, falso en esencia y en propósito, aun cuando formalmente válido. En estos casos, la obtención de una sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, no es más que el sello de legalidad para legitimar una conducta dolosa. En este supuesto, la nulidad de la sentencia definitiva, implicará necesariamente afectar la validez y eficacia de todo el proceso.[9]

86. Las características de la acción de nulidad que afecta la cosa juzgada, se pueden resumir así: **(a)** *es un remedio excepcional*, que refiere a causas específicas y taxativamente determinadas; **(b)** *residual*, no puede ser activada si es que existen recursos o medios distintos para anular o revocar la decisión; **(c)** es *extraordinario*, debido a que, afecta la cosa juzgada, solo puede ser activada en casos que la decisión se haya obtenido por real fraude o dolo. Debido a esto, de encontrarse duda respecto si la decisión o proceso fueron o no dolosos o fraudulentos, se deberá decidir por no anularlos, de esta forma, se respeta el principio *in favor procesum*; y, finalmente, **(d)** de *extensión limitada*, esto es, que la decisión de anulación alcanzará a los actos viciados por el fraude y no otros.

87. De otro lado, y como requisitos de procedencia de la acción autónoma de nulidad se sentencia, se tiene: **(1)** que la decisión pretendida anular sea ejecutoriada; **(2)** que el fallo se haya obtenido como producto de fraude procesal; **(3)** que la parte accionante, sea la perjudicada por el fallo fraudulento; **(4)** que la demanda se interponga dentro del plazo previsto.

88. Sobre este último presupuesto (plazo),: inicio del proceso autónomo de nulidad dentro del plazo previsto en la ley; corresponde decir que, por lo general, se acepta que la acción de nulidad, se ha de presentar dentro de un plazo razonable, desde la emisión del fallo fraudulento, se haya este ejecutado o no. Este plazo razonable, hace relación a los hechos, efectos o consecuencias que haya producido desde que fue emitido, hasta que se demande su nulidad.

89. Sobre cuál se consideraría como un plazo razonable para interponer la acción de nulidad, se dice que este dependerá de las circunstancias de

[7] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-218 de 2012, SU- 627 de 2015
[8] Ver artículos 11.9, 83, 172 CRE; 160, 170, 173, 284 COGEP; 26, 330.2, 335.9 COFJ
[9] Ana Arrarte Arisnabarreta, op. cit., p. 174.

cada caso concreto; debiendo prevalecer la inmediatez. Por ejemplo, *el Código de Procedimiento Civil de Perú, establece que la acción de nulidad se puede presentar hasta dentro de seis meses de ejecutada la decisión.*[10]

90. En Colombia, las acciones de tutela (acciones de carácter constitucional) presentadas en contra de providencias judiciales bajo la alegación de cosa juzgada fraudulenta, no tienen perfectamente determinado el plazo a considerar oportuno para accionar. Al respecto, la magistratura constitucional de ese país, ha manifestado que se debe presentar con inmediatez, dentro de un plazo oportuno, justo y razonable; por supuesto, estos parámetros deberán ser revisados dentro de un caso concreto por la autoridad jurisdiccional.

> La definición acerca de cuál es el término "razonable", que debe mediar entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela, no ha sido pacífica en la jurisprudencia. ***Por tal razón, de manera abstracta y previa, este solo puede catalogarse como prima facie, pues su valoración concreta está sujeta a las circunstancias específicas del caso, a las condiciones del tutelante*** (en especial a su situación de vulnerabilidad), a los intereses jurídicos creados a favor de terceros por la actuación que se cuestiona y a la jurisprudencia constitucional en casos análogos.
> La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática en afirmar que la acción de tutela debe presentarse dentro de un término *oportuno, justo y razonable*. ***En efecto, ha advertido que en algunos casos el plazo de 6 meses puede ser un término razonable y que, en otros eventos, 2 años puede ser el plazo límite para su ejercicio***. Ciertamente, la sentencia SU-439 de 2017 reiteró el precedente señalado en la sentencia SU-961 de 1999, según el cual el término prudencial de interposición de la tutela implica: *"cierta proximidad y consecuencia de los hechos que se dicen violatorios de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional*[11] (Cursivas y negritas son de este tribunal).

91. Es decir, en las legislaciones u órdenes jurídicos de Perú y Colombia, se acepta la acción autónoma en contra de sentencias con calidad de cosa juzgada fraudulenta, planteada dentro de un plazo razonable, pese a que, esta haya sido ejecutada.

92. En nuestro país, el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, prevé:

> Art. 112.- Nulidad de sentencia. La sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula en los siguientes casos:
>
> 1. Por falta de jurisdicción o competencia de la o del juzgador que la dictó, salvo que estas se hayan planteado y resuelto como excepciones previas.
> 2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, salvo que esta se haya planteado y resuelto como excepción previa.
> 3. Por no haberse citado con la demanda a la o el demandado si este no compareció al proceso.
> 4. Por no haberse notificado a las partes la convocatoria a las audiencias o la sentencia, siempre y cuando la parte no haya comparecido a la respectiva audiencia o no se haya interpuesto recurso alguno a la sentencia.
>
> Las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó sentencia, mientras esta no haya sido ejecutada. No podrán ser conocidas por la o el juzgador que las dictó. La presentación de la demanda de nulidad no impide que se continúe con la ejecución.

[10] El artículo 178 del Código Procesal Peruano, prevé "Artículo 178.- Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta.- Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste y aquellas. Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título. En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles. Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso. Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal".

[11] Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-073/19

La nulidad de la sentencia no podrá demandarse cuando haya sido expedida por las salas de la Corte Nacional de Justicia y se dejará a salvo las acciones que franquee la Constitución de la República.

93. En los numerales 1, 2, 3 y 4, de la disposición en cita, constan los motivos específicos y por los cuales se faculta demandar la nulidad de una sentencia ejecutoriada. Luego, se establece la competencia de esta acción, a saber, ante la o el juzgador de primer nivel de la materia de quien dictó sentencia, y nunca ante este.

94. Se establece además que, la demanda de nulidad de sentencia, no impide su ejecución. No cabe acción de nulidad en contra de decisiones emitidas por la Corte Nacional de Justicia.

95. Finalmente, el legislador ha previsto que se presentará la demanda de nulidad de sentencia, mientras esta no haya sido ejecutada. Esta sería la regla general.

96. Ahora bien, como apunta la casacionista, conforme el artículo 99 del Código Civil, la acción de nulidad de matrimonio, prescribe en dos años, ya desde su celebración; ya desde que se tuvo conocimiento de la causa, o, desde que pueda ejercerse la acción.

97. Los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República del Ecuador, prevén que, el Estado ecuatoriano reconoce a la familia en sus diversos tipos; que la unión de hecho, merecerá no solo protección jurídica, sino que, su régimen es igual al de los matrimonios.

98. En tratándose de sentencias que declaran la existencia de una unión de hecho, este sería, el símil, o el igual, a la celebración del matrimonio; por tanto, en cumplimiento de los artículos 68 de la Constitución de la República y 99 del Código Civil, se podría seguir acción de nulidad hasta dos años después.

99. El dilema o la complejidad que presenta el caso es que, ***se demanda la nulidad de sentencia***, y el órgano jurisdiccional, la niega, por cuanto considera ejecutada la decisión con la marginación en el Registro Civil; mas, no se detiene a analizar o reflexionar que, la sentencia de declaratoria de unión de hecho, puede considerarse como el acto de celebración o inicio de la relación de pareja estable, y por tanto, se debía preguntar, si contra este, *cabe* ***acción de nulidad de celebración de unión de hecho*** en los términos del artículo 99 del Código Civil.

100. Es decir, en el presente caso, se da una suerte de fusión entre, acción de nulidad de sentencia y acción de nulidad de unión de hecho, puesto que, como se explicó, la sentencia que se pretende anular, se convierte en el acto que, determina la *<<celebración>>* de la relación estable de pareja.

c. Pruebas y hechos demostrados

101. Bajo las consideraciones expuestas, este tribunal procederá revisar si es que, existen los presupuestos necesarios para afirmar si la decisión pretendida anular, se puede calificar de fraudulenta.

102. Para esto, se deberá remitir a la prueba aportada a la causa, y que, habiéndose dictado sentencia de puro derecho, fue omitida. Por tanto, se hace estrictamente necesario revisar la prueba actuada, tanto más que, en el marco de la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se acusa la omisión de valoración conjunta de la prueba.

103. Tanto de la sentencia bajo análisis casacional, cuanto de los medios probatorios (no analizados por el *ad quem*), se tienen los siguientes hechos demostrados:

- La ahora casacionista, señora Myriam Marlene Tiuma Flores, presentó demanda de declaratoria de unión de hecho *post mórtem*, que afirmó haber mantenido con el fallecido señor Ramón Salvatierra Plúas, el ***11 de julio de 2017***, causa radicada con el n. ° ***09202-2017-01107***.
- Esta demanda se presenta en contra de los hijos del fallecido Ramón Salvatierra, KARLA VANESSA y EVANNY ALEXANDER SALVATIERRA FARFAN***, y en contra de los herederos presuntos y desconocidos del de cujus, Ramón Salvatierra***.[12]
- En el libelo de demanda, se da cuenta que la accionante y el *de cujus*, han procreado dos hijas, VANESSA NICOLE Y DAYANA MICHELLE SALVATIERRA TIUMA, de 12 y 11 años de edad a esa fecha.
- En dos instancias, se negó la acción. El fundamento central de la decisión de primer nivel –ratificado en segunda- dictada el 11 de enero de 2018, fue:

[12] Copia certificada de demanda, folios 21 – 23 del cuaderno de primera instancia.

[…] la inscripción de matrimonio de RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS con la señora ELIZABETH DEL CISNE FARFAN ALVARADO ***donde se evidencia que la sentencia de divorcio fue inscrita en Milagro el 29 de julio del 2014***. La sentencia de divorcio surte efectos desde esa fecha; ***falleciendo el señor RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS el 19 de junio del 2016, por lo tanto han transcurrido 1 año diez meses 21 días. Impidiendo que la suscrita Jueza forme su convicción sobre el tiempo que dice la actora, ha durado la unión de hecho que pretende alcanzar por esta acción, además no ha probado que han formado una unión estable permanente y monogámica por cuanto trabajo en diferentes repartos militares***. De conformidad con el Art. 164 del COGEP, y en concordancia a lo dispuesto en el Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial "Principio De La Verdad Procesal. La suscrita jueza valorada en conjunto las pruebas producidas por las partes en la audiencia de juicio, con sujeción a la sana crítica, como reglas del correcto entendimiento humano, y arriba a la conclusión de que la actora ***MYRIAN MARLENE TIUMA FLORES no ha podido probar que ha mantenido 2 años 7 meses 28 días de unión de hecho estable y monogámica con el fallecido RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS*** […][13]

- La señora Karla Cornejo Narváez (ahora demandada), presentó acción de declaratoria de unión de hecho que afirma haber mantenido con el señor Ramón Salvatierra Plúas, el 14 de julio de 2017; es decir, tres días después de la demanda presentada por Myriam Tiuma. Esta causa se radica con el n. ° ***09202-2017-01126***, que se declaró con lugar mediante sentencia de 23 de febrero de 2018
  - Esta demanda se presenta únicamente en contra de KARLA VANESSA y EVANNY ALEXANDER SALVATIERRA FARFAN.
  - En los fundamentos de la demanda, la accionante Cornejo Narváez, manifiesta: "[…] ***desde agosto de 2014, hasta junio 2016*** mantuve relación libre y monogamia con el señor RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS […]"[14] (Cursivas y negritas son de este tribunal).
  - Luego de disponer aclaratoria de la demanda, la accionante, manifiesta: "la fecha de unión de hecho con el señor RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS (+) fue el día viernes 1 de agosto de 2014 […]"[15]
  - En la sentencia estimatoria de la acción (que ahora se pretende anular), dictada el 23 de agosto de 2018, se puede leer:
    VISTOS: A fs. 21 a 23 de los autos y con fecha 14/07/2017 comparece la Sra. KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ […] presentando DEMANDA DE DECLARATORIA DE EXISTENCIA DE UNIÓN DE HECHO en forma post-morten con quien fuera su conviviente RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS, fallecido en la Cabecera Cantonal de San Jacinto de Yaguachi el día 19 de junio de 2016 […] sin que hayan legalizado su unión libre; habiendo vivido juntos ***desde antes del 29 de julio de 2014 en que se margina la sentencia de divorcio del conviviente fallecido*** […] no procrearon hijos comunes, ***pero que él si dejó hijos que ella conoce***, de su ex cónyuge, llamados: EVANNY ALEXANDER Y KARLA VANESSA SALVATIERRA FARFAN, mayores de edad […] a quienes demanda conjuntamente como legítimos contradictores […] Señala como pretensión concreta que: en lo principal es su deseo, que en sentencia se declare la existencia de la unión marital de hecho que mantuvo con su conviviente RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS, fallecido a los 49 años de edad, en estado civil divorciado […] Los dos hermanos demandados han comparecido a juicio […] en lo medular se allanan a la demanda; en tanto que el Registro Civil comparece por intermedio de la Coordinadora Zonal 5 con sede en Milagro en representación legal de dicha Institución Pública, como legítima contradictora […] SEGUNDO.- Que no se ha omitido solemnidad sustancial alguna, ni violación de trámite especial que vicie de nulidad el proceso, por lo que se lo declara válido lo actuado conforme el Art. 294 N° 2 del

[13] Sentencia de primera instancia dictada dentro del proceso 09202-2017-01107, de 11 de enero de 2018; folios 140 del cuaderno de primera instancia.
[14] Demanda de declaratoria de unión de hecho presentada por Karla Karen Cornejo Narváez, folios 225 – 227 del cuaderno de primera instancia.
[15] Escrito de aclaración de la demanda, folios 231 del cuaderno de primera instancia.

COGEP […] ha justificado ***el deceso de su conviviente*** RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS, ocurrido en la Cabecera Cantonal de San Jacinto de Yaguachi, Provincia del Guayas, ***el día 19 de junio de 2016*** […] La parte demandada conformada por los dos hermanos carnales EVANNY ALEXANDER Y KARLA VANESSA SALVATIERRA FARFAN, mayores de edad, hijos de un compromiso anterior del difunto, coinciden en manifestar que se allanan a la demanda sin condiciones, y solicitan que se acepte la misma y se declare la existencia de unión de hecho […] [e] l Registro Civil, Identificación y Cedulación, manifiesta que no se opone a la demanda ni tiene nada que objetar […] por lo que en aplicación de lo dispuesto en el Art. 294 N° 4 del COGEP, en concordancia con los Arts. 163 N° 1 y 183 del COGEP, ante el expreso allanamiento de los demandados, se pone fin al proceso, ***siendo innecesario la práctica y producción de más pruebas que el solo allanamiento de la parte accionada***.- Con estos antecedentes, el Abg. MSc. Dionicio Jumbo Quezada, Juez titular de uno de los despachos de la Unidad Judicial especializada en familia, mujer, niñez y adolescencia, del Cantón Milagro, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", RESUELVE: Declarar con lugar la presente demanda y consecuentemente, la existencia de una unión libre, estable y monogámica entre la peticionaria actora Sra. KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ […] con su conviviente Sr. RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS […] de conformidad con lo dispuesto en los incisos 1° de los Arts. 67 y 68 de la Constitución vigente, con los que concuerdan los Arts. 222 al 232 del Código Civil sobre el conviviente sobreviviente; lo que se asimila a las reglas de la conyuge viuda; y por consiguiente se reconoce la formación y existencia de una sociedad de bienes […] Decisión judicial que le da derecho a la actora a percibir la parte proporcional de los bienes que hubiere adquirido con su nombrado ***conviviente desde el 5 de marzo de 2013***, ***luego que se ha inscrito la sentencia de disolución de sociedad conyugal del causante, incluso antes del divorcio***, así como en los valores, beneficios y demás subsidios que genere el causahabiente a raíz de su deceso, en especial como miembro activo de las Fuerzas Armadas del Ecuador, Fuerza Terrestre, en el grado de Sub Oficial Segundo.- Ejecutoriada esta sentencia, Notifíquese mediante OFÍCIO al Delegado Cantonal en Milagro del Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador, por ser el último domicilio del causante e incluso el actual de la actora, para que la inscriba y registre en el libro correspondiente conforme el Art. 10 N° 14 en concordancia con los Arts. 61 y 63 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, debiendo la interesada colaborar para el efecto; luego se le podrá proporcionar las copias certificadas de la sentencia inscrita para fines y efectos legales […][16]

- El 06 de marzo de 2018, se sienta razón de ejecutoria de esa decisión (fs. 283).
- Partidas de nacimiento de VANESSA NICOLE Y DAYANA MICHELLE SALVATIERRA TIUMA, hijas de Ramón Alberto Salvatierra Plúas y Myriam Marlene Tiuma Flores, nacidas el 07 de diciembre de 2006 y 17 de febrero de 2005, respectivamente (fs. 3 y 4, 294 y 295).
- De folios 496, ss. consta un proceso de denuncia por lesiones incoada por Evanny Alexander Salvatierra Farfán, en contra de Myriam Marlene Tiuma Flores. La denunciante, manifiesta que la denunciada, es madre de sus hermanas Vanessa Nicole y Dayanna Michelle Salvatierra Plúas (fs. 507).
- En este proceso, ha comparecido a rendir su versión la señora Karla Cornejo Narváez.
- Existe denuncia, por los mismos hechos, pero alterando las partes, esto es, la denunciante es Myriam Marlene Tiuma Flores en contra de Evanny Alexander Salvatierra Farfán.
- De folios 496, consta denuncia de lesiones presentada por Myriam Marlene Tiuma Flores, presentada en contra de Evanny Alexander Salvatierra Farfán.

[16] Sentencia dictada dentro del juicio 09202-2017-01107, el 23 febrero de 2018, folios 280 del cuaderno de primera instancia.

- Estas actuaciones se han producido en el año 2018.
- Acuerdo 0162031 de concesión del seguro vida del ISSFA a las hijas de la ahora accionante Vanessa Nicole y Dayanna Michelle Salvatierra Plúas y Evanny Alexander Salvatierra Farfán, como herederas de Ramón Alberto Salvaierra Plúas de fecha 29 de septiembre de 2015 (fs. 307).
- Acuerdo 0162025 ISSFA de concesión de pensión inicial de montepío militar a las hijas de la ahora accionante Vanessa Nicole y Dayanna Michelle Salvatierra Plúas y Evanny Alexander Salvatierra Farfán, como herederas de Ramón Alberto Salvaierra Plúas de fecha 29 de septiembre de 2015 (fs. 308).
- Acuerdo 0162034 ISSFA de concesión del seguro de cesantía a las hijas de la ahora accionante Vanessa Nicole y Dayanna Michelle Salvatierra Plúas, Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán, como herederas de Ramón Alberto Salvaierra Plúas de fecha 29 de septiembre de 2015 (fs. 311)
- Marginación de divorcio de Ramón Salvatierra Plúas, de fecha 29 de julio de 2014
- Ramón Salvatierra Plúas, fallece el 19 de junio de 2016 (fs. 74)
- La demanda de nulidad de sentencia se presentó a los pocos días (20 de abril de 2018) de emitida la sentencia y los pocos días de ejecutada (18 de abril de 2018), por lo que, se considera un plazo oportuno, justo y razonable.

d. Razonamiento probatorio y conclusiones

104. Como se puede apreciar, existe un entramado de realidad complejo, puesto que, tanto la señora Myriam Tiuma, como la señora Karla Cornejo, adujeron haber mantenido relación de hecho con el señor Ramón Salvatierra Plúas.

105. Ahora bien, de los medios de prueba que se acaban de relatar, resulta altamente probable que, la señora Karla Cornejo Narváez, (accionante del juicio de unión de hecho), conozca de la existencia de las hijas de quien aduce es su conviviente, con la señora Tiuma Flores, las adolescentes Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Tiuma. Si es que, una persona tiene relación de hecho (estable, monógama, de larga data) y con proyecto de vida común con otra persona, resulta extraño o poco probable que, se desconozca la descendencia de cada uno de ellos.

106. Asociado a esto, no puede perderse de vista que, la señora Tiuma Flores, demandó la unión de hecho, antes que la demanda de unión de hecho planteada por Karla Cornejo Narváez. En aquella demanda, consta con claridad la existencia de sus hijas.

107. Las hijas Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Tiuma, han sido acreedoras junto con sus medias hermanas, de varios derechos de seguridad social (ISSFA) de su extinto padre.

108. Adicionalmente, existe documentación que con claridad demuestra que los demandados de la unión de hecho dentro del juicio 09202-2017-01126 (que ahora se quiere anular), sabían de la existencia de sus hermanas.

109. En este marco, resulta, insistimos, poco o reducidamente probable que, la señora Karla Cornejo Narváez, desconozca de la existencia de las hijas de la persona con quien ella afirma, fue su pareja estable y monógama.

110. Lo expuesto guarda íntima relación con el hecho de que, la demandante, Karla Cornejo Narváez, en el proceso de declaratoria de unión de hecho 09202-2017-01126 ha omitido accionar en contra de las hijas de su *<<cónyuge>>*.

111. Nótese que las demandas en contra de personas fallecidas, deben ser presentadas en contra de los herederos conocidos, *y en contra de los herederos presuntos y desconocidos*, debiendo ser estos citados por la prensa.[17]

112. El control de la correcta conformación de las partes procesales, le compete a la autoridad jurisdiccional; mas, en el presente caso, el juez competente de la causa 09202-2017-01126, no ordena citar a los herederos presuntos y desconocidos de Ramón Salvatierra Plúas.

113. Incluso, de considerar –lo improbable- que la accionante, Cornejo Narváez, desconocía la existencia de las hijas de su pareja estable, se debía demandar a los herederos presuntos y desconocidos de su difunto cónyuge.

114. Y, sin conformarse la parte demandada en forma correcta, se dictó sentencia estimatoria, que ahora se pretende anular.

115. De modo que, desde un punto de vista procedimental, se verifica la causa 3 del artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, por la cual, la sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula, si es que, no se ha citado con la demanda a los demandados.

[17] Ver artículos 58, 68.1 COGEP.

116. Sumado a lo anterior, existen otros aspectos gravísimos que afectan ya no la parte adjetiva del proceso 09202-2017-01126, sino además, la parte sustancial o de fondo, como se pasa a explicar.
117. Como se vio en el acápite anterior, la demandante de la declaratoria de unión de hecho, Karla Cornejo Narváez, en su libelo inicial, afirma que su convivencia con el difunto Salvatierra Plúas, ***se ha dado desde agosto 2014, hasta junio de 2016***. En la aclaración de la demanda, dice que, ***desde 01 de agosto de 2014, hasta junio de 2016***.
118. Los artículos 68 de la Constitución de la República del Ecuador, y 222 del Código Civil, entre otros requisitos para la declaratoria de unión de hecho, exigen que, la relación estable y monogámica, sea de por lo menos dos años.
119. En el caso de la acción de unión de hecho presentada por Cornejo Narváez, desde su demanda, evidencia que esta relación no tiene dos años. En su propio libelo, manifiesta que la relación se dio desde agosto de 2014, hasta junio 2016; es decir un año y diez meses, por tanto, no existen dos años.
120. Para la declaratoria de unión de hecho, los requisitos de esta, son indisponibles para la o el juzgador; a falta de un requisito, debidamente analizado, la acción debe ser desestimada.
121. Mas, en el presente caso, la sentencia de 23 de febrero de 2018, pese a que, ni la demandante alegó tener dos años de convivencia, acepta la acción de declaratoria de unión de hecho.
122. Tan palmario es el error fáctico, y de tal grosería que, en la sentencia de 23 de febrero de 2018; las 12:48, el juzgador no determina el tiempo o la fecha precisa de inicio de la relación de convivencia; lo cual, como se dijo, es requisito trascendental de la relación de pareja estable, pues de esto dependen las consecuencias jurídicas respecto el derecho de familia, estado civil, y de patrimonio.
123. En igual sentido, de defecto grosero y grave, deviene el hecho de que, el juez Dionisio Jumbo Quezada, en la sentencia referida, sin haber determinado la fecha de inicio de la relación de hecho, y que ***según la accionante sería desde agosto de 2014***, sin cumplir dos años de relación hasta julio 2016, decida, que, la señora Cornejo Narváez tiene derecho ***a recibir su cuota patrimonial producto de la relación, desde el año 2013***.
124. Es decir, no solo que no existe requisito *sine qua non* para dar por cierta la relación de hecho; sino que, además, retrotrae la formación de sociedad de bienes, a una fecha no alegada en la demanda ni en la aclaratoria de esta.
125. Como si fuera poco, desvirtúa por completo la naturaleza de la acción de unión de hecho, puesto que, en esta, nada se discute el asunto de bienes sociales, ni su inventario, y menos su partición, tornándose en una decisión extralimitada.
126. Con base en el análisis expuesto, se concluye que, por el fondo, la sentencia de declaratoria de unión de hecho dentro del proceso 09202-2022-01126, es abiertamente contraria a la Constitución y la ley; ya que, se estima la demanda sin cumplir los requisitos básicos y elementales de procedencia y formación de una relación estable de pareja. Y, además, se ha ordenado algo que no se solicitó; diciéndose un hecho que no sucedió en ese tiempo.
127. Finalmente, no es menos importante manifestar que, otro fundamento para admitir la demanda de unión de hecho, es que, los únicos herederos que comparecieron a juicio, se allanaron a la demanda.
128. Sobre el allanamiento ineficaz, el artículo 242 del Código Orgánico General de Procesos, prevé:

> Art. 242.- Ineficacia del allanamiento. El allanamiento será ineficaz:
>
> 1. Cuando la o el demandado sea incapaz, excepto cuando se trate del allanamiento de personas jurídicas.
> 2. ***Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.***
> 3. ***Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de la declaración de parte.***
> 4. ***Cuando la sentencia deba producir efecto de cosa juzgada con respecto a terceros.***

129. El juez de la causa, previo admitir el allanamiento, debió cerciorarse que este no contravenga la disposición legal que se acaba de citar.
130. En el presente caso, se trata de un derecho de protección familia, y de estado civil, por tanto, es indisponible para terceros.
131. Luego, los presupuestos de procedencia de la acción de declaratoria de unión de hecho, como temporalidad, convivencia común, auxilio mutuo, aptitud legal, son de necesaria demostración probatoria, por tanto, mal podía el allanamiento suplir esas exigencias o estándares de prueba.
132. Finalmente, como consecuencia de no haber citado con la demanda a la parte demandada en forma correcta, la sentencia produce efectos contra terceros; en consecuencia, tampoco procedía el allanamiento.

133. Como corolario, el allanamiento prestado por los únicos herederos demandados en el juicio de declaratoria de unión de hecho 09202-2017-01126, era absolutamente ineficaz, pues incurre en las causas 2, 3, 4 del Código adjetivo.
134. Como se puede ver, y con el análisis expuesto, se evidencia que la sentencia emitida dentro de la causa 09202-2017-01126, es palmariamente contraria a la Constitución y la ley, ya desde el procedimiento hasta los requisitos de procedencia de fondo.
135. Son de tal envergadura los errores que provocan las partes, como los actos del juez, que con sus actuaciones y omisiones termina por validar un proceso defectuoso, inconstitucional e ilegal. La decisión emitida en una causa así sustanciada y resuelta, raya en lo injusto, y con esto, se evidencia el fraude procesal.
136. No citar con la demanda a quienes se conoce y que eran los legítimos contradictores, dictar decisión sin cumplir los requisitos de procedencia, aceptar un allanamiento ineficaz y dictar una orden extralimitada ajena al objeto y naturaleza del litigio, evidencia la mala fe y deslealtad procesal, el abuso de la ley, usar esta para el injusto antes que para los valores y pretensiones constitucionales.
137. La obtención de una sentencia así pronunciada, evidencia una situación fraudulenta que la administración de justicia no puede ratificar ni avalar bajo el simple argumento de que, la sentencia de declaratoria de unión de hecho ya se inscribió.
138. La interpretación de las disposiciones jurídicas no puede ser aislada, literal y ciega a los hechos y las circunstancias de cada caso concreto.
139. De ser así, bajo la única lectura del artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, se ratificaría la decisión ahora revisada; mas, desde una interpretación y lectura integral de las disposiciones jurídicas, y en el intento de cumplir con el objetivo del procedimiento como medio; este tribunal considera que, la decisión de 23 de febrero de 2018, es producto de una actuación fraudulenta y en franca contravención y abuso de la ley y la constitución.
140. Es tan burda e injusta la decisión de declaratoria de unión de hecho emitida dentro del proceso 09202-2017-01126, que cabe la aplicación del artículo 99 del Código Civil, por la cual, la celebración del matrimonio, puede ser anulado hasta dos años después de su celebración, o desde que se tuvo conocimiento de la causa que lo vicia.
141. En el marco de lo expuesto, se determina que, el ad quem, en efecto, omitió valorar en forma conjunta y total los medios probatorios actuados en la causa. Como se explicó, si bien este defecto, sería razonable pues la decisión de alzada fue de puro derecho; no es menos cierto que, existen elementos de peso que obligaban al ad quem realizar un ejercicio interpretativo, analítico y de apreciación de mayor profundidad, pues como se acaba de demostrar, la decisión pretendida anular, adolece de cosa juzgada fraudulenta.
142. De manera que, se verifica la infracción del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, y como consecuencia, han resultado infringidas las disposiciones de los artículos 58 ibídem, 222 del Código Civil y 68 de la Constitución de la República del Ecuador.

VI. DECISIÓN EN SENTENCIA

143. *Por las consideraciones que se acaban de exponer, este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia,* ***"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",*** *casa la resolución que fuera dictada por la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 11 de diciembre de 2019; las 11:55.*
144. *En su lugar, se declara la nulidad de la sentencia dictada el 23 de febrero de 2018; las 12:48, dentro del proceso de declaratoria de unión de hecho n. ° 09202-2017-01107, emitida por el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia de Milagro, provincia del Guayas, por haber sido emitida como producto de fraude a la ley.*
145. *En consecuencia, esa decisión judicial no podrá surtir efecto alguno. Los efectos que se hayan alcanzado, serán nulos.* ***NOTIFÍQUESE.***

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ,
ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 17204-2018-03644

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Roberto Guzmán Castañeda**

ACCIÓN
DERECHO DE ALIMENTOS

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En la presente sentencia, el tribunal de casación resolvió aceptar el recurso interpuesto en contra de la resolución de última instancia, debido a que, conforme el Código de la Niñez y Adolescencia, el derecho de pensión alimenticia se debe a toda persona de cualquier edad, que se encuentre en una situación de discapacidad.

Para adoptar la decisión, el tribunal realizó un análisis amplio y profundo respecto la discapacidad, sus teorías, y su comprensión, en relación con el ordenamiento jurídico, Convención de los derechos de personas con discapacidad, Constitución de la República, Ley Orgánica de Discapacidades, así como las regulaciones propias del derecho de alimentos previsto en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Sobre esa base y en relación con un análisis doctrinario sobre la concepción, significado e implicancia de una discapacidad psicosocial en la vida de una mujer adulta, el tribunal decidió casar el auto resolutorio que declaró extinguido el derecho a recibir una pensión alimenticia.

Quito, viernes, 30 de junio de 2023, las 15:13

I. ANTECEDENTES PROCESALES

a. Relación de la causa y decisiones de instancia

1. El tribunal de la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores conformado por los jueces nacionales (e) Adrián Rojas Calle, David Isaías Jacho Chicaiza, y Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, dentro de la causa 17204-20218-03644, dicta la siguiente sentencia de casación.

2. La señora Ana Elisa Ponce Donoso, ha comparecido ante la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, y Adolescencia de la parroquia Iñaquito, Quito, planteando demanda de alimentos en contra de su madre, la señora Mónica Adriana Donoso Coronel.

3. A la fecha de presentación de la demanda, 20 de agosto de 2018, la accionante, contaba con 27 años de edad.

4. En la contestación a la demanda, la señora Donoso Coronel, alega, en lo principal, nulidad de lo actuado y negativa de los fundamentos de la demanda. Como argumentos de respaldo, sostiene que su hija no es menor de edad, y que "finge ser discapacitada". En todo caso, de tener alguna "discapacidad mental" o psicosocial; en opinión de la accionada, su contendora ha debido comparecer a través de tutor o curador debido a su "incapacidad legal".

5. Sustanciada la causa conforme el trámite sumario (artículo 322 numeral 3 COGEP), y tras sendas declaratorias de nulidad –en primera y segunda instancia-, se dicta resolución escrita el 17 de agosto de 2020; las 11:55, declarando con lugar la demanda de alimentos.

6. El juez primigenio, acepta la demanda, en virtud de la discapacidad psicosocial del 55% de la actora. Aplicando la tabla de pensiones vigentes al 2020, ordena el pago de una pensión mensual por concepto de alimentos, la cantidad de USD $ 1056.76 (mil cincuenta y seis dólares con setenta y seis centavos).

7. Recurrida esa decisión, previo resolver, la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, ordena de oficio, prueba para mejor resolver; a saber, informe psicosocial de la accionante, señora Ana Elisa Ponce Donoso.

8. El tribunal de apelación, dicta decisión escrita el 04 de junio de 2021; las 10:30, y en voto de mayoría, revoca la decisión de primera instancia, y declara sin lugar la demanda. No obstante concluir que la señora Ana Elia Ponce Donoso, "ha sido diagnosticada por trastorno Bipolar y además sufre de crisis epilépticas […] que experimenta grandes cargas de ansiedad que serían detonantes de sus crisis convulsivas", rechaza la acción.

9. Entre las razones para desestimar la demanda, se destacan:

i. Que el carné de discapacidad de la accionante se encontraría caducado. "[Q]ue una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial; puede tener con tratamiento mejoría o a la inversa agravarse; de allí que la duración de un carné de discapacitado tiene un período de duración" (sic)

ii. Que en virtud que la señora Ponce Donoso, ha decidido vivir sin su madre –junto con su hermana-; entonces, es suficientemente independiente para subsistir por sí misma, "sin intervención de terceros". Que la decisión de independizarse, se la toma cuando "puede desarrollarse económica y socialmente, que tiene seguridad en lo que va emprender en el futuro…"

iii. Que la accionante ha admitido que ha decidido no buscar ayuda psicológica para enfrentar la ansiedad o sus temores. Asimismo que no tiene un plan para rehacer su vida laboral.

iv. "En suma su actitud personal para enfrentar los retos de la vida, hacen que tenga que buscar apoyo en terceras personas como su madre; cuando bien ha venido realizando actividades que le han permitido hacerse de ingresos para sufragar sus gastos personales con su propio esfuerzo y dedicación, sin necesidad de apoyo en otras personas"

b. Actos de sustanciación del recurso

10. Una vez notificada esa decisión, la parte accionante. Ana Elisa Ponce Donoso, en escrito de 16 de julio de 2021, interpone recurso extraordinario de casación del fallo de última instancia.

11. La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 15 de septiembre de 2021; mientras que mediante auto de 01 de octubre de 2021; las 09:40, la conjueza competente del estudio del recurso, Rita Bravo Quijano, ordena –que en el término de cinco días-, aclarar y completar la demanda.
12. Una vez cumplido, la conjueza, emite auto de 11 de febrero de 2022, admitiendo, en forma parcial el recurso de casación.
13. Así, mediante sorteo efectuado el 13 de abril de 2022, la causa accede al tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, Wilman Gabriel Terán Carrillo y David Isaías Jacho Chicaiza.
14. Por renuncia del doctor Wilman Terán Carrillo, actúa el juez nacional (e) Adrián Rojas Calle, mediante acción de personal 247-UATH-2023-JV, de 13 de marzo de 2023, en la que se le encarga el despacho de aquel.
15. En auto de 11 de abril de 2023, se convocó a audiencia de argumentación y contradicción del recurso extraordinario de casación, para el día 08 de mayo de 2023, a las 10:00.
16. El juez ponente de la causa, sufrió un accidente en fecha 06 de mayo de 2023, por lo que, mediante oficio 16-2023-CNJ-SFNAA-SCM-RG, de 08 de mayo de 2023, solicitó licencia por enfermedad, la que fue concedida hasta el 05 de junio de 2023.
17. En providencia de 19 de mayo de 2023, se señaló audiencia para el 12 de junio de 2023.
18. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la audiencia de casación, en la que se dictó resolución oral, casando la providencia de última instancia.
19. Por cuanto corresponde emitir la decisión por escrito y debidamente motivada, este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emite las siguientes consideraciones.

c. Cargos admitidos en contra de la decisión de apelación

20. El recurso extraordinario de casación interpuesto –por escrito- por la accionante, señora Ana Elisa Ponce Donoso, *ha sido admitido a trámite en forma parcial, por la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos*.
21. Por la única causal admitida, –violación indirecta de disposiciones de carácter sustantivo y/o precedentes jurisprudenciales-, la casacionista acusa infracción, por falta de aplicación, de los artículos 162 (hechos que no requieren prueba), 193 (prueba documental) y 208 (alcance probatorio del instrumento público) del Código Orgánico General Procesos, lo que ha provocado la infracción de los artículos innumerados 1 y 2 del Código de la Niñez y Adolescencia (derecho de alimentos).

II. COMPETENCIA

22. Este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto en virtud de la Resolución n.° 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.
23. Con base en esa resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, han sido debidamente encargados para ejercer esas funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 114-P-CNJ-2021 y 112-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente.
24. El juez nacional (e) Adrián Rojas Calle, actúa por consecuencia de la acción de personal 247-UATH-2023-JV, de 13 de marzo de 2023, en la que se le encarga el despacho del doctor Wilman Terán Carrillo, quien asumiera funciones de vocal del Consejo de la Judicatura.
25. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183 numeral 6, 184 y 189 numeral 1 Código Orgánico de la Función Judicial.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

26. En el día y hora señalados para la audiencia de fundamentación del recurso, el juez nacional (e) Roberto Guzmán Castañeda que presidió la diligencia como ponente, solicitó verificar la comparecencia de las partes.

27. Por secretaría, se informó de la comparecencia presencial de la accionante Ana Elisa Ponce Donoso, recurrente en casación, junto con su defensa, abogado Fernando Gándara Armendaris. Asimismo, *in situ*, se constató la comparecencia de la defensa de la accionada, abogado, Pablo Muñoz Baquero.

28. La señora Mónica Adriana Donoso Coronel, demandada, compareció vía telemática.

29. En representación del CONADIS, comparecieron en forma presencial, los abogados Diego Palacios, como Secretario Técnico subrogante, y el abogado Winston Bolaños, en calidad de Director Jurídico.

a. Fundamentos del recurso extraordinario de casación: parte accionante

30. Luego de consignar los datos formales del recurso de casación, tales como, número de causa, naturaleza y objeto de la controversia, resolución de la que se recurre, tribunal emisor…, la defensa de la accionante, fundamenta su acusación casacional, conforme los argumentos que se exponen a continuación.

31. Como antecedente, relata que la actora dio inició a la causa, debido a la necesidad de alimentos por la situación de discapacidad que atraviesa.

32. Asevera que la Corte Provincial, revocó la decisión –del inferior- que ordenó el pago de alimentos, debido a que el carné de discapacidad presentado, habría caducado. Afirma la casacionista que el *ad quem*. resolvió rechazar la demanda argumentando básicamente, que no había probado la condición de discapacidad.

33. Cita el inciso primero del artículo 162 del Código Orgánico General de Procesos, por el cual, deben probarse los hechos alegados por las partes, excepto aquellos que no lo requieran. En su opinión, al haber presentado el carné de discapacidad, acreditó ya discapacidad psicosocial grave del 55%.

34. Por lo que, considera que no se hacía necesario probar la discapacidad.

35. En su concepto, el carné de discapacidad, ha sido emitido por una institución pública, Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), por tanto, se trata de un documento público, que hace plena fe en juicio. Con base en esta prueba, no podía negarse su situación de discapacidad (artículos 193, 207, 208 COGEP).

36. Insiste en que, el *ad quem*, no debía restarle valor probatorio al documento público del CONADIS que certifica su discapacidad.

37. En este contexto, *asegura que la conclusión del ad quem, acerca que no ha demostrado su discapacidad, resulta arbitraria*.

38. De otro lado, respecto el informe pericial, solicitado de oficio por el tribunal de apelación, estima la casacionista, que debió ser excluido del objeto de prueba, toda vez que no fue sustentado en audiencia –por los peritos-, sin posibilidad de contradicción, lo que, deviene en violación del debido proceso y derecho a la defensa (artículos 165 COGEP, 76 numeral 7 literal b CRE).

39. En adición, señala que el tribunal de última instancia, debió convocar a audiencia para que la accionante, tenga la posibilidad de impugnar a los expertos que suscribieron el informe pericial, licenciada Narciza Armas, y psicólogo Byron Ramos. Que la obligación de convocar a audiencia para sustentar los informes periciales, se halla descrita en el artículo 222 de la codificación procesal, *máxime*, si se trata de prueba promovida de oficio por el juzgador, y sobre la cual se basa su decisión.

40. Sostiene que si no se ha cumplido con esa exigencia legal, entonces, el informe pericial de la Unidad Técnica, ha debido ser descartado del objeto de prueba.

41. Asimismo, señala que en el acápite tercero de la decisión bajo reproche, el tribunal de alzada –en voto de mayoría-, emite razonamientos impertinentes, como por ejemplo, que el juez *a quo*, no ha basado su decisión en un informe psicológico y/o social, como si este fuera capaz de invalidar o descartar el valor del carné del CONADIS, como documento habilitante para demandar alimentos por discapacidad. En este sentido, se pregunta la casacionista, si los profesionales de la oficina técnica de la Unidad Judicial de Familia, son quienes califican y determinan la discapacidad de una

persona, por encima de la institución competente definida en la Ley Orgánica de Discapacidades.

42. Finalmente, afirma que como consecuencia de la vulneración de los preceptos de valoración probatoria que acusa como infringidos, se le ha privado del derecho de alimentos conforme prevé el Código de la Niñez y Adolescencia para personas de cualquier edad que se encuentren en situación de discapacidad.

b. Contradicción al recurso: parte accionada

43. La defensa de la demandada, en resumen, afirma que la discapacidad de quien pretende alimentos, no está en duda; sino que, el dilema se presenta al momento de demostrar que la condición de discapacidad, le impida procurarse medios de subsistencia.

44. De otro lado, sostiene que el argumento o acusaciones traídas a casación, no son acordes con la técnica de la causal 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

45. En su opinión, la defensa, si es que acusó indebida aplicación, debió demostrar esto, y señalar qué norma correspondía en desmedro de la indebida aplicación. Asimismo, sobre la errónea interpretación acusada, se debió decir de qué forma se ha malinterpretado el texto de la ley, y luego, expresar cuál debió ser la forma adecuada de interpretación de la disposición acusada como infringida.

46. Que la recurrente no ha demostrado la trascendencia de las acusaciones. Que el recurso se basa en consideraciones subjetivas.

47. En la resolución recurrida dice, no se encuentra en duda la discapacidad, sino, la ausencia de elementos de prueba que permitan conocer el impedimento para llevar una "vida normal".

c. Réplica de la parte casacionista

48. El abogado de la actora y casacionista, señala que la decisión de última instancia que negó el derecho de alimentos, se basó en dos puntos: **(1)** informe pericial actuado de oficio; y, **(2)** caducidad del carné de discapacidad.

49. Por lo que, sus argumentos en casación, se han dirigido a desvanecer esas premisas.

50. Afirma que la situación de discapacidad psicosocial grave, de la actora, es evidente e innegable. Que sus crisis le impiden conseguir un trabajo; y que, en el mejor de los casos, de obtener una plaza laboral, es muy difícil mantenerla por la inestabilidad en que se encuentra su defendida.

51. Indica que la señora Ana Elisa Ponce Donoso, ha hecho varios intentos y esfuerzos para superar la condición de discapacidad psicosocial; mas, no ha logrado hacerlo. Insiste en el hecho de que, se le hace muy difícil mantenerse por sus propios medios.

52. Adicionalmente, señala que los alimentos demandados, están dirigidos a satisfacer no solo las necesidades de la accionante, sino de su hermana, quien también se encuentra en una situación muy similar.

d. Intervención de la señora Ana Elisa Ponce Donoso

53. La accionante manifiesta que se ha sometido a varios tratamientos y que ha sido internada en centros psiquiátricos por varias ocasiones. Afirma que incluso como parte de esos tratamientos ha recibido electroshocks.

54. Manifiesta además, que dos meses atrás estuvo internada en un centro psiquiátrico.

55. Finalmente, solicita al tribunal que le "ayuden"; y, afirma "Mi discapacidad sí tiene valor".

e. Intervención de los funcionarios del CONADIS

56. El secretario técnico (e) del CONADIS, manifiesta al tribunal que desde el 2013, la entidad con competencia para la calificación, re calificación y certificación del tipo y grado de discapacidad, es el Ministerio de Salud Pública.

57. El segundo funcionario, director jurídico, además de lo manifestado por su colega, insiste en que, de necesitar una recalificación, se debería hacer ante el departamento del Ministerio de Salud Público que corresponde.

58. Que la recalificación aclara, solo puede ser solicitada por la propia persona en situación de discapacidad.

59. Adicionalmente, manifiesta que el documento habilitante para acceder a los derechos de las personas con discapacidad, es la cédula de ciudadanía; mas, por algunos problemas de coordinación institucional, este sistema aún no funciona en su totalidad.

60. Agrega finalmente, que la discapacidad de tipo psicosocial es muy compleja y de tipo degenerativa. Insiste en que, el cuadro, por lo general, siempre tiene a empeorar.

IV. CUESTIONES PREVIAS

61. Previo resolver, corresponde manifestar que, este tribunal de casación, conocerá el fondo del asunto, en virtud de que, el auto impugnado, es de aquellos que pone fin al proceso, y además, se ha dictado dentro de un juicio de conocimiento.

62. Si bien la locución *proceso de conocimiento,* no ha sido definida por el legislador, la doctrina señala que pertenecen a esta categoría *"[l]os procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva […]"* que *"[…] tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluye, por lo tanto, el grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el derecho, es decir, el Juez es quien ius dicit. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos […]"*[1]

63. Por su parte, Lino Enrique Palacio, distingue el proceso de conocimiento, de declaración o cognición, como "[…] *aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes […]."*

64. Por lo que, conforme el artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, se pasa a conocer el fondo de la cuestión planteada en casación.

V. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

65. Visto el debate casacional: argumentos de reproche de la decisión de última instancia y los de defensa de esta; el tribunal de censura, desprende la siguiente problemática:

- ¿El tribunal de apelación –en voto de mayoría-, vulnera disposiciones de valoración probatoria, acerca de la situación de discapacidad de la accionante, y con esto, ha impedido el acceso al derecho de alimentos para una persona con discapacidad (artículos innumerados 1 y 2 del Código de la Niñez)?

VI. RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL PROBLEMA JURÍDICO

66. Para resolver el problema jurídico planteado, se considerarán varios aspectos trascendentes para el abordaje jurídico del caso bajo estudio.

67. Así, por tratarse de un proceso judicial sobre el que gira la alegación y probanza de una situación de vulnerabilidad -discapacidad- y, que por tanto por mandato constitucional requiere de prioritaria atención conforme el artículo 35 de la Constitución de la República; este tribunal, analizará la implicancia y contenido de la discapacidad, como condición humana en relación con la doctrina y reglas jurídicas sobre este asunto; para concluir sobre el dilema *per se*, esto es, si en la decisión de mayoría bajo reproche, se afecta el derecho de alimentos de una persona en situación de discapacidad como efecto de la vulneración de disposiciones de apreciación probatoria.

a. Sobre los distintos modelos y/o concepciones sobre la discapacidad

68. Teniendo en cuenta que la discusión neurálgica del recurso versa sobre una persona en situación de discapacidad o diversidad funcional, y su derecho a recibir una pensión alimenticia, este tribunal considera imprescindible realizar algunas precisiones respecto a los diferentes tratos y percepciones sociológicas que se le han dado históricamente al tema discapacidad, y cuyas miradas, han servido de base para la estructuración política y jurídica de los Estados, estructura que tiene implicancia directa en los derechos de este grupo poblacional.

[1] Hernando Devis Echandía, ***Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I,*** 13a. edición, 1994, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, p. 166.

69. Se puede decir que la discapacidad ha sido tratada bajo cuatro modelos históricos, el de prescindencia, el de marginación, el médico, y el social.

i. El primer modelo de la prescindencia, se caracteriza porque las personas con discapacidad son excluidas de los demás miembros de la sociedad quienes son considerados como normales. En este sentido, la normalidad califica las condiciones de la discapacidad como catastróficas y poco utilitarias para los estándares de sociales, por ello la exclusión.

ii. Un segundo modelo, denominado, de la marginación, que justifica un modelo de marginación, discriminación y jerarquización entre los miembros de la sociedad normal y los discapacitados, quienes por su condición, deben ser segregados de las estructuras sociales.

iii. El tercer modelo, el médico o rehabilitador, considera a la discapacidad como una enfermedad que merecer ser curada o rehabilitada a través de la intervención médica, paso previo, para la reinserción social. "A la luz de este modelo, la discapacidad se encuentra medicalizada; es decir, que es percibida estrictamente desde el discurso funcionalista y biologista, de ahí que las políticas adoptadas se dirijan a curar la enfermedad"[2].

iv. Por estas razones, surge el modelo social de la discapacidad, por el cual se trastocan las concepciones anteriores e inicia la idea de que la discapacidad no es un asunto que se derive exclusivamente de las particularidades físicas o intelectuales del individuo, sino que también tiene un importante concurso en la misma, las barreras que impone el entorno, las cuales impiden que la persona con discapacidad pueda ejecutar un plan de vida conforme su autodeterminación.[3]

[L]a discapacidad no es una condición intrínseca de tales individuos, sino el resultado de un modelo excluyente de sociedad en el que todas las estructuras e instituciones son diseñadas bajo un parámetro de normalidad que invisibiliza a los sujetos que no se adecúan a los estándares dominantes, y que, de manera indirecta, crean distintos tipos de barreras para el goce de los derechos de estas otras personas.[4]

70. Cada modelo se corresponde con un tipo de lenguaje y una terminología, así en los tres primeros modelos en que la sociedad está segregada entre normales/anormales o sanos/enfermos, la persona es denominada como "minusválido" o "discapacitado"; en el modelo médico como "lisiado" "tullido" o "enfermo"; en el modelo social, como personas en situación de discapacidad.

71. El avance hacia el término persona en situación de discapacidad, radica en que con anterioridad, el único parámetro que servía para "nominar" a la persona, era su diferencia física; es decir, que para la sociedad, la discapacidad es lo único que caracteriza a la persona, olvidando otros aspectos de su personalidad, virtudes y/o falencias; de ahí que el siguiente paso fuera reconocer la calidad de persona y continuar con el nominal "con discapacidad", en el que ya existe un prefijo que visualiza a una persona primero, pero que la continua caracterizando en exclusivo por su discapacidad.

72. El modelo social de la discapacidad se corresponde con la terminología "situación de discapacidad" en el que se reconoce que la construcción estandarizada y homogénea de la sociedad en asuntos de índole estructural (construcción y planificación de ciudades), social, político, económico, etc., es la principal causa que produce la discapacidad.

73. Entender el proceso terminológico no se trata de un simple análisis de talante semántico; sino sustancial, el lenguaje entraña y reproduce las diferentes posiciones sociales, jurídicas y las concepciones filosóficas respecto de una problemática.

74. Uno de los primeros instrumentos internacionales de importancia para los derechos humanos para el grupo poblacional del que tratamos, es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que tiene como propósito "promover, proteger y asegurar el goce

[2] Bernardo Vázquez Rodas, *"La discapacidad como imaginario" en Constitucionalismo y Nuevos Saberes Jurídicos*, Claudia Storini, editora, Corporación Editora Nacional, Quito, 2017, p. 51

[3] Sobre los diferentes modelos de tratamiento de la discapacidad, pueden consultarse la obra, Superar las Barreras de la discapacidad, Len Barton, compilador, Madrid, Ediciones Morata, 2008; El modelo social de discapacidad, Agustina Palacios. En jurisprudencia internacional existen varios fallos importantes de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458-15, T-573-16, C-035-15, entre otros.

[4] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458-15.

pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente".[5]

75. Este tratado internacional contempla varios principios rectores: dignidad, autonomía, independencia, respeto por la diferencia como parte de la diversidad y condición humana; no discriminación e igualdad de oportunidades,[6] como presupuestos para lograr la satisfacción de los derechos humanos previstos para todas las personas. Es decir, que el objeto de la Convención no es la creación de derechos específicos, sino la generalización de los derechos humanos ya establecidos para todas las personas:

> [E]l objeto de la Convención no sería crear nuevos derechos, sino garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio en igualdad de condiciones, de los derechos ya reconocidos a todas las personas. De este modo, se repitió varias veces durante el proceso de elaboración de la Convención, que su objeto no era crear nuevos derechos, sino adaptar los ya existentes, al contexto de la discapacidad.[7]

76. Para este cometido, el concepto de accesibilidad cobra vital importancia; así el artículo 9 de la Convención, dispone:

> A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso (…)

77. Ya dentro del orden jurídico interno, la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Discapacidades, en sintonía con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en gran parte de sus textos normativos tiene implícito el modelo social de la discapacidad.

78. Así, por un lado, teniendo en cuenta la opresión y segregación sufridas por las personas en situación de discapacidad, se las incluye como un grupo vulnerable y de atención prioritaria en cuyo favor se han establecido políticas de acción afirmativa con el propósito de crear espacios de participación de los que antes se encontraban excluidas; y por otro lado, el orden jurídico establece unos principios que fomentan la autodeterminación y que están en procura de alcanzar un nivel de autonomía que permita desarrollar un proyecto de vida; así como fomentar el efectivo goce de los derechos constitucionales.

79. El nuevo paradigma constitucional adoptado por el Ecuador, dentro de la parte material, se caracteriza por incluir a aquellas personas, grupos de personas o colectivos, que históricamente han sido desplazados e invisibilizados en la sociedad ecuatoriana, y que producto de sus luchas por alcanzar espacios sociales e igualdad material, han conseguido implementar una estructura constitucional que ha plasmado la pluralidad de la sociedad ecuatoriana, pluralidad que es condición de validez de todo acuerdo social.

80. En este contexto, la Carta Fundamental, contiene una sección que trata sobre las personas en situación de discapacidad, y establece la garantía de que el Estado, procure la equiparación de oportunidades e integración social de este grupo poblacional, reconociendo -entre otros- el derecho a: una atención especializada, rehabilitación integral, rebajas en servicios y a exenciones tributarias, vivienda adecuada, educación especializada y desarrollo de potencialidades (artículo 47); asimismo el Constituyente, ha establecido algunas medidas que debe adoptar el Estado a favor de las personas en circunstancias de discapacidad, para alcanzar su inclusión social, mediante planes y programas públicos o privados, que fomenten la participación política, social, cultural, educativa y económica. (artículo 48 numeral 1).

81. En el campo de las normas de rango legal, la Ley Orgánica de Discapacidades, establece la obligación estatal de implementar medidas de acción afirmativa en el diseño y ejecución de políticas públicas para eliminar las condiciones de desigualdad en que se encontraren las personas en situación de discapacidad, para cuyo efecto se tendrá en cuenta la situación real y las

[5] Art. 1.1. de la Convención que fuera aprobada en la sede las Naciones Unidas en Nueva York, el 13 de diciembre de2006.
[6] Art. 3 incisos a), b), c), d).
[7] Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad, Madrid*, Ediciones Cinca, 2008, p. 270.

condiciones humanas de vulnerabilidad en que esté la persona, para garantizar el ejercicio de los derechos propios de su caso particular (artículo 17); asimismo, se establece la inclusión social al instaurarse la obligación de contar con un número determinado de empleados en situación de discapacidad, tanto en el sector público como privado (artículo 47), garantizándoles estabilidad especial (artículo 51); se reconoce además, la prioridad en el ejercicio de los derechos y el acceso a la salud, educación, recreación, capacitación, turismo accesible (artículos 19-44).

82. En igual sentido –en cuanto a inclusión laboral- la Ley Orgánica de Servicio Público, prevé que las Instituciones con determinado número de trabajadores, están en la obligación de emplear a un porcentaje de trabajadores con discapacidad;[8] y en caso, de tener una *discapacidad severa*, estando bajo el cuidado de una persona de su núcleo familiar, ésta última podría acceder al cargo en la administración pública. Con el propósito de alcanzar igualdad de condiciones de acceso al trabajo, las instituciones tomarán medidas de acción afirmativa (artículos 64-65).

83. En la misma lógica, retomando la Constitución, se reconoce el derecho al trabajo permitiendo la incorporación de personas en situación de discapacidad en entidades públicas y privadas tendientes a fomentar sus capacidades y potencialidades (artículo 47 numeral 5); además prevé la obligatoriedad de adoptar medidas que aseguren en caso de *discapacidad severa y profunda*, programas especializados de atención prioritaria a fin de procurar un mayor grado de autonomía e independencia (artículo 48 numeral 5).

84. Tras lo expuesto, se puede manifestar que, el concepto o la concepción de discapacidad, es un asunto complejo y en construcción; no definido, no delimitado, ni mucho menos.

85. De ahí que, dentro del desarrollo y evolución del concepto y comprensión de la discapacidad, surge el término o concepción de *<<diversidad funcional>>* como un paradigma que subvierte la terminología excluyente y discriminatoria que se ha detallado *supra*. Dentro de este término, se indaga en un nuevo modelo acerca de la diversidad funcional; modelo que relaciona el derecho con la bioética.[9]

86. *Grosso modo*, el término diversidad funcional, ha sido acuñado, entre otras razones, **(i)** como un término neutro, desprovisto de exclusión o discrimen; **(ii)** teniendo como idea fundante, el hecho de que, todas las personas tienen funciones físicas y psicológicas diferentes o, dicho de otro modo, cada persona experimenta el mundo, de forma diversa.

> El término diversidad funcional, se ajusta a una realidad en la que una persona, funciona de manera diferente o diversa de la mayoría de la sociedad, considerando la diferencia de la persona y la falta de respeto de las mayorías, que en sus procesos constructivos sociales y de entorno, no tiene en cuenta esa diversidad funcional.
>
> […] La diversidad funcional en una persona, es la dificultad para desempeñar papeles y actividades socialmente aceptadas, habituales para las personas de similar edad y condición cultural; en este sentido, no es únicamente un concepto médico sino más bien social. De tal manera, que el concepto de diversidad funcional no es inherente a la persona, no estando determinado exclusivamente por factores biomédicos. El etiquetado de la diversidad funcional como fenómeno médico, ignora la complejidad de factores que conducen a una limitación para desarrollar actividades sociales.[10]

87. Como síntesis de lo anterior, se puede decir que por el modelo social de la discapacidad, se entiende al impedimento, como un constructo social o barreras estructurales, políticas y actitudinales creadas por la sociedad; es decir, la discapacidad no es sinónimo de impedimento, sino que este, viene en forma exógena desde la sociedad y no es intrínseca a la persona.

88. Existen ciertas críticas a este modelo, en el sentido de que, si bien es cierto ha servido para

[8] La LOSEP, tratándose además de la inclusión laboral a que nos referimos, establece el criterio de interculturalidad para el acceso al trabajo y, es extensiva la inclusión laboral a otros grupos de personas que merecen atención prioritaria, señalando a personas con enfermedades catastróficas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

[9] Vanesa Morente Parra, ***"Agustina Palacios y Javier Romañach, el modelo de la diversidad. La Bioètica y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional",*** Diversitás Ediciones, Madrid, 2006, disponible en https://www.dykinson.com/cart/download/articulos/3949/

[10] Marianela Rodríguez, María Dolores Couto, et. al., "***Contexto histórico de la diversidad funcional: modelos y paradigmas",*** Revista Odous, Volumen 14 n. º 1, Enero – junio 2013, disponible en http://servicio.bc.uc.edu.ve/odontologia/revista/vol14-n1/art06.pdf

repensar los modelos anteriores (de prescindencia y médico rehabilitador), y con esto, evidenciar la creación de ciudades y sociedades hegemónicas y homogéneas; no es menos cierto, que ha olvidado al cuerpo por sí mismo como forma de experimentar el mundo.

89. Asimismo, el modelo de la diversidad como crítica y avance respecto del modelo social, busca repensar la idea y concepto de dignidad humana tradicional. El fundamento de la dignidad radica en dos puntos de vista, entenderla como intrínseca a la existencia de cada ser humano como tal; y, como forma de igualdad en tanto el ejercicio y goce (titularidad y ejercicio) de todos los derechos para todas las personas, con base en el igual valor de todos los seres humanos.

90. Asimismo, el modelo de la diversidad, pone en duda o cuestiona, aquella idea única y universal de dignidad basada en la razón; o en una razón única: así como invita a repensar las cualidades tradiciones de la dignidad en tanto "capacidad" o "autonomía".

91. En el marco de la diversidad, la concepción aceptable de autonomía para las personas con diversidad funcional, sería que, todas las decisiones sobre su vida, sean por ellas conocidas, reflexionadas, y adoptadas; o sea, dignidad en tanto capacidad de autodeterminarse y/o autodefinirse; y no autonomía-dignidad en, tanto capacidad física o fisiológica.

> Si bien la mentalidad heredada del humanismo renacentista y de la Ilustración puede justificar fallos en el cuerpo, los fallos en la racionalidad impiden reconocer la igual dignidad de quienes los presentan. La condición biológica aproxima a los seres humanos y a los animales, mientras la razón es precisamente el rasgo distintivo de la especie. Los movimientos de defensa de los derechos humanos que han hecho frente a las distintas exclusiones derivadas del modelo han esgrimido como bandera que los seres humanos excluidos eran capaces de demostrar que comparten la condición humana así entendida […]
>
> En contraposición, la concepción contemporánea de los derechos incorpora una concepción abierta e inclusiva de la dignidad humana que implica la contextualización de la existencia y, con ella, la relevancia del cuerpo, de la vulnerabilidad y de la dependencia como rasgos de la humanidad relevantes para la conceptualización de los derechos […][11]

b. Sobre la discapacidad psicosocial

92. La discapacidad psicosocial, se trata de

> [L]a alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás[12]

93. La discapacidad psicosocial, puede ser concebida en forma integral, como una relación o conjunción entre el ámbito personal psicológico y el aspecto social o intersubjetivo, que afecta las relaciones sociales (laborales, personales, educativas, etc.) de las personas psicosocialmente diversas.

94. De acuerdo al "Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial", elaborado por el Consejo de la Judicatura en conjunto con el Consejo Nacional de Discapacidades del Ecuador, la discapacidad psicosocial hace relación a un estado de salud de la mente en relación con la sociedad.

> Esta discapacidad (psicosocial) es causada generalmente por enfermedades como la esquizofrenia, trastorno bipolar, psicosis, entre otras. Se manifiesta a través de deficiencias o trastornos de la conciencia, comportamiento, razonamiento, estados de ánimo, afectividad, y/o comprensión de la realidad (irritabilidad, depresión, inestabilidad emocional crónica). Como lo mencionamos, esas deficiencias variarán según el nivel […][13]

---

[11] María del Carmen Barraco Avilés, "*La discapacidad intelectual y la discapacidad psicosocial como situaciones de vulnerabilidad*", Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho CEFD n. º 45, 2021, disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/34670/Discapacidad_CEFP_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[12] Alberto Vásquez Encalada, coordinador, *Manual sobre justicia y personas con discapacidad,* Suprema Corte de la Nación, México, México, 2021, p. 37

[13] Consejo de la Judicatura, Consejo Nacional de Discapacidades, Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, disponible en https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2022/11/Manual-de-Atencion-en-Derechos-de-Personas-con-Discapacidad-en-la-Funcion-Judicial.pdf

95. Por otro lado, algunos estudios han mostrado que la discapacidad psicosocial, en gran medida, puede ser causada por la vivencia de experiencias violentas, condiciones traumáticas que vienen desde la sociedad, y por tal, el abordaje del asunto, requiere de respuestas públicas, políticas, colectivas e individuales.[14]

96. En este sentido, se puede concebir a la discapacidad psicosocial como "*un producto social que resulta de la interacción entre una persona con un 'proceso psico-afectivo' y las barreras actitudinales y del entorno que la sociedad genera; y que, teniendo como base el estigma, el miedo y la ignorancia, limitan su participación plena en igualdad de condiciones con las demás*"[15]

97. En suma, se puede afirmar que las personas con discapacidad psicosocial, son personas cuya forma de interactuar en la sociedad, no es aceptada por esta; de ahí que son psicosocialmente diversas.

98. A esta parte, es preciso manifestar que existen distintos tipos de discapacidad o diversidad funcional; así, discapacidad física, discapacidad sensorial (visual y auditiva), discapacidad intelectual, y discapacidad psicosocial.

99. Esta última, se trata de una discapacidad invisible, es decir, no perceptible a la vista; y que como se dijo, -la discapacidad psicosocial-, se trata de una diversidad que resulta de la interactuación o conjugación de los aspectos psicológicos de una persona con las formas de interrelación de esta, con la sociedad, y con las barreras existentes, barreras que impiden el desempeño y desarrollo de las personas en la sociedad.

100. Por tratarse de una discapacidad invisible y que tiene que ver con la forma de interrelacionarse, es que, las personas psicosocialmente diversas, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad; puesto que, resulta ser, que son excluidas y discriminadas en mayor medida que otras personas con diversidad funcional.

101. En este sentido, se puede concluir que, en la práctica, debido a las dificultades de interrelación social, conseguir plazas de trabajo, ya es un asunto de enorme dificultad, no solo desde el punto de vista de la persona psicosocialmente diversa, sino desde la estructura hegemónica de la sociedad, los estigmas, etc… Asimismo, en el mejor de los casos, de conseguir una plaza de trabajo, la permanencia, estabilidad, también resulta un escenario dificultoso, sobre todo, si el ambiente laboral, no se halla preparado para tratar con personas en situación de discapacidad psicosocial.

102. Debido a un sistemático estado de exclusión y privación del ejercicio de los derechos de las personas con diversidad funcional en general, y de las personas con discapacidad psicosocial, en particular, la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención), en el artículo 5, igualdad y no discriminación, numeral 3, prevé que los Estados, con el propósito de promover la igualdad y no discriminación, deberán adoptar todas las medidas necesarias para la realización del criterio de ajustes razonables.

103. Asimismo, el principio de ajustes razonables, se ha replicado en la Convención, dentro de las disposiciones de los artículos que regulan los derechos de acceso a la justicia (artículo 13), educación (artículo 24), libertad y seguridad (artículo 14), trabajo y empleo (artículo 27).

104. Por ajustes razonables, según el artículo 2 de la Convención, "[…] *se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*"

105. Por otro lado, el artículo 12 de la Convención, establece algunas cuestiones trascendentales, por un parte, la personalidad jurídica; y por otra, la capacidad legal de las personas en situación de discapacidad. Esta última, no solo entendida como la titularidad de los derechos, sino como la facultad ejercicio.

106. Con base en esta disposición, se hace necesario revisar la tradición jurídica occidental, por la cual se genera el estigma de la "incapacidad". Ahora, con fundamento en lo analizado supra, el sistema de incapacidad y por ende la figura de representación, se ha de cambiar por el ejercicio de los derechos, a través de un sistema de asistencias, en el que, se generen apoyos de decisión, antes que prerrogativas de sustitución, escenario en el que la persona sustituida-"incapaz", no tiene voz.

[14] María Victoria Medina Montañez, et. al., "*Lo psicosocial desde una perspectiva holística*", Tendencias y retos, volumen 1, artículo 11, 2007, p. 4
[15] María del Carmen Barraco Avilés, op. cit.

En este sentido, el artículo 12 de la Convención es de grandes y profundas implicaciones para las personas con discapacidad intelectual y con discapacidad mental, pues es aquí donde se puntualiza el principal cambio de paradigma que introduce la Convención, esto es, pasar de un modelo tutelar o *de sustitución* de la persona con discapacidad a un *modelo de apoyo* de la persona con discapacidad.

Este último modelo demanda garantizar para la persona con discapacidad los apoyos que le fueran necesarios, en virtud de su condición particular y de sus requerimientos personales, con el fin de que pueda ejercer plenamente y por si misma su autonomía y todos sus derechos.[16]

107. En virtud del artículo 12 de la Convención en relación con el mandato de ajustes razonables del propio instrumento de derechos humanos, los órdenes jurídicos, políticas públicas, han de propender por la capacidad jurídica plena de las personas con una discapacidad psicosocial, y con esto, que los derechos, y las acciones judiciales, sean ejercidos por las propias personas titulares de los derechos, y con esto, conseguir el ejercicio de los derechos.

108. Debido a lo manifestado *supra*, conjugación de aspectos psicológicos personales y la relación social, deviene en dificultades de interactuación social de las personas psicosocialmente diversas, por lo que, en el caso de las personas esta situación, se requiere, en mayor medida, de acciones y ajustes razonables, para superar las barreras actitudinales, estigmas, políticas y normativas.

109. Cumplidas con estas metas, se puede lograr el objetivo un desempeño personal y social que satisfaga un plan de vida, y un ejercicio pleno de los derechos.

c. Sobre el derecho de alimentos de personas con diversidad funcional y/o psicosocial

110. Con base en lo manifestado, cobra sentido la disposición del artículo innumerado 4 numeral 3 del Código de la Niñez y Adolescencia, por el cual, el derecho de alimentos, corresponde a las personas que aún mayores de edad (de cualquier edad), que por su diversidad funcional o psicosocial, o por cualquier "condición física o mental", no puedan o se les dificulte, subsistir por sus propios medios.

111. Precisa recordar que el derecho de alimentos, o la "pensión alimenticia" como tal, es inmanente a la relación *parento filial*; o sea, es una obligación (parental) y un derecho (hijos/as) que nace como producto de la decisión de tener hijos/as, y que por tal, existe una responsabilidad, jurídica, social y ética de los progenitores de satisfacer las necesidades de los/as hijos/as, como condición de una vida digna y de un desarrollo personal (artículo innumerado 2 CNA) acorde con los valores constitucionales y con esto, lograr una sociedad armónica y en *pos* del buen vivir (artículo 12 ss. CRE)

112. El derecho de alimentos, no implica únicamente, una prestación dirigida a satisfacer alimentación; sino que, el legislador ha previsto que esta sea acorde con un desarrollo integral de la persona. La pensión alimenticia se dirige a colmar un conjunto de necesidades, alimentación nutritiva, educación, cuidado, vestuario, vivienda digna, transporte, cultura, recreación y deportes, y además, el derecho de alimentos, en el caso de personas con diversidad funcional, cumple otro propósito trascendental, como es el de *"rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva"* (artículo innumerado 2 CNA).

113. Es decir, el derecho de alimentos en el caso de una persona con diversidad funcional, además de cumplir con los propósitos de satisfacción de necesidades (alimentación, educación, vestuario, cultura…) que atañen a toda persona, cumple un objetivo, adicional, esto es, el de proporcionar condiciones de rehabilitación y ayudas técnicas que, como se dijo, satisfagan el mandato constitucional de autonomía y ejercicio personal de los derechos de personas con discapacidad.

114. Por la importancia del derecho de alimentos, es que, este constituye una obligación privilegiada y de primera clase con respecto a cualquier otra obligación (artículo innumerado 30 CNA).

115. Asimismo, no se puede perder de vista que, la decisión que fije una pensión alimenticia, no causa ejecutoria, esta puede modificarse (juicios de alza o disminución de pensión) en función de las circunstancias que originaron el derecho (artículos innumerado 32 CNA).

116. Desde este punto de vista, si el derecho de alimentos, dirigido a las personas con diversidad

[16] María Teresa Fernández, ***"La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad"***, Revista de derechos humanos - dfensor, número 11 - noviembre 2010, p. 17, disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25716.pdf

funcional, cumple además de los mismos propósitos que para todas las personas, con uno adicional, como el de rehabilitación y ayudas técnicas, que las otras personas sin diversidad funcional no necesitan, entonces, la disposición del artículo innumerado 2 numeral 9 del Código de la Niñez y Adolescencia, se halla acorde con el mandato constitucional de igualdad formal y material (artículo 11 numeral 2 CRE).

117. Precisa recordar, *grosso modo,* que el principio de igualdad en sentido material, implica una obligación de hacer, es decir, frente a las desigualdades e inequidades sociales, se requieren de medidas (acciones afirmativas, ajustes razonables) razonables y objetivas, que permitan eliminar o mermar la brecha de desigualdad.

118. Con base en el principio de igualdad en sentido material, a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se ha dicho que, frente a grupos estructural, sistemática e históricamente excluidos, los Estados han de adoptar medidas de trato diferenciado. Para que las acciones/medidas adoptadas, no incurran en discrimen, estas han de ser objetivas, razonables, deben perseguir un objetivo legítimo y, deben ser adecuadas para ese fin.[17]

119. Si las autoridades del Estado, no cumplen con el deber y obligación de adoptar acciones para restar o eliminar o propender igualdad material, entonces, se estaría socavando el principio constitucional y convencional de igualdad.

d. Análisis de los cargos acusados en casación

120. Recordemos que los criterios de acusación de la accionante en contra de la resolución de última instancia, refieren a: **(i)** prueba sobre la discapacidad; **(ii)** que se debería excluir del objeto de prueba, el medio actuado de oficio por el juzgador plural. Yerros probatorios que, le habrían impedido materializar el derecho de alimentos que pretende.

121. Sobre el primer punto, demostración de la situación de discapacidad de la accionante, quien en mayoría de edad, pretende la titularidad del derecho de alimentos conforme el innumerado 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, se precisa lo que sigue:

122. La respuesta a este dilema, dada por el tribunal de apelación, es ambigua, o no del todo clara. En la decisión bajo reproche, acápite "CONSIDERACIONES FINALES", en el punto 1, se afirma "si bien es cierto la actora padece una enfermedad Psicosocial, ésta con el debido tratamiento puede controlarse sus efectos (sic)". En una consideración anterior, el tribunal que resuelve en voto de mayoría, expresa:

> Sobre la prueba de la discapacidad con la que pretende valerse la actora, ya quedó expresado nuestro criterio en renglones precedentes; añadiendo que era de su deber (sic) demostrar su discapacidad no solo con lo que ha adjuntado a la demanda; sino que lo haga solicitando la intervención de la Oficina Técnica de la Unidad Judicial, así como el proceso de calificación del CONADIS de su discapacidad, actualizar el carné de discapacitada; puesto que el que dice posee ha caducado el 25/09/2018

123. Tomando en cuenta las dos premisas probatorias emitidas en la resolución de mayoría del tribunal de apelación, ya se denota una contradicción ostensible, a saber, afirman con certeza que la accionante padece de una "enfermedad" psicosocial; y al mismo tiempo, aseveran que no existe prueba de la situación de discapacidad.

124. Como se pudo ver con anterioridad, la identificación de una situación psicosocial, ya demuestra una discapacidad, asimismo, de tipo psicosocial, conforme el artículo 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

125. Por otro lado, el *ad quem*, afirma que el carné de discapacidad ha caducado, pues la fecha para este efecto, en el documento anexo al proceso, data de 25 de septiembre de 2018.

126. El tribunal, contrariando el principio *iura novit curia*, desconoce algunas resoluciones, a saber: 001-CONADIS-2020, 001-CONADIS 2021, 002-CONADIS-2022, emitidas por el CONADIS, en las que el órgano gubernamental, debido a varios problemas administrativos e/o institucionales y por solicitud del Ministerio de Salud Pública, ha extendido la vigencia del carné discapacidad, hasta el 23 de diciembre de 2023. Adicional, se ha resuelto que el documento que acredite la situación de discapacidad posterior a esa fecha, será la cédula de ciudadanía.

[17] Sobre este asunto, se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso A*pitz Barbera y otros vs. Venezuela; caso Rosendo Cantú y otra vs. México; caso Vélez Loor vs. Panamá, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay; caso Marín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo Mapuche) vs. Chile.*

127. En consecuencia de lo manifestado, se evidencia ya un error ostensible en la conclusión fáctica del *ad quem*, puesto que, en el razonamiento de la prueba, la conclusión, frente a los medios probatorios (carné de discapacidad e informe pericial actuado por la propia judicatura), se evidencia una contradicción.
128. Como se dijo, la identificación de una situación psicosocial, es prueba fehaciente de una discapacidad. Adicional, el carné de discapacidad, según las reglas normativas emitidas por el órgano competente, a la fecha de presentación de este, se hallaba vigente.
129. Sobre el segundo punto, por el cual, la casacionista afirma que el informe técnico elaborado por la Oficina Técnica, por iniciativa oficiosa del tribunal de alzada, ha debido excluirse del objeto de prueba, este órgano casacional, precisa:
130. Previo resolver el asunto impugnado, el juzgador plural, en la audiencia de apelación realizada el 02 de marzo de 2021, con fundamento en el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos (prueba de oficio para mejor resolver), ordena la intervención de la Oficina Técnica, "a fin de que informen … respecto a la discapacidad de la actora".[18]
131. En la audiencia, se hallaba presente la parte actora, por tanto, se entiende debidamente notificada con la decisión del juzgador. En este sentido, no existe violación del derecho a la defensa.
132. La Oficina Técnica, conformada por profesionales de trabajo social y de psicología, elaboran su informe, con base, entre otros aspectos, mediando entrevistas con la accionante. Lo propio que lo anterior, tampoco habría vulneración alguna al derecho a la defensa en este sentido.
133. El departamento técnico, presenta informe que tiene fecha 16 de marzo de 2021 (fs. 70).
134. En auto de sustanciación de 03 de mayo de 2021, el juzgador ponente, pone en conocimiento de las partes procesales el informe presentado por los peritos (fs. 81).
135. Por escrito de 17 de mayo de 2021, el defensor público Jorge Cevallos Parra, en defensa de los intereses de la accionante, anexa un sinnúmero de documentación que hace relación a la historia clínica y certificados médicos de Ana Ponce Donoso. En breve, el defensor público, afirma la discapacidad psicosocial de la señora Ponce, grado 50%, grave, por lo que, en atención a sus facultades constitucionales de velar por los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, solicita estimar la acción propuesta.
136. El *ad quem*, provee esa solicitud, manifestando que esta y la documentación anexa, serán tomadas en cuenta en audiencia (fs. 128).
137. Se reinstala la audiencia de apelación el día 17 de mayo de 2021. Debido la complejidad del asunto, el juzgador plural, vuelve a suspender la diligencia, para dictar su decisión oral en fecha posterior.
138. Por fin, el 02 de junio de 2021, se termina la diligencia con decisión oral de mayoría, desestimando la demanda. Con voto salvado, se acepta la demanda de alimentos, en función de la discapacidad psicosocial de la accionante. La sentencia escrita se dicta el 04 de junio de 2021; las 10:30.
139. Como se puede apreciar, el informe psicológico-social, actuado en segunda instancia, se trata de un medio probatorio producido de oficio por iniciativa del órgano jurisdiccional, para mejor resolver conforme faculta el artículo 168 del Código Orgánico General Procesos.
140. El informe presentado por la Oficina Técnica, y apreciado por el *ad quem*, ha sido debidamente conocido por la parte actora, desde que este fue iniciativa del juzgador, en audiencia. Asimismo, este se elaboró con la entrevista a la actora. Fue notificado una vez puesto en conocimiento del órgano jurisdiccional. Y, por tanto, pudo ser motivo de debate, reproche, discusión, en la reinstalación de la audiencia.
141. Por tanto, no debía excluirse el informe psicosocial del objeto de prueba.

e. Análisis del tribunal de casación

142. Del análisis expuesto, se tienen dos cuestiones; la primera, el tribunal yerra en su ejercicio de valoración probatoria respecto el carné del CONADIS. El error consiste en varios vicios, uno de contradicción lógica en la apreciación de la prueba, puesto que en simultáneo dan por probada la discapacidad de la accionante, y por otro lado, afirman que el carné del CONADIS presentado, ha caducado, circunstancia que como se vio, contraría las reglas que han extendido la vigencia del documento.
143. Así las cosas, se tiene por probada la situación de discapacidad de la accionante, de tipo psicosocial del 55%, considerada grave.

[18] Acta de audiencia de apelación, folios 52 del primer cuaderno de segunda instancia.

144. Aunado a esto, el propio informe actuado en segunda instancia como prueba de oficio para mejor resolver, es concluyente en afirmar que la señora Ana Elisa Ponce Donosa, tiene una discapacidad psicosocial del 55 %, por trastorno bipolar; que sufre de crisis epilépticas: ansiedad, angustia, detonante de crisis convulsivas. Que acude a controles psiquiátricos en casas de salud privas y públicas (fs. 70 ss. segunda instancia).

145. Por lo expuesto, se debe casar la resolución recurrida, debido a que existe un yerro ostensible al apreciar la prueba sobre la diversidad funcional de la accionante, vicio que como se verá a continuación, conlleva la vulneración del artículo innumerado 4 del Código de la Niñez y Adolescencia.

146. Dentro del acervo probatorio actuado en primer nivel, constan varias certificaciones médicas, que datan desde el año 2000 en adelante, en las que constan que Ana Elisa Ponce Donoso, desde temprana edad, ha sufrido de dificultades de aprendizaje, trastorno bipolar, internamientos en casas de salud que tratan aspectos psiquiátricos, episodios convulsivos, etc.

147. Esto evidencia, *contrario sensu*, de lo que considera el *ad quem*, en voto de mayoría que un "tratamiento" mejoraría la situación de la accionante.

148. La accionante ha hecho esfuerzos, y se ha sometido, incluso en contra de su voluntad a tratamientos médicos e internamientos en casas de psiquiatría, para mejorar su diversidad psicosocial, sin lograrlo, en el transcurso de largo tiempo. Entonces, no es un asunto de tanta facilidad o simpleza como cree el *ad quem*, superar las condiciones psicológicas y sociales de la accionante, precisamente, la opinión del juzgador, incurre en el estigma o barrera actitudinal de considerar o ser reduccionista acerca de las dificultades de una persona con discapacidad psicosocial.

149. De ahí que, el Estado, la sociedad, y la familia, constituyen una triada, que deben aportar y garantizar el ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. En este punto, se debe precisar que según la Corte IDH, las mujeres que padecen una discapacidad, *máxime*, si es de tipo psicosocial, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, por lo que, el principio de ajustes razonables se deben expandir para garantía de sus derechos, y lograr un desarrollo integral y personal conforme el buen vivir y la dignidad humana.

150. Así las cosas, este tribunal de casación, acepta el recurso extraordinario planteado en contra de la decisión de mayoría emitida por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de Pichincha, dictada el 04 de junio de 2021.

151. En su lugar, frente a los hechos alegados y probados, discapacidad psicosocial grave del 55% de la accionante, señora Ana Elisa Ponce Donoso, y de las dificultades que su diversidad conlleva en la vida cotidiana, incluyendo, una barrera evidente de acceso al trabajo, en aplicación de los artículos innumerados 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, se casa la resolución de mayoría.

152. Por consecuencia de la aceptación del recurso de casación en contra del auto de mayoría de 04 de junio de 2021; las 10:30, dictada por la Sala Especializada de Familia de la Corte Provincial de Pichincha, se deja en firme el auto interlocutorio de primera instancia de 17 de agosto de 20202; las 11:55.

153. En todo caso, considerando la fecha de inicio del proceso, de existir condiciones fácticas o jurídicas que hayan mutado desde la presentación de la demanda, las partes procesales deberán actuar conforme la regla de que, la decisión de alimentos, no causa estado.

VI. DECISIÓN EN SENTENCIA

154. *Por las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores 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 resolución de mayoría que fuera emitida el 04 de junio de 2021; las 10:30, por el tribunal de la Sala de Familia, Niñez Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quedando en firme, la decisión de primer nivel, de fecha 17 de agosto de 2020; las 11:55 dictada por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Quito.*
155. *Con fundamento en el artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos, entréguese el monto que por caución fue consignado, a la parte recurrente.*
156. *Con el ejecutorial se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen.* ***NOTIFÍQUESE****.*

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ,
ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 03257-2017-00059

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Roberto Guzmán Castañeda**

ACCIÓN
INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD POST MORTEM

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En la presente resolución, el tribunal de casación, desechó el cargo de falta de motivación en contra de la sentencia apelación, puesto que, esta, es razonable, coherente y consistente entre las premisas y las conclusiones. Asimismo, se concluyó que la decisión reprochada cumple con una decisión suficiente tanto argumentativamente, cuanto jurídica y fácticamente. En definitiva la sentencia de segunda instancia es conforme los estándares de motivación previstos en la Constitución, ley y jurisprudencia.

Como parte de la decisión, se analizó la importancia de la acción de investigación de paternidad pos mortem en cuanto protege derechos trascendentales como el de identidad, estado civil, entre otros.

Quito, viernes, 31 de octubre de 2023, las 15:31

I. ANTECEDENTES

1. El tribunal de la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, ponente, Adrián Rojas Calle y David Isaías Jacho Chicaiza**,** dentro del proceso 03257-2017-00059, dicta la siguiente sentencia de casación.

a. Relación de la causa y decisiones de instancia

2. El señor Manuel Jesús Quizhpi, ha comparecido ante la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Déleg, Azogues, provincia del Cañar, planteando demanda de investigación de paternidad (*post* mórtem) en contra de Leonila Crisantema, Blanca Libia, Inés Eufemia, Marina Soledad, Vicente Arquimides, Humberto, Dalila Yolanda, Darío, María Zooya, Julia del Pilar, Mery Jeomar, y Antonio Flores Cordero, en calidad de hijos/as del extinto señor José Rogerio Flores Cordero. Adicionalmente, acciona en contra de Paúl Esteban, Santiago Eduardo Cordero Flores hijos de la extinta señora Gloria Angélica Flores Cordero (hija José Rogerio Flores Cordero), María del Carmen y José Alonso Flores Crespo hijos del fallecido Mauro Flores Cordero (también hijo de José Rogerio).

3. Acciona finalmente, en contra de los herederos presuntos y desconocidos de José Rogerio Flores Cordero (+).

4. El accionante sostiene que su madre, señora María Angelita Quizhpi Sinchi, quien, habría mantenido relaciones sexuales con el señor José Rogerio Flores Cordero (+). Éste último, mientras vivía, habría ofrecido en varias oportunidades, reconocer como hijo al hoy accionante, sin que esto se cumpliera.

5. Con este breve relato, y con fundamento en los artículos 66 numeral 28 de la Constitución de la República (CRE), 252, 255 del Código Civil (CC), pretende se declare la paternidad entre el accionante, y el fallecido José Rogerio Flores Cordero.

6. Sustanciada la causa conforme trámite ordinario, la Unidad Judicial de Déleg, dicta sentencia estimatoria de la acción, el 18 de mayo de 2022; las 09:16.

7. Esta decisión es recurrida por la procuradora común de la parte accionada, señora Dalila Yolanda Flores Cordero.

8. En conocimiento de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, se dicta sentencia escrita, el 10 de noviembre de 2022, en sentido ratificatorio de la decisión del juez primigenio.

b. Actos de sustanciación del recurso

9. Una vez notificada esa decisión, la parte accionada, asimismo por intermedio de la procuradora común, interpone recurso extraordinario de casación, mediante escrito de 22 de diciembre de 2022.

10. El 09 de enero de 2022, el tribunal de alzada, califica la oportunidad del recurso, disponiendo remitir la causa al órgano de cierre de justicia ordinaria.

11. La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 23 de febrero de 2023.

12. Mediante auto de 16 de marzo de 2023, el conjuez competente para la calificación de procedencia del recurso, doctor Carlos Pazos Medina, ordena a la recurrente, completar y aclarar el libelo casacional.

13. Una vez cumplido dentro del término concedido, el conjuez de admisión, dicta auto el 13 de abril de 2023, admitiendo a trámite el recurso de casación, en forma parcial, por la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)

14. Mediante sorteo efectuado el 07 de junio de 2023, la causa accede al tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, David Isaías Jacho Chicaiza, y Luis Adrián Rojas Calle.

15. En auto de 30 de agosto de 2023, se convocó a audiencia de argumentación y contradicción del recurso extraordinario de casación, para el día 04 de septiembre de 2023, a las 10:00.

16. En el día y hora señalados, previo instalar la diligencia, el juez que dirige la audiencia de casación (artículos 12 y 80 COGEP), solicita que la

secretaria de la Sala, certifique la presencia de las partes procesales.

17. En este sentido, la actuaria Patricia Velasco Masías, certifica la comparecencia por vía telemática, del accionante con su defensor, abogado Carlos Quizhpi Urgilés, la codemandada Dalila Flores Cordero, junto con su defensa, abogado Ernesto Guarderas Izquierdo.

18. Informa además la secretaría de la Sala, que mediante escrito de 01 de septiembre de 2023, la señora Julia del Pilar Flores Cordero, solicitó diferir la audiencia de casación.

19. Por lo que, el tribunal, por considerar pertinente y justificada la petición, aceptó el diferimiento.

20. En decreto de 20 de septiembre de 2023, se agendo la diligencia de casación para el 25 de septiembre de 2023, a las 09:45.

21. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la audiencia pública de fundamentación y contradicción del recurso, desestimando la impugnación extraordinaria.

22. Por cuanto corresponde emitir la decisión por escrito y debidamente motivada, este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emite las siguientes consideraciones.

c. Cargos admitidos en contra de la decisión de apelación

23. La parte recurrente en casación, interpone su impugnación extraordinaria con fundamento en las causales segunda y cuarta del artículo 268 COGEP.

24. Como se dijo, en la fase de admisión, se aceptó a trámite el recurso de casación, únicamente por el motivo segundo, en forma puntual, por la acusación de falta de motivación de la sentencia de alzada.

25. De manera precisa, se acusa motivación aparente –por incoherencia- de la sentencia de última instancia, considerando infringidas las disposiciones de los artículos 76 numeral 7 letra l) CRE, 89 COGEP y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ).

II. COMPETENCIA

26. Este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto en virtud de la Resolución n.° 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

27. Con base en esa resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, han sido debidamente encargados para ejercer esas funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 114-P-CNJ-2021 y 112-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente.

28. El juez nacional (e) Adrián Rojas Calle, actúa por consecuencia de la acción de personal 247-UATH-2023-JV, de 13 de marzo de 2023, en la que se le encarga el despacho del doctor Wilman Terán Carrillo, quien asumiera funciones de vocal del Consejo de la Judicatura.

29. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183 numeral 6, 184 y 189 numeral 1 Código Orgánico de la Función Judicial.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

30. En el día y hora señalados (por segunda ocasión) para el diligenciamiento de la audiencia de casación, el juez nacional (e) ponente, dispuso que la actuaria de la Sala, certifique la comparecencia de las partes procesales.

31. Vía telemática, comparecieron: el accionante, señor Manuel Jesús Quizhpi, con su defensor, abogado Carlos Quizhpi Urgilés; las codemandadas Dalila y Julia Flores Cordero, junto con su defensa Ernesto Guarderas Izquierdo.

IV. FUNDAMENTACIÓN Y CONTRADICCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

a. Fundamentos de la impugnación

32. La procuradora común de la parte demandada, por medio de su defensa, plantea las siguientes cuestiones argumentativas.

33. En primer lugar, identifica la sentencia de la que recurre, el tribunal que la emitió; la naturaleza y objeto de la controversia. Asimismo, indica las causales fundamento del recurso extraordinario y las disposiciones que considera vulneradas, acotando que fue admitida solo la causal segunda (ver párr. 18 a 20).34. La recurrente acusa a la sentencia de última instancia, por incurrir en un vicio motivacional por apariencia, en el sentido de incoherencia. Adicionalmente, emite varios conceptos sobre la garantía de motivación y su importancia como mecanismo de control de las decisiones judiciales.35. Cita varios pasajes del precedente constitucional acerca de los parámetros de motivación, sentencia 1158-17-EP/21, sobre el concepto de los yerros que acusa y otras concepciones de la motivación.

36. Señala lo que implica la aparente motivación, ya fáctica o ya normativa.

37. En síntesis, sostiene que un fallo padece de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se da una contradicción entre las premisas y la conclusión; o, entre la conclusión final de la argumentación y la decisión. Lo primero, se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida. El presente caso, se trata de "incoherencia decisional", dice.

38. Lee una parte del fallo de alzada, para manifestar que incurre en incoherencia

39. En su opinión, la conclusión arribada en la decisión, no es coherente con las conclusiones obtenidas de la prueba pericial practicada.

40. En un sinnúmero de argumentos, se refiere a la decisión de primer nivel, y el análisis que realiza el juez primigenio respecto la prueba de cromosoma Y (que determina el linaje paterno), practicado entre el actor, y parientes del extinto presunto padre. Según la parte recurrente, si el examen de cromosoma Y puede determinar el linaje paterno de una persona, o sea, si se es sobrino, nieto, hermano, etc., y no la relación filial *per se*, entonces, mal se puede decidir con certeza que se es hijo a través de aquella pericia.

41. En este sentido, se refiere a los considerandos tercero y quinto, de la sentencia de primer nivel. *Insiste en que, la decisión de primera instancia*, incurre en incoherencia decisional, incoherencia que se mantiene en la sentencia de última instancia.

42. Como evidencia de la contradicción, indica: Si dentro del silogismo jurídico, "***la premisa mayor***" es que, el examen de cromosoma Y, no determina con certeza la relación filial entre dos personas (padre e hijo); y, mientras la ***"premisa menor"*** es, el examen practicado en la causa, justamente se trata de una pericia de cromosoma Y; debiendo ser, en opinión de la recurrente, entonces que, no se puede determinar el vínculo de paternidad; mas, el *ad quem*, termina ratificando la sentencia que declara con lugar la demanda.

43. Lo decidido afirma, rompe las reglas de la lógica formal, ocasionado daño irreparable a la parte procesal que ahora impugna, puesto que llega a la decisión del supuesto vínculo filial por presunciones de hecho, pese a que, insiste, el informe pericial, no permite determinar con certeza el vínculo entre padre e hijo.

44. En este punto, lee parte del considerando VII. de la sentencia bajo reproche, en la que, en su opinión, se pone en duda la relación filial; sin embargo, en forma incoherente, se decide aceptar la demanda.

45. Adicionalmente, aduce que existe prueba sobre la existencia de hermanos del causante (José Rogerio Flores), cosa que el tribunal puso en duda. Y además, que debió aplicarse el artículo 339 CC, disposición que fue inobservada, lo que, coadyuva reafirmar los vicios motivacionales que acusa.

46. Con lo expuesto, solicita casar la sentencia, y dictar una de mérito respetando la garantía de motivación.

b. Contradicción por parte de la defensa del accionante

47. El accionante, por medio de su defensa, contradice los argumentos de fundamentación del recurso de casación, bajo los siguientes criterios:

48. Que, la CRE, reconoce el derecho a la identidad en el artículo 66.28.

49. Luego, entiende que el recurrente no ha fundamentado en debida forma la impugnación extraordinaria. Sobre la base de la sentencia constitucional que la propia parte recurrente utiliza para justificar su acusación, sostiene que la Corte Constitucional, indica o explica varias formas de incoherencia como vicio de motivación, lógica

o decisional, sin que el casacionista indique que tipo de incoherencia se ha producido.
50. En todo caso dice, la decisión de última instancia se halla debidamente motivada. Existe una relación o coherencia en todas las partes de la decisión, expositiva, motiva y resolutiva, afirma. En su opinión, la parte recurrente no ha demostrado lo contrario.
51. Sostiene que el examen de cromosoma Y, se realizó con un hijo (Vicente Flores Cordero) del causante, no con un hermano como equivocadamente se ha afirmado.
52. En este sentido ya existe pronunciamientos al respecto por parte de la Corte Nacional de Justicia, cita la resolución dictada dentro del juicio 14304-2018-00997. En la que se establece que la pericia de cromosoma Y, con base en el principio de libertad de investigación, permite llegar a determinar la paternidad, pues es una prueba que facilita la investigación del vínculo filial con las muestras de ADN de un ascendiente, descendiente o colateral de quien se considera padre, sin que sea necesario contar con la muestra genética de este último.
53. Insiste que la decisión impugnada cumple con la garantía de motivación prevista en la CRE, artículo 76 literal 7, letra l), por lo que, pide rechazar el recurso.

V. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

54. Con la fundamentación expuesta, así como la contradicción al recurso de casación, el análisis y resolución del tribunal de casación, estará dirigido a verificar, si, como se acusa, en la sentencia de última instancia, se ha cometido un vicio motivacional por incoherencia o contradicción de las premisas; es decir, si se ha incurrido en apariencia motivacional en los términos de la sentencia constitucional 1158-17-EP/21.

VI. RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL PROBLEMA JURÍDICO

a. Cuestiones previas
55. Previo resolver el recurso de casación, como tal, corresponde referirse a una cuestión ineludible, y es que, en varios pasajes de su fundamentación, la defensa de la parte recurrente, se refiere o alude a la argumentación ofrecida por el juez *a quo*, en la sentencia de primera instancia. Al respecto, se debe precisar:
56. Desde el punto de vista de su naturaleza, el recurso de casación es un medio de impugnación esencialmente extraordinario, por tanto, la forma de cómo ha de interponerse, y su procedencia, difieren de aquellos recursos de naturaleza ordinaria (apelación, aclaración, ampliación), tanto es así, que el legislador ha establecido varios presupuestos de admisibilidad y procedencia que deben ser irrestrictamente observados. Este recurso es de carácter excepcional, es decir, que la regla es la improcedencia del recurso.
57. El recurso extraordinario de casación, constituye un medio de impugnación de determinadas sentencias –no todas-, y cuya procedencia se encuentra supeditada al cumplimiento de las reglas explícitamente detalladas en la ley adjetiva que se ha dictado para el efecto.
58. Bajo estas consideraciones, es menester entonces para quien interpone recurso extraordinario de casación, cumplir con los requisitos de forma y procedencia para que su pretensión prospere; lo contrario significaría desconocer las reglas procesales de la materia, cayendo en consecuencia, en una actitud de exceso en el ejercicio de los recursos.
59. El recurso de casación, como se dijo, constituye la excepción; éste es un juicio de legalidad en contra de la sentencia que ataca su fuerza de cosa juzgada, por lo que, quien lo interpone soporta la carga de alegar y demostrar cómo y en qué forma se ha quebrantado el ordenamiento jurídico, previo cumplir los requisitos de admisibilidad.
60. En este contexto, de conformidad con el artículo 266 COGEP, el recurso extraordinario de casación *se debe interponer respecto las sentencias y/o autos que pongan fin a procesos de conocimiento y que sean dictados por Corte Provinciales o Tribunales Distritales*. O sea, se trata de una impugnación extraordinaria en contra decisiones de última instancia, y no en contra de sentencias de primer nivel –excepto el caso de tribunales distritales-.

61. Recuérdese que la casacionista, con fundamento en la causal segunda del artículo 268 COGEP, reprocha la sentencia de primera instancia dictada por la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Déleg de 18 de mayo de 2022.

62. Así las cosas, resulta absolutamente inadmisible el cargo segundo, pues este, y su fundamento, se han dirigido a atacar la sentencia dictada en primera instancia, lo que resulta contrario a la exigencia técnica, rigurosa y específica de casación, pues este recurso solo procede contra sentencias de última instancia, y que además, pongan fin a los procesos.

63. En el presente caso, una parte del recurso –bajo el caso segundo-. se interpone en contra de la sentencia de primer nivel, y esta, no constituye decisión de última instancia, ni una providencia que ponga fin al proceso; por lo que, el tribunal casación, se ve impedido de analizar las acusaciones en contra de la sentencia de primera instancia.

64. Así las cosas, resulta absolutamente inadmisible las acusaciones que se hacen en contra del razonamiento o argumentación desarrolladas en la sentencia de primera instancia, pues esto, resulta contrario a la exigencia técnica, rigurosa y específica de casación; este recurso solo procede contra sentencias de última instancia, y que además, pongan fin a los procesos.

65. Otro de los cargos planteados que resulta inadmisible, es el de falta de aplicación del artículo 339 CC.

66. Esta disposición normativa, es de carácter sustantivo, por tanto, la acusación de falta de aplicación de una disposición de este tipo, debe estar enmarcada en la causal cuarta del artículo 268 COGEP,[1] causal que prevé la violación de disposiciones de carácter sustantivo, y o precedentes jurisprudenciales.

67. Así las cosas, no se puede analizar por el yerro de falta de aplicación del artículo 339 CC, puesto que no se ha planteado en el marco del cargo que corresponde.

68. Una vez dicho esto, se pasará a analizar los argumentos adecuada y razonablemente planteados en contra de la sentencia de apelación.

a. Sobre la motivación

69. La garantía de motivación es de trascendental importancia en tanto cumple varios propósitos, como derecho de las y los ciudadanos a recibir de las instituciones del estado una decisión legítima, como garantía de tutela y de debido proceso, así como de publicidad y control, no solo por parte de las autoridades jerárquicamente superiores sino de la sociedad en general.

70. De acuerdo con el artículo 76 numeral 7 literal l) CRE, las resoluciones de los poderes públicos en general y del poder judicial en particular, en que se vean comprometidos derechos, deben encontrarse adecuadamente motivadas.

71. El constituyente ha establecido parámetros mínimos para entender que una resolución se encuentra adecuadamente motivada, señalando que las resoluciones deberán para su legitimidad y validez, contener la especificación de los antecedentes fácticos, principios jurídicos y/o disposiciones normativas en que se funda la decisión, así como también la explicación de la pertinencia de esa subsunción normativa; proceder en contrario tiene una consecuencia doble, por un lado la nulidad del acto, y por otro, la responsabilidad de la o el servidor público que lo emite.

> CRE Art. 76.7 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.
>
> COFJ Art. 130.4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos

72. Como se ve, la garantía constitucional del derecho a la defensa y al debido proceso, en la dimensión de motivación de las resoluciones, cobra trascendental importancia dentro del

[1] Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos […]
4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.

ordenamiento jurídico del país, pues exige de toda autoridad, la justificación de los actos en que se decidan derechos de las y los ciudadanos, justificación que para ser así considerada, debe contener un estándar mínimo, como es la adecuada enmarcación de los antecedentes fácticos a los principios y/o normas jurídicas del ordenamiento estatal y la explicación de su pertinencia.

73. Tratándose de la función judicial, las decisiones adoptadas no solo deben cumplir ese estándar de justificación, sino desarrollarlo al máximo en ciertos casos en que se requiera reforzar la argumentación para dotar de legitimidad a una decisión. En este orden de ideas, la motivación constituye entonces, un deber constitucional y legal de los operadores jurídicos (artículos. 76 numeral 7 literal l) CRE, 130 numeral 4 COFJ, 361 y 362 CNA), y una garantía de control no solo para los intervinientes directos de las causas, sino de la sociedad en general, así como de publicidad.[2]

74. Respecto del derecho y la garantía de motivación conforme se encuentra configurada en la Constitución, el tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ha manifestado que:

> Las premisas vertidas en una providencia, deben encontrarse *plenamente justificadas*, esto significa que deben contener una justificación tanto interna, cuanto externa.
>
> Partiendo desde un punto de vista tradicional, *la justificación interna*, ha sido ligada al silogismo jurídico, cuyo resultado para entenderse como justificado, debe ser el producto de la aplicación de reglas universales;[3] también puede ser concebida como la correcta inferencia de las premisas para llegar a una determinada conclusión, en definitiva y en términos de Perelman, para entenderse justificada internamente una decisión debe existir un nexo de solidaridad entre las premisas y la conclusión,[4] lo dicho no significa otra cosa sino que la conclusión a la que llega el juzgador debe guardar coherencia o consistencia con las premisas previamente establecidas.[5]
>
> Por la segunda, *justificación externa*, nos referimos a la fundamentación propiamente dicha de las premisas usadas en la primera (justificación interna), habiendo para ello un amplio grupo de reglas y formas de justificación;[6] este tipo de justificación, se relaciona con la racionalidad de los argumentos o motivos que sustenten los elementos fácticos o normativos, que dicho sea de paso deben encontrarse correctamente establecidos en una providencia, en suma, cuando nos referimos a justificación externa, estamos hablando de una apropiada argumentación[7] que sirva de sustento a las premisas fácticas y normativas.
>
> Finalmente podemos decir, que la motivación puede ser concebida desde una doble perspectiva: desde el punto de vista de su estructura, que tiene que ver con la relación existente entre las premisas y la conclusión; y, desde el punto de vista de su fuerza, es decir, la intensidad de las razones que sirven de sustento a la conclusión.[8]

75. La Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, a lo largo de varios pronunciamientos ha establecido ciertos parámetros para entender como motivada -o no- una decisión; así se ha manifestado que:

> […] para que una decisión adquiera el carácter de suficientemente motivada, ha de contener los siguientes requisitos: **(1)** fijación de las premisas fácticas, para lo cual ha de desarrollar un razonamiento probatorio que dé cuenta de una correcta inferencia entre los instrumentos probatorios debidamente actuados y la fijación de los hechos; **(2)** las fuentes del derecho en que se funda la decisión, para esto, ha de existir una adecuada subsunción de las premisas fácticas a los preceptos jurídicos; **(3)**

---

[2] El mismo criterio ha sido expuesto con anterioridad por la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, Juicio 122-16, Juicio 074-14, Juicio 291-15, Juicio 02793-15

[3] Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2007, p. 214; así también véase Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Madrid, Trotta, 2013, p. 103-7.

[4] Chaïm Perelman, ***La lógica jurídica y la nueva retórica,*** trad. Luís Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 232.

[5] Manuel Atienza, op. cit., p. 105.

[6] Robert. Alexy, op. cit., p. 222-23.

[7] Manuel Atienza, op. cit., p 104.

[8] Juan Igartua Salaverría, ***El razonamiento en las resoluciones judiciales,*** Lima, Temis, 2009, p. 46-7

coherencia de la decisión entre las anteriores, esto es, entre las premisas y la decisión final; **(4)** por último y en los casos que se requiera, ha de desplegarse los argumentos necesarios en los que se apoya la decisión, de tal suerte que se permita conocer la razonabilidad del fallo.

76. En definitiva, una decisión puede considerarse como atentatoria a la garantía de motivación, en los casos siguientes casos: **(i)** cuando no se hayan enunciado los hechos fijados; **(ii)** si no se evidencia análisis probatorio alguno; **(iii)** por falta de sustento de la decisión en el sistema de fuentes del derecho; o **(iv)** por manifiesta incoherencia entre la decisión y los antecedentes fácticos.

77. Finalmente, no puede perderse de vista además, que desde el punto de vista de los argumentos y las razones que sostienen a una decisión, estas deben reunir algunas condiciones, tales como coherencia y consistencia; y el lenguaje y las categorías conceptuales han de evidenciar claridad en su composición y expresión.

78. La jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, en desarrollo del derecho y garantía de motivación, ha trazado algunos parámetros para entender como debidamente satisfecha esta exigencia procesal; en tal sentido, ha señalado que:

> Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. *Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.*[9] (Cursivas pertenecen al tribunal de casación).

79. Sin embargo, en decisiones posteriores, emitidas por la actual Corte Constitucional del Ecuador, se ha manifestado, en forma general que la garantía constitucional de motivación, para encontrarse cumplida, ha de observar los parámetros que la Constitución contiene. Así, se ha expuesto que:

> La motivación de los actos jurisdiccionales constituye una barrera a la arbitrariedad judicial que contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia. La motivación constituye un elemento básico en toda decisión judicial, cuya importancia radica en el hecho de dar a conocer a las personas los motivos por los cuales se expidió una decisión determinada. La motivación no puede limitarse a citar normas y resumir los antecedentes del caso, sino que exige justificar por medio de un análisis lógico y coherente la resolución a la que arribó, mediante la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los hechos del caso.[10]

80. Ha expresado también –la actual Corte-, *que existe una diferencia entre la corrección de una argumentación, y la obligación de motivar las decisiones.* La primera, tiene que ver con la adecuada o correcta decisión que será materia de los diferentes recursos, y la segunda, sí tiene que ver con el artículo 76 numeral 7 letra l) CRE, y por la cual, se exige una motivación suficiente; o sea, que existan los requisitos de la norma constitucional mencionada, más allá, de si, la decisión es acertada o no. En forma textual, la magistratura constitucional ha dicho:

> Sin embargo, no se debe confundir el deber de todo órgano jurisdiccional de motivar correctamente sus decisiones, materia de los diferentes recursos del sistema procesal, de la garantía constitucional de la motivación, que se refiere, solo, a motivar suficientemente dichas decisiones, entre otros fines, precisamente para hacer posible dicho control (…)
> [l]a garantía de la motivación no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales.[11]

[9] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-16-SEP-CC, Caso 2209-11-EP, de 06 de enero de 2016. Así también véanse entre otras, Sentencia 008-14-SEP-CC, Caso 0729-13-EP; Sentencia 227-12-SEP-CC, caso 1212-11-EP; Sentencia 092-13-SEP-CC, Caso 0538-13-EP; Sentencia N 148-16-SEP-CC, Caso 0412-14-EP.

[10] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 274-13-EP/19 de 18 de octubre de 2019.

[11] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1906-13-EP/20 de 05 de agosto de 2020.

81. Finalmente, en la sentencia n. ° 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, la magistratura constitucional se alejó, definitivamente del "test" de motivación referente a la lógica, comprensibilidad y razonabilidad; manifestando en su lugar, ciertas pautas para dar como motivadas las decisiones judiciales; pautas que se relataron con anterioridad y que refieren a la identificación de problemas jurídicos, coherencia, base fáctica, y la justificación de aplicación normativa, entre otros.
82. Este tribunal acota, en sintonía con lo anterior, que toda decisión además de lo manifestado, debe contener claridad conceptual, coherencia entre las premisas y la conclusión, así como, la pertinencia y justificación de lo decidido.
83. Otra implicación u obligación de la motivación tiene que ver con la necesidad de respuesta directa, suficiente y satisfactoria respecto los argumentos planteados por las partes procesales.
84. Como se dijo, en la sentencia n. ° 1158-17-EP/21, la Corte se alejó expresamente del "test de motivación", estableciéndose, en su lugar, pautas o parámetros mínimos para cumplir con la garantía de motivación.
85. Se manifestó por ejemplo que, las decisiones judiciales, deben contener una motivación suficiente, o mínima; para esto, se ha de explicitar o identificar la problemática jurídica a resolver; los asuntos relevantes planteados por las partes procesales; los argumentos que sirven de sustento para resolver la causa; y la aplicación normativa que se haga respecto de las conclusiones fácticas; aplicación normativa que dicho sea de paso, debe ser pertinente y justificada.
86. Como conclusión, es concepto de la Corte Constitucional que toda decisión judicial, debe contener una motivación suficiente en relación a los hechos (fáctica), y una motivación suficiente en relación al orden jurídico (jurídica).
87. En suma, se puede decir que una decisión motivada, contiene o evidencia una suficiente justificación fáctica, y una suficiente motivación jurídica.
88. Precisa además manifestar, que la respuesta a la que están obligados prestar los órganos jurisdiccionales, respecto los alegatos de las partes, ha de ser frente a los fundamentos o alegatos relevantes, de importancia que expongan las partes.
89. Asimismo, se ha de anotar, que cuando las partes procesales acusen a una decisión judicial por falta de motivación, a estas les compete demostrar de forma argumentada los vicios de motivación que aleguen. O sea, frente a la acusación de déficit motivacional, la carga argumentativa y/o de evidencia del vicio, le corresponde a quien lo alega.[12]
90. El presente recurso de casación, se apoya en los parámetros de la sentencia 1158-17-EP/21, sobre el déficit de motivación por apariencia. En este sentido, según la Corte Constitucional del Ecuador, una decisión que incurra en este vicio, bien puede parecer motivada desde el punto de vista de los hechos y del derecho; mas, esto, es una mera apariencia, pues existiría, en realidad, insuficiencia motivacional, en cualquiera de esas categorías, o en ambas.
91. Según la Corporación constitucional, la motivación aparente se puede presentar en tres formas: (a) incoherencia; (b) inatinencia; (c) incongruencia; y, (d) incomprensibilidad.[13]

c. De la decisión recurrida

92. Más allá de los conceptos dados por la Corte Constitucional sobre el alcance y significado de cada una de las formas que la magistratura constitucional, considera como motivación aparente, se debe recordar que el recurso de casación, se plantea básicamente por el asunto que sigue:
93. Se pregunta la recurrente, si es que el análisis del tribunal de apelación, respecto la prueba pericial del cromosoma Y, se dirige a manifestar que este, evidencia la ascendencia de patrones paternos, tales como ser hermano, padre, abuelo, tío de un hombre; o sea, no es una prueba de certeza de evidencia de padre e hijo; cómo se puede concluir que entre el accionante y el fallecido José Rogerio Flores Cordero (+).
94. Según la recurrente, la conclusión, es contradictoria con la premisa fáctica.
95. Establecido esto, corresponde conocer el razonamiento del tribunal *ad quem*. En lo más relevante de la sentencia de apelación, se puede leer:

> […] SÉPTIMO: ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE LA SALA.- Una vez emitida la correspondiente decisión respecto de la argumentación y contestación, dada a la apelación de la excepción previa, y escuchadas que fueran las partes procesales respecto de la apelación interpuesta

[12] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1158-17-EP/21, párr. 87 y 100.
[13] Ídem., párr. 71.

por la parte recurrente y demandada en la presente causa, en lo que respecta al fondo de la sentencia venida en grado, este Tribunal previo a emitir la correspondiente decisión considera: 7.1.- El Código Civil, contiene las siguientes disposiciones: Art. 247 Art. 247.- Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del Art. 63" […] El Art. 66.28 de la Constitución establece: "El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales"; el derecho a la identidad, doctrinariamente, es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad y, por lo tanto, comprende varios otros derechos según el sujeto de derecho de que se trate y a las circunstancias en que se presenten. ***Este derecho humano se expresa en la imagen y circunstancias que determinan quién y que es una persona y que se hace efectivo con un nombre, una identificación y una nacionalidad. Pero la identidad de la persona no se agota con los caracteres que externamente la individualizan y que conforman sus signos distintivos, sino que incluyen un conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto,*** sus cualidades, atributos, pensamientos, que permiten traducirlos en comportamientos efectivos de proyección social no internos. Consiste en que cada persona no vea individualizada, ni alterada, ni negada la proyección externa y social de su personalidad. En consecuencia, todo individuo tiene derecho a ser reconocido por los demás como poseedor de una identidad propia e inconfundible, a ser él ser que auténticamente es, en el contexto social. En este mismo orden de ideas, podemos aceptar sin reservas la doctrina que reconoce la participación de la persona humana en la construcción de su propia identidad. Es decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter material (nombres que integran los prenombres y apellidos, seudónimos, registro, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo comportamiento personal, de carácter subjetivo o inmaterial (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). El derecho a la identidad es un problema complejo y algunos tratadistas lo representan como un núcleo en torno al cual el bien jurídico es protegido mediante la vigencia de un conjunto de derechos relacionados. En el corolario de lo expuesto, la identidad es un derecho subjetivo, que no solo hace relación a tener un nombre y un apellido, sino que ese titular, sepa a ciencia cierta cuál es su procedencia y en base de aquello nazca la relación parento- filial, con todos sus consanguíneos verdaderos […] Ahora bien, respecto al argumento central en el que se basa la impugnación de la parte recurrente, radica en el hecho de que el examen, constante a fojas 209 y 209 vuelta de los autos, dice, ***no da la certeza de que el accionante Manuel Jesús Quizhpi, sea hijo del causante José Rogerio Flores Cordero, en suma, se argumenta porque el actor señor Manuel Jesús Quizhpi y el señor Vicente Flores Cordero, si bien del informe de la prueba de filiación paterna mediante el estudio del cromosoma Y, tienen el mismo linaje paterno, aquella prueba no da la certeza de que el actor sea hijo biológico de José Rogerio Flores Cordero***; ante esto, la Sala considera primero, que es indiscutible que Vicente Arquímides Flores Cordero, es hijo del causante José Rogerio Flores Cordero, así como ha quedado comprobado que tanto Vicente Arquímides Flores Cordero y el accionante Manuel Jesús Quizhipi, del examen del cromosoma "Y", en base (sic) de las muestras obtenidas para el estudio, se desprende que en la "Tabla de Marcadores de Cromosoma Y, que el señor Quizhpi Manuel Jesús, posee el mismo perfil que el señor Flores Cordero Vicente Arquímides, demostrando de esta manera que provienen de un mismo linaje paterno", dando como conclusión lo dice la perito, que: "***Es compatible la filiación paterna del señor Quizhpi Manuel Jesús, con Flores Cordero Vicente Arquímides"; es decir, en suma ha quedado claro que el accionante no ha quedado desplazado o excluido por el estudio de los marcadores del cromosoma Y***, del linaje paterno al que pertenece el

referido Vicente Arquímides Flores Cordero, hijo carnal del causante, tanto más que estas pruebas genéticas, sirven para averiguar si dos o más individuos tiene ascendientes comunes por vía paterna, siendo importante lo que la doctrina científica en esta materia nos indica, esto es, "***que los cromosomas Y, tienen la particularidad de ser transmitidos de padres a hijos varones, lo que permite establecer o descartar relaciones de linaje paterno entre individuos",*** por lo que, de la prueba científica en análisis, se puede desprender marcadores genéticos que proporcionan una información incontrastable respecto del linaje paterno del accionante. Tanto más, y como bien reflexiona el juez a quo, no se cuestiona el procedimiento empleado respecto del informe pericial, así como la identidad de los comparecientes, o alguna incorrección de la transportación de las muestras, su forma de realización y las conclusiones arribadas, es decir, de que quienes participaron de la toma de muestras son descendientes comunes. Pretender así alegar, que por el hecho de que ha criterio de los peritos que actuaron en la audiencia de juicio, los marcadores del cromosoma Y, permiten determinar el linaje paterno, lo cual evidentemente no está en duda, no ha quedado por otro lado desvirtuado de forma alguna a su vez, la conclusión a la que arribo previo el respectivo estudio la perito Lcda. Ruth Yunga León, quien refirió que luego de la investigación, que: ***"es compatible la filiación paterna de Quizhpi Manuel Jesús y del hijo del causante, esto es, Vicente Arquímides Flores Cordero***"; sin que además del proceso obre prueba alguna de la existencia incluso de algún hermano del causante […] ¿cómo entender entonces la compatibilidad de la filiación paterna del actor con Flores Cordero Vicente Arquímides, hijo de José Rogerio Flores Cordero?, quizá la respuesta para los recurrente radique en la tesis de que el estudio del cromosoma Y, determina el linaje; pero recordemos que la propia perito de actuación, que refirió aquello, tampoco desvirtuó que aquella prueba científica no permita determina la paternidad; por otro lado, tenemos la declaración de parte del actor quien describió la relación existente de quien en vida dice le reconocía como su padre y aquel, sin que del proceso obre prueba alguna que pudiera como bien analiza el señor juez de instancia, determinar la existencia siquiera de algún hermano del causante José Rogerio Flores Cordero. En suma, este Tribunal de Alzada, no encuentra que la sentencia subida en grado, incurra en falta de motivación alguna, en los términos referidos por la parte recurrente, pues su análisis se encuentra sustentado en los elementos probatorios que obran de autos, valorados en debida forma, los que han permitido llegar a declarar con lugar la demanda de investigación de paternidad propuesta […] (Cursivas y negritas son del tribunal de casación).[14]

d. Análisis del tribunal de casación

96. En lo que respecta a la lógica, en estricto sentido del fallo emitido en apelación, se tiene que este no es contrario a sus reglas, sino que, guarda coherencia, consistencia, y solidez en sus premisas.

97. Como se puede apreciar, la misma parte demandada, ya en el recurso de apelación, entre otras cosas, ha planteado el mismo argumento que en casación, esto es, vicio motivacional, bajo las observaciones que hace respecto la prueba pericial de cromosoma Y.

98. El tribunal de apelación, resuelve la impugnación vertical, a través del siguiente silogismo:

a. <u>Fundamento de apelación:</u> prueba pericial no da certeza de la relación filial.

b. <u>Fundamentos del razonamiento judicial:</u>

Importancia constitucional y convencional del derecho a la identidad como elemento trascendental en la vida de una persona.

Las conclusiones científicas de la prueba pericial realizada, no solo que no excluye la relación filial entre el accionante y el señor Flores Cordero, sino que, existe compatibilidad de paternidad.

O sea, existe probabilidad cierta y razonable del vínculo filial

Esta última afirmación se sostiene en el informe pericial, y los asertos de la experta en biotecnología.

Con este contexto, y con base en las disposiciones jurídicas que regulan la acción de investigación de paternidad, así como el derecho a la identidad, se resuelve confirmar la decisión del juez primigenio, que declaró con lugar la demanda.

99. En este escenario jurídico, fáctico y normativo, no se desprende que exista incoherencia, inconsistencia o contradicción entre las premisas definidas por el tribunal de apelación. Asimismo,

[14] Sentencia de apelación, folios 133 – 145 del segundo cuaderno de apelación.

la argumentación ofrecida, es razonable y suficiente desde el punto de vista de las partes y desde el punto de vista del derecho.

100. El problema jurídico que resuelve el tribunal de apelación, es adecuadamente inferido a partir de la fundamentación del recurso vertical, a saber, ¿el informe pericial realizado con el propósito de "determinar la filiación paterna mediante el estudio de Cromosoma Y", resulta pertinente y conducente para determinar la filiación entre el actor, y el señor Flores Cordero (+)?

101. Nótese que el *ad quem*, previo a confirmar la decisión de primera instancia, resalta que la perita experta en biotecnología, concluye que la filiación paterna del señor Manuel Jesús Quizhpi y Vicente Arquimides Flores Cordero (hijo de José Rogerio Flores Cordero), proviene del mismo linaje paterno. Por lo que, es asimismo, alta y razonablemente probable, que el accionante es hijo del señor Rogerio Flores Cordero (+).

102. Por lo que, su conclusión es razonable y lógica. La inferencia obtenida del medio probatorio es coherente con este; es decir, no se concluye algo que el medio probatorio no evidencie. Por tanto, no existe incoherencia o arbitrariedad.

103. Adicionalmente, el *ad quem* razona en el sentido de que, no existe ningún medio de prueba, mucho menos, la pericia científica, que descarte el vínculo biológico.

104. Por tanto, la sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, dictada el 10 de septiembre de 2022, no ha infringido la garantía de motivación prevista en la Constitución y la ley (artículo 76.7.l) CRE, 89 COGEP, 130.4 COFJ).

105. Adicional a lo manifestado, el recurrente en casación, sostiene que el tribunal de alzada, ha omitido la aplicación del artículo 339 CC, que prevé:

> Art. 339.- La posesión notoria del estado de hijo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole con ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y conocido como hijo de tales padres.

106. Al respecto, y más allá de lo manifestado *supra* (párr. 65 a 67) en el sentido de la imposibilidad de análisis de la acusación por falta de aplicación de una disposición sustantiva en el marco de la causal segunda (falta de motivación); sí corresponde manifestar si esta disposición, era o no pertinente al caso que se juzga.

107. El artículo 339 CC, se encuentra prevista en las reglas diseñadas para la prueba del estado civil de las personas, y claramente, el texto legal refiere a un contexto, cuando el hijo/a, por posesión notoria, pretenda esta calidad.

108. Mas, el presente caso, en forma palmaria, trata de la investigación de paternidad, y que se pretende sea declarada judicialmente bajo las reglas de los artículos 252 y siguientes CC. El accionante no pretende demostrar el estado civil de hijo por notoria posesión; al contrario, como ha manifestado en su libelo, su extinto padre, ha rehusado, no solo reconocerlo, sino además, ha eludido las obligaciones que la paternidad impone.

109. En este sentido, en nada se ve afectada la motivación del fallo bajo reproche, puesto que el artículo 339 CC, no es, en modo alguno aplicable ni pertinente al presente proceso judicial.

110. Finalmente, resulta importante destacar que la acción de investigación de paternidad, está dirigida a garantizar el derecho constitucional a la identidad, derecho de suma importancia en la existencia de una persona en tanto se trata de la identificación personal, social y colectiva. Asimismo, se trata de un derecho que es parte de aquellos que conforman el estado civil de una persona.

111. Así las cosas, no ha lugar el cargo de falta de motivación acusado en contra de la sentencia de última instancia.

V. DECISIÓN EN SENTENCIA

112. *Por las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores 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 resolución que fuera emitida el 10 de noviembre de 2022; las 14:50, por el tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Cañar.*

113. *Con el ejecutorial se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen.* **NOTIFÍQUESE**.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 23201-2018-01154

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Roberto Guzmán Castañeda**

ACCIÓN
NULIDAD DE SEGUNDA INSCRIPCIÓN

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En la presente causa, el tribunal de casación analizó el recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia de última instancia que declaraba con lugar la acción de nulidad de segunda inscripción.

Se decidió casar la sentencia, habida cuenta que, la pretensión de "anular una segunda inscripción", no se refería a cualquier acto registral, sino a la inscripción de una niña. Por tanto, anular ese acto, suponía alterar su identidad en varios componentes, tales como apellidos materno, paterno, y sus nombres.

Para esto, el tribunal de casación realizó un análisis de varios derechos como el de identidad, el derecho a ser escuchados de NNA, entre otros.

Quito, martes, 05 de octubre de 2021, las 14:51

I. ANTECEDENTES

a. Relación de la causa y decisiones de instancia

1. El señor Ciro Patricio Coloma Villota, ha comparecido ante la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores del cantón Santo Domingo, planteando acción de nulidad de la segunda inscripción de la niña que se ha realizado con los nombres de Nohelia Anabel Coloma Veloz.

2. La demanda la presenta en forma personal y como apoderado especial de su hermana, la señora Aura María Coloma González. La acción de nulidad de la inscripción de nacimiento de la niña se incoa en contra de la Dirección Provincial de Registro Civil, Identificación y Cedulación de Santo Domingo de los Tsáchilas.

3. Además, en la demanda se "solicita contar" con las señoras María Delfina Veloz Ávila y Daniela Cristina Guizado Veloz, quienes, en su orden, aparecen como madre de Nohelia Anabel Coloma Veloz y Karen Valentina Guizado Veloz.

4. Indica en su libelo inicial que, ***el 10 de mayo de 2004***, consta inscripción realizada en el Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas (Tomo 6, página 276, acta 2279) de la niña ***Karen Valentina Guizado Veloz***, nacida en Santo Domingo el 12 de noviembre de 2002, hija de Daniela Cristina Guizado Veloz, y no consta registro de filiación paterna; "que ha solicitado la inscripción la madre que han estado presente (sic) suscribiendo dicha acta de inscripción"

5. Luego, refiere que, el ***29 de marzo de 2006***, consta inscripción realizada en el Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas (Tomo 10, página 20, acta 1828) de la niña ***Nohelia Anabel Coloma Veloz***, hija de Moisés Gonzalo Coloma Mora y María Delfina Veloz Ávila, "que han solicitado la inscripción los padres que han estado presentes, suscribiendo dicha acta de inscripción".

6. Entre otro de los fundamentos de hecho, el accionante manifiesta que es hijo del señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, fallecido el 27 de mayo de 2017, quien mantenía unión de hecho con la señora María Delfina Veloz Ávila.

7. Afirma el demandante que, pese a los datos de padre y madre distintos, coincide la fecha y lugar de nacimiento de la persona cuya segunda inscripción pretende anular. El accionante señala que las dos inscripciones se han hecho respecto de la misma niña, es decir que, Karen Valentina Guizado Veloz y Nohelia Anabel Coloma Veloz, serían la misma persona.

8. Manifiesta que tiene interés en la demanda en calidad de hijo del señor Moisés Gonzalo Coloma Mora y por cuanto "la inscripción de nacimiento de Nohelia Anabel Coloma Veloz afecta [sus] derechos en la sucesión".

9. Por lo que, pretende declarar la nulidad de la segunda inscripción con fundamento en la Resolución de triple reiteración 5-2014, artículos 66.28 de la Constitución de la República del Ecuador, 26, 82 y 83 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles y 1478 del Código Civil.

10. Sustanciada la causa conforme el trámite ordinario previsto en el artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos, se dicta, en primera instancia, sentencia escrita de 21 de enero de 2020; las 09:51, declarando sin lugar la demanda.

11. Recurrida esta decisión por la parte actora, y en conocimiento de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo, se dicta sentencia escrita el 31 de agosto de 2020; las 16:53, y en voto de mayoría, se acepta el recurso vertical interpuesto, y se declara con lugar la demanda de nulidad de la segunda inscripción de la niña Nohelia Anabel Coloma Veloz.

12. Las solicitudes de aclaración y ampliación presentados por la accionada se rechazan mediante auto de 25 de septiembre de 2020; las 14:12.

a. **Actos de sustanciación del recurso**

13. Una vez notificada esa decisión, la parte accionada, señora María Delfina Veloz Ávila como madre de la niña Nohelia Anabel Coloma Veloz, y la señora Daniela Cristina Guizado Veloz, interponen recurso extraordinario de casación de la sentencia de última instancia.

14. La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 21 de enero de 2021; mientras que mediante auto de 02 de marzo de 2021; las 10:10, el conjuez competente del estudio del recurso, Pablo Fernando Loayza Ortega, admite a trámite el recurso de casación interpuesto.

15. Recuérdese que, desde el 02 de julio de 2020,[1] se encontraba en marcha el proceso de elección de jueces y juezas de la Corte Nacional de Justicia, el que, culminaría sin la designación de jueces/zas de esta Sala Especializada, el 28 de enero de 2021.[2]

16. Así, mediante sorteo efectuado el 03 de mayo de 2021, la causa accede al tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, Wilman Gabriel Terán Carrillo y David Isaías Jacho Chicaiza.

17. En auto de 29 de julio de 2021; las 11:40, se convocó a audiencia de argumentación y contradicción del recurso extraordinario de casación, para el día 23 de agosto de 2021; a las 10:00.

18. Mediante decreto de 19 de agosto de 2021; las 15:55, de oficio, y por logística interna de las Salas de audiencias, se señaló nueva fecha para el diligenciamiento de la audiencia de fundamentación y contradicción del recurso de casación, señalándose para el 06 de septiembre de 2021, a las 10:00.

19. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la audiencia de casación, la que, de conformidad con el artículo 93 del Código Orgánico General de Procesos,[3] fue suspendida debido a la complejidad del asunto discutido y los múltiples cargos presentados en casación.

20. Con el propósito de dictar resolución oral, en la misma audiencia, se dispuso su reinstalación para el día 13 de septiembre de 2021, a las 09:30.

21. En providencia de 10 de septiembre de 2021; las 10:34, debido a la licencia por vacaciones concedida al juez nacional (e) Wilman Terán Carrillo -quien intervino como miembro del tribunal en la audiencia de casación-, se llamó a reinstalación de la audiencia para el día 20 de septiembre de 2021, a las 10:00.

22. En el día y hora previstos para la reinstalación de la audiencia, se dictó resolución oral.

23. Por cuanto corresponde emitir la decisión por escrito y debidamente motivada, este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emite las siguientes consideraciones.

b. Cargos admitidos en contra de la sentencia de apelación

24. El recurso extraordinario de casación interpuesto por la señora María Delfina Veloz Ávila como madre de la niña Nohelia Anabel Coloma Veloz, y la señora Daniela Cristina Guizado Veloz, ha sido admitido a trámite en el marco de las causales segunda, tercera, cuarta y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

25. Por la causal segunda, se acusa el yerro de falta de aplicación de los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República, 89, 95.7 y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por causal tercera se imputa el yerro de falta de aplicación de los artículos 19 *ibídem*, y 34 del Código Orgánico General de Procesos. Por causal cuarta, la parte casacionista acusa falta de aplicación del artículo 164 ídem, que ha conllevado a la infracción indirecta, por falta de aplicación de los artículos 249, 255 del Código Civil y 66.28 de la Constitución de la República. Finalmente, a propósito de la causal quinta, se reprocha al tribunal de apelación por incurrir en los yerros de errónea interpretación del artículo 83 de la Ley Orgánica de Gestión de Datos de la Identidad y Datos Civiles y falta de aplicación del texto legal del artículo 33 del Código de la Niñez y Adolescencia.

[1] Consejo de la Judicatura, Resolución del Pleno n. ° 072-2020 de 02 de julio de 2020, decisión en la que se convocó al concurso público de oposición y méritos para juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia.

[2] Consejo de la Judicatura, Resolución n. ° 008-2021 de finalización y cierre del concurso de 28 de enero de 2021.

[3] Art. 93.- Pronunciamiento judicial oral. Al finalizar la audiencia la o al juzgador pronunciará su decisión en forma oral. ***Excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite podrá suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral*** [...]

II.COMPETENCIA

26. Este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto en virtud de la Resolución n.° 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

27. Con base en esa resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, han sido debidamente encargados para ejercer esas funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 114-P-CNJ-2021 y 112-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente.

28. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183.6, 184 y 189.1 Código Orgánico de la Función Judicial.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

29. En el día y hora señalados para la audiencia de fundamentación del recurso, el juez nacional (e) Roberto Guzmán Castañeda, que presidió la diligencia como ponente, solicitó verificar la comparecencia de las partes procesales.

30. La actuaria de la Sala, constata la comparecencia telemática de uno de los accionantes, señor Ciro Patricio Coloma Villota junto con su defensa, abogados Alfredo y Javier Cuadros Añazco. Asimismo, ha comparecido por medios digitales, las recurrentes, señoras María Delfina Veloz Ávila y Daniela Cristina Guizado Veloz, que intervienen a través de su defensa, el abogado Israel Montenegro.

a. Fundamentos del recurso de casación

31. El abogado Israel Montenegro, inicia por identificar la sentencia de la que recurre, el objeto y la naturaleza del proceso, así como las partes procesales que han intervenido. Señala después, las disposiciones normativas que acusa infringidas y los cargos que han sido admitidos a trámite (ver párr. 24 - 25). Luego, fundamenta cada una de las causales motivo del recurso en el orden previsto en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

· Causal Segunda

32. Sobre el cargo por causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la parte recurrente señala que los parámetros de motivación delineados por la Corte Constitucional del Ecuador, son: razonabilidad, lógica y comprensibilidad, que no han sido cumplidos por el tribunal de apelación en su sentencia de mayoría.

33. En opinión de las recurrentes, existe ausencia de legitimidad pasiva toda vez que, no se ha contado con todas las personas llamadas a contradecir la demanda. Sobre este punto, se refiere al artículo 34 del Código Orgánico General de Procesos que establece quienes deben comparecer a juicio.

34. Insiste en que, en la presente causa se debía entablar la controversia bajo la figura de *litis consorcio* pasivo, y que no sucedió así.

35. Que, pese a alegar esta excepción, el *ad quem*, no resolvió esta proposición, lo que, en su opinión, compromete la garantía de motivación. Acota que omitir resolver uno de los asuntos controvertidos, implica romper con los presupuestos de razonabilidad y lógica.

36. Finaliza manifestando que, la omisión de resolver todos los puntos discutidos contraviene el derecho a la defensa.

· Causal tercera

37. Por la causal tercera, la parte recurrente, plantea una cuestión similar al cargo anterior.

38. Acusa al tribunal de apelaciones de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas por incurrir en el yerro de *citra petita*, al omitir resolver el asunto planteado en la contestación a la demanda respecto la excepción previa de ilegitimidad en la causa.

39. En este mismo sentido, manifiesta que es obligación de toda autoridad jurisdiccional resolver todas y cada una de las proposiciones planteadas por los sujetos procesales –en la demanda y contestación- conforme el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

40. Concluye evocando -nuevamente- el artículo 34 del Código Orgánico General de Procesos, en el sentido de quien(es) representan al causante en juicio. En su concepto, en el caso *sub júdice*, al haberse demandado la nulidad de inscripción de una niña que fue reconocida como hija del señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, habiendo este fallecido, se debió demandar en contra de todos los herederos presuntos y desconocidos del causante –padre reconociente de la niña cuya inscripción se pretende anular-.

· Causal cuarta

41. Por este cargo, la defensa de la parte casacionista, señala que el tribunal de apelación, incumple la obligación de valorar todas las pruebas actuadas en la causa, lo que, contraviene el precepto de valoración de la prueba contenida en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, yerro que conllevó a la infracción de los artículos 249, 255 del Código Civil y 66.28 de la Constitución de la República.

42. Sobre el artículo 164 de la ley adjetiva, indica que esta disposición normativa regula la actividad probatoria imponiendo algunas cargas a juezas y jueces, como son, valorar la totalidad de la prueba y en conjunto, así como que, estas han de ser sopesadas en el marco de la sana crítica.

43. Como elementos probatorios omitidos valorar en la sentencia de la que recurre, indica la siguiente prueba de carácter documental: **(i)** información emitida por la Coordinación Zonal 4 del Ministerio de Educación, referentes a la matriculación escolar de Nohelia Anabel Coloma Veloz y Karen Valentina Guizado; **(ii)** escritura pública del causante Moisés Gonzalo Coloma Mora, celebrada el 06 de junio de 2017; **(iii)** Oficio n. ° DIGER-CIC-CZ4-OT23-2018-1476-0 de 18 de septiembre de 2018 y el documento adjunto a este **(iii.i)** certificado digital de datos de identidad de Nohelia Anabel Coloma Veloz con cédula 2200330939; y, **(iv)** declaración de parte del accionante Ciro Patricio Coloma Villota.

44. Concluye manifestando que, la falta de valoración de todos estos elementos probatorios ha afectado en forma sustancial el proceso, toda vez que, al anular el acta de la niña Nohelia Anabel Coloma Veloz afecta su derecho a la identidad.

· Causal quinta

45. Por el cargo de infracción directa de disposiciones sustantivas, vicio *in iudicando*, la que recurre acusa infringido, por errónea interpretación el texto legal del artículo 83 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

46. Manifiesta que, si bien es cierto la disposición -acusada- establece que cuando se trate de dos o más inscripciones acerca del estado civil de una persona, a pesar de constar datos distintos, las inscripciones posteriores serán nulas y así deberán ser declaradas; precepto que ha aplicado el tribunal de alzada, sin embargo, no observa el sentido y prescripción de la segunda parte del texto legal, que establece la excepción –a la regla anterior- que no se declarará nulidad de dobles o más inscripciones cuando se trate de filiación de las personas, *máxime* que, como en el presente caso, el señor Moisés Gonzalo Coloma Mora (+) reconoció –mientras vivía- a la niña como su hija.

47. Que la nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad solo puede declararse si se prueba el error, fuerza o dolo, al momento del reconocimiento, situación que no ha acontecido en la causa bajo estudio. Esto -dice-, en virtud del respeto al derecho a la identidad.

b. Contradicción al recurso de casación

48. Los abogados Alfredo y Javier Cuadros Añazco, intervienen en este orden, contradiciendo el primero las causales segunda y tercera; y el segundo profesional, las causas cuarta y quinta. En este orden se anotarán las intervenciones.

49. En la primera parte de la intervención se hace una relación de los hechos que han motivado la demanda, así como las consideraciones fácticas a las que ha arribado el tribunal de apelación, destacando la prueba de declaración de parte de la demandada, quien ha afirmado que las dos inscripciones se han realizado respecto de la misma niña.

50. Sobre la <u>causal segunda</u> se manifiesta que esta no procede. Explica que, en el numeral 7 de la sentencia de apelación, constan todas las razones que llevaron al *ad quem* a determinar la nulidad de la segunda inscripción.

51. Que, de acuerdo con criterios emitidos por la Corte Constitucional, la decisión judicial no debe ser ampliamente motivada en todos y cada uno de los casos, sino que, debe existir una explicación o justificación suficientes de lo decidido; que no es necesario explicar lo obvio.

52. En criterio del co-demandante, la decisión reprochada se halla debidamente motivada. Aclarando que, la falta de acuerdo de una de las partes con la decisión adoptada, no es motivo para casar la sentencia.

53. Respecto de la siguiente <u>causal alegada, tercera</u>, la defensa sostiene que la excepción de ilegitimidad en la causa o falta de *litis consorcio* necesario, fue debidamente resuelta. Precisando

que, en la contestación a la demanda se alegó falta de legitimación de la parte actora, y no de la parte demandada como ahora se alega. Que la excepción –ilegitimidad parte actora- fue debidamente analizada y resuelta por el tribunal *ad quem*.

54. Que proponer ahora, la excepción de ilegitimidad pasiva no corresponde por no ser el momento procesal oportuno. De así suceder se estaría alterando en casación, la discusión procesal de demanda y contestación. Que la recurrente pretende reformar la excepción previa que propuso en su contestación.

55. Relata finalmente que, la excepción previa de ilegitimidad de la parte actora fue resuelta, favorablemente por el juez de primera instancia; decisión que una vez recurrida, fue revocada por el tribunal *ad quem*, órgano que dispuso continuar con la sustanciación de la causa.

56. Así, entiende que no existe el vicio de *citra petita* acusado, toda vez que, la excepción previa fue debidamente resuelta.

57. El segundo profesional que interviene en la defensa del demandante señor Ciro Patricio Coloma Villota, contradice la causal cuarta, bajo los siguientes argumentos.

58. Que, en casación, no es el momento procesal para valorar prueba; que esta actividad les corresponde en forma exclusiva a las juezas y jueces de instancia.

59. Que se encuentra demostrado que las dos inscripciones, se tratan de la misma persona; por lo que, con base en el objeto de prueba se ha anulado la segunda.

60. Para contradecir la causal quinta, la defensa sostiene que, la fundamentación ofrecida en la audiencia de casación es distinta a la del escrito casacional. Que en la diligencia acusa errónea interpretación; más en el escrito, lo hizo por omitir aplicar el artículo 83 de la ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles.

61. Así, sostiene que existe una indebida acusación en este nivel.

62. Luego, manifiesta que no es verdad –como afirma la recurrente- que, este caso trate de un asunto de filiación, pues no se ha demandado la investigación de paternidad ni la impugnación de esta; sino que, se está frente a dos inscripciones de una misma persona y que la segunda debe ser anulada conforme el artículo 83 de la ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles.

63. En opinión de la defensa, no se debe confundir las figuras, una cosa es la doble inscripción, y otra, la relación de filiación.

64. Afirma que, para prevalecer el interés superior del niño/a, en el presente caso, se hace bien al anular la segunda inscripción y privilegiar la primera.

IV. CUESTIONES PREVIAS

65. Previo entrar al análisis de fondo y de los problemas jurídicos técnica y rigurosamente planteados conforme los cargos casacionales en relación con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, es pertinente referirse al primer planteamiento y que refiere al cargo por el motivo 2 del texto legal del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

66. La parte recurrente funda su impugnación extraordinaria, entre otras, en la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por incurrir en falta de motivación.

67. Mas, al justificar su cargo, acusa al juzgador plural por no haber resuelto todos y cada uno de los puntos controvertidos, en específico la excepción de ilegitimidad de personería.

68. Y, este mismo cargo, lo plantea en el marco de la causal tercera del artículo 268 de la ley adjetiva que prevé:

> Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: […] 3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia […]

69. Por lo que, de conformidad con esta disposición normativa, no es posible acusar bajo el cargo de falta motivación, la omisión de resolver un punto controvertido, este reproche se adecúa en la causal tercera; mientras que, la falta de motivación en la segunda de los casos de casación.

70. Debido al carácter extraordinario del recurso de casación, es obligación de quien recurre por esta vía, plantear en forma integral y adecuada cada uno de los cargos, pues los motivos genéricos previstos en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, son autónomos e interdependientes.

71. Así, la proposición jurídica completa exige a quien recurre en casación, **(i)** enunciar el cargo genérico, esto es, uno de los motivos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; **(ii)** la acusación de la disposición normativa que se considera infringida; **(iii)** especificar el yerro, a saber, errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación, o *ultra petita*, *citra petita*; etc.; **(iv)** el yerro específico debe ser coherente con el cargo genérico; **(iv)** motivación suficiente, clara y que evidencie una problemática jurídica trascendente; **(v)** demostrar la influencia del yerro acusado.

72. En el caso bajo examen, el recurrente no es coherente entre la acusación genérica, causal segunda (falta de motivación), con el yerro específico, *citra petita*, pues este yerro se corresponde con la causal tercera y no segunda.

73. Adicionalmente, toda la argumentación ofrecida por causal segunda se enmarca no en demostrar un déficit motivacional, ya sea porque el ad quem no argumentó, omitió explicar la pertinencia de la aplicación normativa o es contradictorio o incongruente; sino que, la defensa de la recurrente, como se vio, señala el yerro por omitir resolver un punto controvertido.

74. De manera que, este cargo, por causal segunda ha debido ser inadmitido; sin embargo, en la fase de admisibilidad, el conjuez nacional competente no advirtió esta falencia grave del recurso.

75. Así las cosas, con el propósito de evitar una doble calificación del recurso de casación, y advirtiendo que la argumentación por causal segunda es igual o similar a la argumentación y reproches acusados en el marco de la causal tercera, este tribunal de casación, conocerá y resolverá la cuestión que ha sido técnicamente planteada y que hace relación a la omisión de resolver un asunto controvertido, yerro que será analizado en el marco de la causal tercera.

76. Así, se resolverá el fondo del asunto y los argumentos expuestos en su integralidad, bajo la problemática jurídica que a continuación se plantea.

V. PROBLEMAS JURÍDICO PLANTEADOS

77. De la discusión entablada en casación, cargos presentados, fundamentación y contradicción al recurso, se desprenden los problemas jurídicos que a continuación se detalla.

78. Por causal tercera, se determina la siguiente problemática

- Verificar si el tribunal de apelaciones omitió resolver un asunto controvertido y propuesto por la parte demandada en la contestación a la demanda. Es decir, si se ha cometido un vicio de *citra petita*.[4]

79. Por causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico general de procesos,

- Este órgano jurisdiccional deberá comprobar si el tribunal de alzada omitió considerar, en forma injustificada algunos elementos de prueba, incumpliendo su obligación de valoración total y conjunta de la prueba. De ser así, se analizará si esta infracción ha conducido indirectamente, a la infracción de las disposiciones normativas de los artículos 249, 255 del Código Civil y 66.28 de la Constitución de la República que tratan sobre el acto de reconocimiento y el derecho a la identidad.

80. De superarse el filtro anterior, finalmente, se deberá solucionar el dilema propuesto por el cargo de la causal quinta y que refiere

- Fiscalizar el ejercicio interpretativo realizado por el *ad quem* respecto el artículo 83 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, Asimismo, si existe vulneración del artículo 33 del Código de la Niñez y Adolescencia, para determinar:
- Si ¿la acción de nulidad de inscripción de nacimiento de una niña, es un asunto que no influye o nada tiene que ver con el derecho a la identidad?

[4] Como se explicó este problema jurídico abarca también los argumentos planteados a propósito de la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

VI. RESOLUCIÓN MOTIVADA DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

a. Causal tercera, cargo por *citra petita*

81. En forma breve, se debe manifestar que, los vicios especificados en la causal tercera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se trata de vicios de carácter *in procedendo* o de (in)congruencia, debido a que, el juzgador ha omitido resolver un asunto controvertido (vicio de *citra* o *infra petita*); resolvió más allá de lo solicitado (vicio de *ultra petita*), o finalmente, si se resolvió sobre un asunto que no fue materia del litigio (vicio de *ultra petita*).

82. En definitiva, se trata de una causal que se configura cuando la o el juzgador, omite su obligación de resolver todos los asuntos planteados por los sujetos procesales o, si excede el ámbito del litigio planteado por ellas.

83. En todo caso, existen ciertos casos o materias específicas en que, el juzgador se encuentra en la obligación de analizar ciertos aspectos que no fueran propuestos en litigio, así por ejemplo en materia constitucional o en ciertos casos de índole laboral, como por ejemplo la obligación de ordenar el triple recargo cuando exista mora en el pago del salario, aunque esta pretensión no haya sido explícitamente consignada en la demanda.

84. Así, y por tratarse de un problema de congruencia, con el objeto de verificar si el cargo alegado, *citra petita*, se ha configurado en la sentencia de apelación, corresponde verificar si el ad quem, ha resuelto la excepción propuesta en la contestación a la demanda y par esto, se procede verificar los actos procesales que darían cuenta del tema.

85. Las señoras María Delfina Veloz Ávila y Daniela Cristina Guizado Veloz, han comparecido a juicio, planteando la siguiente excepción previa: que el accionante, señor Ciro Patricio Coloma Villota, ***no puede ni debe ser considerado legitimado activo***

> (…) para presentar esta clase de acción, en virtud de que la normativa anteriormente transcrita, como en los Arts. 255 y 300 del Código Civil, en concordancia con los Arts. 31 y 32 del Código Orgánico General de Procesos, prevé que los únicos legitimados a presentar demandas a nombre de una niña, niño o adolescente, y más aún de derechos inherente e indisponibles, será la madre o el padre que la ejerza (…) y el señor CIRO PATRICIO COLOMA VILLOTA, NO tiene ninguna de estas calidades; ni tampoco se encuentra considerado en los numerales 1 y 2 del Art. 233 A del Código Civil.[5]

86. Entonces, la proposición expuesta en la demanda, se encontraba tendiente a desvanecer la legitimidad del actor, por cuanto, las demandadas, han considerado que no puede comparecer a juicio a nombre y representación de la niña cuya inscripción se pretende anular.

87. En el mismo sentido, invocan el artículo 233 A del Código Civil que establece quienes –legitimados activos- pueden plantear demanda de impugnación de paternidad. Se alega que, el señor Coloma Villota no es ni hijo, ni quien se considere verdadero padre, como para tener la legitimidad de plantear la presente demanda.

88. En audiencia preliminar celebrada el 17 de octubre de 2018, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores del cantón Santo Domingo, acepta la excepción previa, considerando "que efectivamente existe falta de legitimación en la causa por parte de los actores". Así, de conformidad con el artículo 235 del Código Orgánico General de Procesos, concede 10 días a la parte actora para que justifique su legitimación.

89. Fenecido el término, por auto interlocutorio de 30 de noviembre de 2018; las 08:59, se resuelve aceptar la excepción previa del artículo 153.3 del Código Orgánico General de Procesos (falta de legitimación en la causa o incompleta conformación del *litis consorcio*).[6]

90. Esta decisión fue recurrida por el accionante, y la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, mediante resolución de 18 de abril de 2019; las 10:32, revoca la decisión del inferior respecto la excepción previa. En la parte fundamental del auto revocatorio, el *ad quem* escribe:

> (…) Al caso, el auto recurrido realiza un amplio análisis en lo atinente al derecho constitucional a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, lo que es ajeno a la pretensión

[5] Contestación a la demanda, folios 133 vuelta del segundo cuaderno de primera instancia.
[6] Folios 155 – 157 del segundo cuaderno de primera instancia.

procesal, cuya pretensión es la declaratoria de nulidad de la segunda inscripción del nacimiento que figura como Nohelia Anabel Coloma Veloz, que consta en el tomo 10, página 20 acta 1828, del 29 de marzo del 2006, misma que ha sido negada administrativamente por el Registro Civil, estos temas son dos temas disímiles, pues como lo ha expresado la Corte Nacional de Justicia en sus fallos de triple reiteración, resolución No. 05-2014 en el Art. 1 considerando segundo: "…El legitimado activo del juicio de impugnación del reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello…". No se ha controvertido del proceso, como así coinciden los sujetos procesales en la audiencia de fundamentación del recurso que existe un conflicto respecto a la herencia del patrimonio del fallecido señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, por consiguiente está claro que el actor es un tercero con interés en aquello, por lo tanto la argumentación que consta del auto recurrido carece de sustento y procede su revocación (…)[7]

91. De manera que, sin que este tribunal se encuentre de acuerdo con el razonamiento del *ad quem*, se tiene que, sí ha resuelto la excepción previa propuesta por la parte accionada respecto la legitimidad en la causa de la parte actora y que como se vio, tuvo fundamento argumentativo en la contestación de la demanda.

92. No procede por tanto el cargo presentado en casación respecto la causal tercera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por el vicio de citra petita; el tribunal de apelaciones ha resuelto la excepción previa planteada.

93. Finalmente, este órgano no puede dejar pronunciarse sobre el argumento casacional en el sentido de que, en su fundamentación ha mencionado indistintamente, que presentó defensa de litis consorcio necesaria, ilegitimidad en la causa o ilegitimidad de personería, instituciones jurídicas que, si bien tiene cierta relación, son disímiles y tienen conceptos diferentes.

94. Como bien afirma la defensa del accionante, la recurrente en casación no puede presentar cuestiones nuevas, o, mejor dicho, no discutidas durante la sustanciación del juicio. En el *sub júdice*, la excepción previa fue la de ilegitimidad en la causa de la parte actora por no tener la calidad o no ser la persona llamada a discutir el derecho.

95. Excepción esta última que sí fue resuelta, en primera instancia de forma favorable a la demanda, y en segunda, fue rechaza por considerar que la demanda no tiene nada que ver con impugnación de reconocimiento o de paternidad sino con la nulidad de segunda inscripción que considera acciones totalmente distintas.

96. Este tribunal insiste, afirmar que la cuestión previa si fue resuelta no quiere decir que este órgano jurisdiccional esté de acuerdo con las razones del *ad quem*, para desechar la excepción.

97. Finalmente, se debe manifestar que, de acuerdo con las disposiciones adjetivas del Código Orgánico General de Procesos, la excepción previa de ilegitimidad en la causa del actor, ha debido ser tratada en audiencia preliminar y, de considerarla procedente, la o el juez –como sucedió en el caso concreto-, declaró sin lugar la demanda conforme el artículo 295 del Código Orgánico General de Procesos.

98. Decisión que, siendo recurrida por la parte agraviada, fue resuelta en apelación bajo los presupuestos ya analizados.

99. Como la decisión de aceptar la excepción previa puso fin al proceso (artículo 296.1 COGEP), el auto interlocutorio accedió al superior con efecto suspensivo, y el ad quem, aceptó la impugnación vertical, por lo que, la causa continuó bajo el procedimiento previsto.

100. Así las cosas, la excepción previa que sí fue resuelta, lo fue en auto interlocutorio y no en la sentencia de fondo, debido a que, las disposiciones procesales así lo prevén, entonces, la sentencia de fondo, no era el momento para tratar la excepción de ilegitimidad en la causa.

101. En el marco de lo expuesto, no ha lugar la acusación planteada por la causal tercera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; no se constata el yerro de *citra petita*.

b. Segundo problema jurídico

Sobre la valoración conjunta de la prueba y las reglas de la sana crítica (artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos)

[7] Ejecutorial de auto interlocutorio de 18 de abril de 2019; las 10:32 emitido por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, folios 165 – 167 del segundo cuaderno de primera instancia.

102. Acerca del contenido del artículo 164 de la ley adjetiva, se puede manifestar que, si bien la facultad de valoración y el criterio que de ella deviene, son de exclusiva facultad de los operadores de justicia, esta libertad no puede ser contraria a criterios de lógica jurídica, coherencia, objetividad y razonabilidad, pues la decisión a la que lleguen los juzgadores/as ha de ser el resultado objetivo de lo que los instrumentos probatorios reflejen, así se evita la arbitrariedad y el subjetivismo a la hora de tomar una decisión.

103. La sola impugnación que pretenda imponer un criterio de valoración diferente al del tribunal de apelación, no constituye motivo suficiente para que este tribunal active su control; *se debe demostrar que la valoración probatoria impugnada haya sido arbitraria o incoherente*, contrariando preceptos constitucionales y legales que rigen la prueba; y que, como producto de ese error grave, se violente una norma sustantiva de derecho, conforme requiere la técnica casacional.

104. Por otro lado, el precepto del artículo 164 del Código Orgánico de Procesos, no solo obliga a los jueces/zas a valorar los medios probatorios conforme criterios lógicos, objetivos y racionales, *sino también a incluir dentro del objeto de valoración a todos y cada uno de los instrumentos debidamente actuados, no está permitido rehusar el examen de uno de ellos caprichosamente*; y además, todo el ejercicio de valoración debe encontrarse evidenciado en la decisión.[8]

105. Por lo dicho, se puede manifestar que, por regla general, en casación no se puede revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia, pues esta labor pertenece en forma exclusiva a los juzgadores/as de instancia, salvo que, como resultado de esa valoración, el juicio de hecho contravenga parámetros de racionalidad y objetividad, esto es, que la conclusión a la que llegue el juez/a, sea absurda o arbitraria o existan errores graves en las conclusiones fácticas que ameritan corrección. Al respecto, la jurisprudencia de la Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ha anotado:

> […] podemos concluir que constituye la generalidad, la regla por la cual la casación es improcedente si de revisar nuevamente la prueba se pretende; sin embargo, puede tener cabida una excepción: en ciertos casos la revisión de la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Casación, es necesaria, y será cuando el juicio de hecho contravenga abiertamente parámetros de racionalidad y de objetividad. Esto en modo alguno significa que la diversidad de criterios al momento de valorar la prueba sea susceptible de revisión por parte del Tribunal de Casación, por tanto, el examen de la prueba es estrechamente reducido a aquellos casos en que existe un error fáctico manifiesto y atentatorio a parámetros de racionalidad y objetividad, propios de cada caso concreto, error que debe incidir fuertemente en la decisión de la causa, por ejemplo, al valorar medios probatorios no insertos en juicio.

106. En otras palabras, la libertad y autonomía del juzgador o tribunal para desarrollar un razonamiento probatorio se sujeta a parámetros de racionalidad como límites a la arbitrariedad y subjetividad en la valoración de los medios de prueba.

De la prueba documental acusada como excluida de objeto de prueba

107. Recuérdese que, la casacionista acusó como prueba documental omitida valorar, la siguiente **(i)** información emitida por la Coordinación Zonal 4 del Ministerio de Educación, referentes a la matriculación escolar de Nohelia Anabel Coloma Veloz y Karen Valentina Guizado; **(ii)** escritura pública del causante Moisés Gonzalo Coloma Mora, celebrada el 06 de junio de 2017; **(iii)** Oficio n. ° DIGERCIC-CZ4-OT23-2018-1476-0 de 18 de septiembre de 2018 y el documento adjunto a este **(iii.i)** certificado digital de datos de identidad de Nohelia Anabel Coloma Veloz con cédula 2200330939; y, **(iv)** declaración de parte del accionante Ciro Patricio Coloma Villota.

108. Para verificar la acusación anterior, corresponde conocer el contenido de la decisión de mayoría emitida por el tribunal de alzada. En el considerando séptimo de la sentencia bajo reproche, se condensa todo el razonamiento que motiva la decisión y el análisis de pruebas.

[8] Este criterio ha venido sosteniéndose en los Juicios de familia Nos. 030-14, Resolución N° 174-14, de 22 de agosto de 2014, (Tacuri vs Masabanda); 208-13, Resolución N° 073-14, de 23 de abril de 2014 (Barzola vs Bardi); 129-14 Resolución N° 215-14 de 30 de septiembre de 2014 (Cabrera vs Méndez); 184-14, Resolución N° 253-14 de 06 de noviembre de 2014 (Astudillo vs Aguilar); 263-14, Resolución N° 023-15, de 15 de febrero de 2015. (Pinto vs Acuña); 100-15, Resolución N° 031-16, de 02 de febrero de 2016. (Brambilla vs Bravo); 261-15, Resolución N° 050-16 de 01 de marzo de 2016 (Arboleda vs Dávila).

109. En el acápite en referencia el tribunal de alzada escribe:

SÉPTIMO: ANÁLISIS DE LA SALA. - Dentro de la tramitación de la presente causa, se ha llevado a cabo una audiencia en la que se conoció el Recurso de Apelación interpuesto por el accionante señor Ciro Patricio Coloma Villota, quien manifestó que existen 2 inscripciones en el Registro Civil de Santo Domingo, por lo que solicita la nulidad de la segunda inscripción. Mientras que la parte demandada solicita se ratifique la sentencia subida en grado. Al respecto se tiene que la primera inscripción se la realizo con fecha 10 de mayo del 2004, constantes en el tomo 6, pág. 276, acta 2279, en la que consta como nombres Karen Valentina Guizado Veloz, con fecha de nacimiento 12 de noviembre del 2002, en la que solo consta los nombres de la madre señora Daniela Cristina Guizado Veloz; la segunda inscripción se da el 29 de marzo del 2006, en el tomo 10, pág. 20, acta 1828, en la que consta los nombres de Nohelia Anabel Coloma Veloz, nacida el 12 de noviembre del 2002, por el señor Moises Gonzalo Coloma Mora (padre) y María Delfina Veloz Ávila (madre). ***De lo transcrito en líneas anteriores, se colige con claridad meridiana, que pese a tener nombres diferentes, así como los nombres de la madre, pero las fechas de nacimiento coinciden, pero que con la resolución que corre a fojas 3, emitida por la Oficina Técnica Provincial del Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas, en la parte pertinente indica: "… SIN TRAMITE: de nulidad de la segunda inscripción de nacimiento de: GUIZADO VELOZ KAREN VALENTINA, se determina que en las dos partidas de nacimiento se trata de una misma persona, con datos de filiación paterna y materna diferente***,". La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 66 numeral 28, expresa: "Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas… 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales…"; en concordancia con la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en sus artículos, 26, 82 y 83, mismos que expresan, lo siguiente: "Art. 26. Verificación y requisitos. - Para las inscripciones extraordinarias, se considerarán los mismos requisitos requeridos para las ordinarias, con la verificación previa de la existencia de una inscripción sobre el mismo hecho o acto jurídico, a fin de evitar la duplicidad de inscripción"; "Art. 82. Nulidad judicial. Es causa de nulidad la inscripción y registro realizada en contravención a la ley, cuyo trámite se ventilará en sede judicial"; y, "Art. 83. Nulidad de las inscripciones repetidas. Cuando se trate de una doble o múltiple inscripción de un mismo acto o hecho del estado civil de las personas, a pesar de que consten con datos distintos, las inscripciones posteriores serán nulas y así se lo declarará; ***se exceptúa lo referente a la filiación paterna o materna***...". En virtud del análisis y de las disposiciones legales transcritas en líneas anteriores, en voto mayoría emitido por los Doctores: Marco Fabián Hinojosa Pazos (Ponente) y Galo Efraín Luzuriaga Guerrero, consideran que efectivamente dentro de la presente causa ha existido una doble inscripción de nacimiento, ***misma que vulnera los derechos a suceder del demandante señor Ciro Patricio Coloma Villota, por lo que sin más consideraciones*** (…) por la ley ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, en voto mayoría se acepta el recurso de apelación interpuesto por el accionante CIRO PATRICIO COLOMA VILLOTA, se revoca la sentencia subida en grado, en consecuencia se declara la nulidad de la segunda inscripción, revocar la sentencia de primer nivel, declara la nulidad de la segunda inscripción realizada en el Registro Civil del cantón Santo Domingo, el día 29 de marzo del 2006, constante en el tomo 10, pág. 20, acta 1828, teniendo como nombres de Nohelia Anabel Coloma Veloz, nacida el 12 de noviembre del 2002, inscrita por el señor Moises Gonzalo Coloma Mora (padre) y María Delfina Veloz Ávila (madre) (…) (Cursivas y negritas son del tribunal de casación).

110. Como se puede apreciar, en efecto, como señala la recurrente, el tribunal de apelaciones no enuncia los elementos de prueba documentales que se indicaron el párrafo 107. Como resultado de la falta de enunciación de los medios de prueba, menos se puede encontrar un ejercicio de razonamiento probatorio respecto a esas pruebas para llegar a su conclusión. Finalmente, tampoco ha ofrecido razones para justificar la exclusión de

la prueba documental, por ejemplo, que fueron extemporáneas, actuadas sin contradicción, etc.

111. Así las cosas, se concluye con cierta facilidad que, el tribunal de alzada ha rehusado de pruebas debidamente actuadas, contraviniendo la obligación de valoración conjunta y total de la prueba contenida en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos.

112. Adicionalmente, se puede ver que el tribunal de alzada, únicamente valora los documentos referente a las inscripciones de ***Karen Valentina Guizado Veloz***, nacida en Santo Domingo el 12 de noviembre de 2002, hija de Daniela Cristina Guizado Veloz, sin que conste registro de filiación paterna; y la inscripción realizada el ***29 de marzo de 2006***, en el Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas (Tomo 10, página 20, acta 1828) de la niña ***Nohelia Anabel Coloma Veloz***, hija de Moisés Gonzalo Coloma Mora y María Delfina Veloz Ávila, concluyendo que esta segunda inscripción es válida sin más razonamiento.

113. De otro lado, previo la decisión como tal, cita el artículo 66.28 de la Constitución de la República que trata sobre el derecho constitucional a la identidad; contradiciendo su auto interlocutorio anterior (en el que revocó la decisión de admitir la excepción previa de ilegitimidad en la causa, (ver párr. 90) en el que consideró que la acción de nulidad de segunda inscripción nada tiene que ver con el derecho a la identidad o filiación.

114. Como corolario de estas deficiencias, de contravención de una disposición que regula la valoración de la prueba; y de razonamiento, termina decidiendo, sin análisis del derecho a la identidad, que la segunda inscripción es nula, pese a citar la disposición normativa del artículo 66.28 de la Carta Fundamental.

115. No se puede soslayar además que, en el auto interlocutorio emitido por el tribunal de alzada, en el que revocó la decisión de excepción previa por ilegitimidad de la causa del actor, el *ad quem*, también citó una resolución de triple reiteración que trata sobre el derecho a la identidad y la acción de impugnación de reconocimiento voluntario de niñ/as. Fallo de triple reiteración n. ° 05-2014, que se analizará a profundidad más adelante.

116. Así las cosas, en la sentencia por voto de mayoría emitida en segunda instancia, se ha cometido un yerro ostensible de falta valoración de varios elementos de prueba, pues han sido excluidos sin justificación jurídica; y la decisión como tal, resulta contradictoria en su razonamiento, contraviniendo en forma indirecta el artículo 66.28 de la Carta Fundamental.

117. De manera que, se corrobora el cargo de infracción del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, yerro que ha conducido a la infracción indirecta de la disposición normativa del artículo 66.28 de la Constitución.

118. Aceptado que ha sido el cargo por causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, con fundamento en el artículo 273.2.3 *ibídem*, se casa la sentencia de mayoría dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 31 de agosto de 2020; las 16:53, y en su lugar, se dicta sentencia de mérito, corrigiendo el error de valoración y dictando pronunciamiento de acuerdo a los actos procesales que constan de autos.

119. En virtud de que ha sido aceptado el caso cuarto, y por corresponder emitir sentencia de mérito, ya no se hace necesario analizar el cargo por causal quinta.

VII. SENTENCIA DE MÉRITO

a. Antecedentes necesarios

120. Como se ha visto a lo largo de la presente providencia, la parte actora pretende se declare nula la segunda inscripción hecha el ***29 de marzo de 2006,*** respecto de ***Nohelia Anabel Coloma Veloz***, en el Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas (Tomo 10, página 20, acta 1828), hija de Moisés Gonzalo Coloma Mora y María Delfina Veloz Ávila.

121. Asimismo, la parte actora manifestó que esta persona sería la misma que ***Karen Valentina Guizado Veloz,*** inscrita ***el 10 de mayo de 2004***, en el Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas (Tomo 6, página 276, acta 2279), nacida en Santo Domingo el 12 de noviembre de 2002, hija de Daniela Cristina Guizado Veloz, y sin registro de filiación paterna.

122. En la demanda, constan como fundamentos de derecho la Resolución de triple reiteración 5-2014, artículos 66.28 de la Constitución de la República del Ecuador, 26, 82 y 83 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles y 1478 del Código Civil.

123. La parte demandada, se opone a esta declaratoria de nulidad habida cuenta que, se trata de los derechos a la identidad de Nohelia Anabel Coloma Veloz, y que el solo hecho de manifestar que el señor Ciro Patricio Coloma Villota acciona porque se ve afectado en sus derechos de sucesión, no es fundamento para despojar la identidad a Nohelia Anabel.

124. Asimismo, refiere la parte demandada que se estaría frente a una acción de impugnación de reconocimiento antes que la acción de nulidad de inscripción *per se*.

125. En síntesis, estos son los argumentos de hecho y de derecho sobre los que gira la discusión procesal y que este tribunal procederá a analizar y resolver.

b. Análisis sobre el derecho constitucional a la identidad

Resolución de triple reiteración n. ° 05-2014

126. Previo realizar el análisis de fondo, es necesario manifestar que, la segunda inscripción de la persona que se pretende anular, y que la parte actora manifiesta es la misma persona que la primera inscripción, ha nacido el 12 de noviembre de 2002, y la demanda fue presentada el 17 de abril de 2018 y la última boleta de citación data de 04 de julio de 2018;[9] es decir, cuando Nohelia Anabel Coloma Veloz/Karen Valentina Guizado Veloz, aún eran menores de edad, por tanto, de conformidad con los artículos 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño/a, y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia,[10] se debe considerarlas como adolescentes para efectos de este fallo.

127. Sobre el derecho a la identidad en su dimensión de filiación, en sentido general, la línea de pensamiento de este tribunal ha sido que la búsqueda de los derechos de estado civil y el de identidad por parte del titular, no tienen límites temporales ni espaciales; mas, la pretensión de desvirtuar esos derechos, sí tienen límites dentro del ordenamiento jurídico, límites que además se han considerado a luz de la constitución, como legítimos. De ahí que la Corte Constitucional del Ecuador, declaró como inconstitucionales aquellas disposiciones civiles que preveían la prescripción extintiva para los juicios de investigación de paternidad, o la que establecía la posibilidad de accionar en contra del presunto padre o madre, solo mientras ellos vivan.[11]

128. En sentido específico, este órgano de justicia en tratándose de asuntos de reconocimiento voluntario de la calidad de hijo/a habidos fuera de matrimonio, ha mantenido con firmeza la posición de respeto por la verdad social antes que biológica, pues el reconocimiento de la calidad de padre, al ser un acto libre, voluntario y personalísimo, con directa implicancia en los derechos a la identidad y estado civil de las personas, resulta irrevocable por parte del propio reconociente.

129. Sobre esta base, se ha manifestado que el reconocimiento libre y voluntario de la calidad de hijo/a no se trata de un simple negocio jurídico que pueda ser revocado a voluntad del reconociente, pues se deben respetar los derechos constitucionales que devienen de tal reconocimiento, como por ejemplo el derecho de identidad social y familiar, y el derecho al estado civil.

130. Así las cosas, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia profirió la Resolución N° 05-2014 –*fundamento jurídico de esta demanda*-, vinculante en sentido horizontal y vertical, que prevé:

Artículo 1.- Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe elaborado; en consecuencia, declarar la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho:

PRIMERO. - El reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable.

SEGUNDO.- El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar

[9] Acta de sorteo de la demanda y acta de citación, folios 88 y 93 del primer cuaderno de primera instancia.

[10] **CDN.-** Art. 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

CNA.- Art. 4.- Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años.

[11] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 025-10-SCN-CC, Caso 0001-10-CN, de 24 de agosto de 2010. Ex Tribunal Constitucional del Ecuador, Caso N° 0002-06-DI, sentencia publicada en el Registro Oficial Suplemento 274 de 19 de mayo de 2006.

que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, *en que no se discute la verdad biológica*. (cursivas pertenecen al tribunal de casación)

131. Por tanto, del precedente expuesto se desprende que, quien reconoció en forma libre y voluntaria como suya/o a una hija/o no podrá plantear acción de impugnación de reconocimiento. Si se trata de desvirtuar el acto de reconocimiento de calidad de padre realizado voluntariamente, le corresponderá únicamente la acción de nulidad de ese acto.

132. En casos ulteriores a la publicación de la Resolución del Pleno, este propio tribunal ha manifestado que: "*para que prospere la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de la calidad de padre, este deberá probar:* ***(1)*** *el vicio del consentimiento al momento de realizar el acto (error, fuerza o dolo); así como también:* ***(2)*** *la ausencia del vínculo filiatorio, a través de la prueba científica de ADN*".[12]

133. En tal sentido, el precedente contenido en la Resolución N° 05-2014 pronunciada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, efectivamente, deberá ser de obligatoria aplicación en casos de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad.

134. Por tanto, de la resolución expuesta se desprende que, quien reconoció en forma libre y voluntaria como suya/o a una hija/o no podrá plantear acción de impugnación de reconocimiento. Si se trata de desvirtuar el acto de reconocimiento de calidad de padre realizado voluntariamente, le corresponderá únicamente la acción de nulidad de ese acto.

Sobre el derecho a la identidad del artículo 66.28 de la Constitución de la República del Ecuador

135. Es importante recordar que la niñez y adolescencia es reconocida constitucionalmente como un grupo de atención prioritaria, por lo que, el estado, la sociedad y la familia constituyen una triada que deben procurar el bienestar de este grupo poblacional a través de la promoción del ejercicio efectivo de sus derechos.

136. Como grupo de atención prioritaria, niños, niñas y adolescentes cuentan con los derechos que les pertenecen a las personas en general, y algunos otros derechos específicos de su condición etaria. Así, el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes es garantizado de manera reforzada por la Constitución de la Republica, toda vez que este derecho se consagra en la parte específica atinente a niños, niñas y adolescentes, así como en los derechos de libertad de las personas.

137. El derecho a la identidad, filiación e inscripción de niños, niñas y adolescentes se encuentran además, expresamente reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

138. Los arts. 45 y 66.28 de la Constitución de la República, prevén

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad […]

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

139. Por su parte, la Convención y el Código de la Niñez y Adolescencia respecto del derecho a la identidad, establecen:

CDN Art. 8.-

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su

[12] Corte Nacional de Justicia, Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores: Resolución 199-16, Juicio 028-15 (Ulloa vs Ulloa); Resolución 123-16, Juicio 105-15 (Matute vs Matute); Resolución 01-17, Juicio 080-16 (Campoverde vs Campoverde); Juicio 246-16.

identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.
CNA Art. 33.- Derecho a la identidad. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley.
Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho

140. El derecho a la identidad es un derecho inmanente a la dignidad humana. La identidad significa que un ser humano, es único y auténtico; "es todo aquello que hace que cada uno sea "uno mismo" y no "otro", que a cada uno se lo defina en "su verdad personal", sin desfiguraciones, alteraciones, falseamientos, y que incluye tanto aspectos estáticos y dinámicos".

141. La identificación propia y su proyección hacia la sociedad y la familia tiene vinculación directa con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, "[e]n el ámbito europeo el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que el derecho a la identidad forma parte del núcleo duro del derecho al respeto a la vida privada"[13]

Se distinguen dos tipos de componentes que configuran el derecho a la identidad, uno estático y otro dinámico. Se incluye en el primero a los llamados elementos de identificación tales como el nombre, fecha y lugar de nacimiento, estado filiatorio. *Se los considera estáticos porque generalmente esos datos son invariables, inmodificables*. La identidad no se agota con el aspecto estático, éste sólo es parte de la "verdad personal de cada uno". En cuanto al aspecto dinámico, se considera que la identidad está compuesta de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre.[14] (cursivas fuera del texto)

142. En varios casos que ha conocido y resuelto la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, respecto de impugnaciones de paternidad o impugnaciones de reconocimiento voluntario, se ha manifestado que el derecho a la identidad tiene vinculación directa con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, *y que el despojo de la identidad puede tener consecuencias graves para la vida psicológica, social y afectiva de la niña, niño o adolescente*.

143. En este sentido, se ha establecido que la autoridad jurisdiccional deberá estimar el impacto o implicancia en la vida del menor de edad acerca de las consecuencias de un despojo de identidad.

144. El impacto o consecuencias de un cambio de nombres y/o apellidos, debe estar ligado indefectiblemente con el principio de interés superior, así como con la opinión, de la persona directamente afectada. El principio de interés del niño/a como principio rector y estructurante del orden jurídico en materia de niñez y adolescencia junto con el derecho de niños/as y adolescentes constituye la base sobre la cual debe girar la discusión de derechos tan sensibles e importantes en la vida como lo es el nombre, apellido, filiación paterna.

145. Por estas razones, es que el derecho a ser escuchado tiene una conexidad inmediata con el derecho a la identidad libremente escogida, en el sentido que la persona en su fuero íntimo podrá decidir cuál es la forma con la que se identifica y cómo desea proyectarse en la sociedad.

146. En el juicio No. 01204-2015-09759, el tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emitió el siguiente criterio:

La idea de la prevalencia de la verdad social atiende principalmente a la defensa de una identidad desarrollada a través de las relaciones familiares y sociales entre el niño/a y/ adolescente y el reconociente. Con el propósito de la defensa del derecho a la identidad y del estado civil fincados a través de un reconocimiento voluntario de paternidad, se debe reflexionar en cada caso concreto, en atención a varios aspectos, como por ejemplo: **(i)** De

[13] Hernán Talciani, ***Intereses y derechos en colisión sobre la identidad,*** en http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n2/art03.pdf
[14] Carmen Cerutti y María Cristina Plovanich, Identidad personal, en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/identidad-personal/at_download/file. Este criterio sobre el derecho a la identidad ha sido vertido en un pronunciamiento anterior por parte de este Órgano de Casación. Ver Resolución N° 172-14, de 20 de agosto de 2014, dentro del juicio 073-14 (Guarquila vs Guarquila).

conformidad con el art. 12.2 de la Convención de Derechos del Niño, la voluntad de niños, niñas y adolescentes -cuyo reconocimiento de paternidad pretenda ser desvirtuado- exteriorizada de forma genuina ante la autoridad jurisdiccional; **(ii)** interés superior del niño; **(iii)** relaciones y vínculos de carácter, emocional, familiar y social entre el menor de edad y el reconociente: **(iv)** impacto en los derechos al libre desarrollo de la personalidad, estado civil e identidad del menor de edad en relación con el principio de interés superior del niño; **(v)** impacto psicoemocional y psicosocial del menor de edad; y, **(vi)** edad de la persona.

147. La idea de una identidad personal como un aspecto de autodefinición intrapersonal y de proyección social -interpersonal-, y de los componentes estáticos y dinámicos de la identidad se complementan con el criterio de la Corte Constitucional respecto la dimensión dual del derecho, en sentido de reconocimiento, que significa cómo una persona desea identificarse; y otra correctiva, en el entendido que a pesar de contar con una identificación legalmente establecida, la persona no desea reconocerse a sí misma como tal, y por tanto, no desea proyectarse de esa manera en su vida social. O sea, la identidad "no abarca solamente aquellos aspectos que el sujeto busca que sean reconocidos por el Estado y la sociedad, sino además los aspectos con lo que no desea ser identificado ni se siente identificado desde la óptica de su fuero interno […]"[15]

148. En la sentencia No. 341-17-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador el 11 de octubre de 2017, dentro del caso No. 0047-16-EP, se trata el caso de una adolescente que solicitó cambiar sus apellidos paternos, con los que por cierto fue inscrita, para usar exclusivamente los apellidos de su madre, sin que esto afecte el derecho de filiación, pues de lo que se trata –en esto es insistente la magistratura constitucional- no es de un asunto de filiación, sino de cambio de apellidos.

149. En este contexto, la Corte basa su decisión en torno al derecho a la identidad contenido en el art. 66.28 de la Constitución de la República, delimitando el análisis "al concepto de identidad personal y al derecho intrínseco de escoger con libertad el nombre y apellido".

150. Para esto, se refieren a algunos pronunciamientos expedidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del derecho en referencia, y replican lo expuesto por la propia Corte Constitucional respecto la vinculación que existe entre el derecho de identidad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como posibilidad de autodeterminación de las personas "que permite individualizar al sujeto como ente único, capaz de realizarse, proyectar su presente y planificar su futuro".

151. Luego, realiza un importante análisis respecto las dimensiones del derecho a la identidad personal, en sentido de reconocimiento y en sentido correctivo. La primera dimensión significa que cuando una persona se identifica de determinada manera, exige ser reconocida por la sociedad y el estado como tal; la segunda en cambio, implica una dimensión negativa, en tanto una persona a pesar de tener una identidad oficial y legalmente establecida, no se autoidentifica como tal, por lo que, exige ser "llamada" de la manera que se reconoce a sí misma; concluyendo entonces, que la identidad no abarca exclusivamente los aspectos con los que la persona busca ser reconocida, sino que también implica los aspectos con los que no se desea ser identificada. En forma textual, la Corte Constitucional, señala:

> En este escenario, se advierte que el derecho a la identidad personal debe analizarse desde una doble perspectiva: en el sentido afirmativo, cuando el sujeto se identifica de una determinada forma y reclama su derecho a ser reconocido también por otros como tal, lo que conlleva al Estado a efectuar un acto de reconocimiento; como sucedió tras la emisión de la sentencia N.° 133-17-SEPCC dentro del caso N.° 0288-12-EP, en la que esta Corte Constitucional ordenó a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación la marginación del cambio de sexo del accionante en su inscripción de nacimiento.
>
> Y en el sentido correctivo cuando, a pesar de tener el sujeto una identidad oficial y legalmente establecida, no desea conservar determinados elementos de tal identificación, es decir la rechaza y no desea que otros lo denominen de una forma en la que no se reconoce ni se identifica a sí mismo; caso en el

[15] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 341-17-SEP-CC, Caso 0047-16-EP.

cual la actuación del Estado se traducirá en la modificación y eliminación de tales elementos de .identificación no deseados en sus registros pertinentes, como pretendía la adolescente, al acudir ante el Registro Civil, Identificación y Cedulación.

Ello implica entonces que la identidad no abarca solamente aquellos aspectos que el sujeto busca que sean reconocidos por el Estado y la sociedad, sino además los aspectos con los que no desea ser identificado ni se siente identificado desde la óptica de su fuero interno, que en el presente caso se ve comprendido con el apellido paterno con el que la accionante fue inscrita legalmente y por tanto, consta en sus documentos oficiales de identificación emitidos por el Registro Civil, Identificación y Cedulación, y aquellos posteriores que como consecuencia de ello, no ha podido modificar voluntariamente, siendo que se ha hecho identificar en su medio social y educativo con los apellidos de su madre, lo que ha sido adoptado por el fuero íntimo de la adolescente como propios.

Del caso concreto

152. Bajo todo el marco doctrinal, jurisprudencial y normativo (convencional, constitucional y legal) que se acaba de exponer, se puede concluir con bastante facilidad que la pretensión de anular una segunda inscripción de una adolescente, se trata de una alteración de la filiación.

153. Absurdo, toda vez que, de prosperar la acción de nulidad de la segunda inscripción en los términos de la demanda, se estaría alterando varios componentes del derecho a la identidad, como son: (i) cambiaría sus nombres de Nohelia Anabel a Karen Valentina; (ii) se alterarían sus apellidos de Coloma Veloz a Guizado Veloz; (iii) se alteraría su filiación materna, de ser hija de María Delfina Veloz Ávila, a pasar a ser hija de Daniela Cristina Guizado Veloz; (iv) y finalmente, de tener como padre al señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, a dejar de tener padre.

154. La acción de anular la segunda inscripción es de trascendental importancia y de un efecto invasivo grave en la vida de cualquier persona bajo los parámetros que se acaban de exponer en el párrafo anterior. Y todo esto, sin siquiera contar con la opinión de la persona directamente involucrada y que sufriría las consecuencias de una alteración drástica en su identidad sin haber dado su opinión sobre la "simple anulación de una segunda acta de inscripción".

155. De manera que, resultan inadmisibles los razonamientos del tribunal de alzada y los fundamentos de la demanda, así como de los argumentos ofrecidos en casación por la defensa del demandante, cuando manifiesta que este asunto nada tiene que ver con el derecho a la identidad, filiación, derecho a escoger libremente sus nombres y apellidos.

156. Así las cosas, no se puede analizar la demanda sin considerar los derechos constitucionales a la identidad y estado civil de las personas en relación con otros derechos como son, libre desarrollo de la personalidad, derecho a ser escuchados, escoger libremente nombres y apellidos, derecho a desarrollo integral. etc.

157. En esta línea de análisis y en ejercicio integral y sistemático del marco jurídico que se acaba de exponer, es que, el artículo 83 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en su inciso primero, prescribe:

> Art. 83.- Nulidad de las inscripciones repetidas.- Cuando se trate de una doble o múltiple inscripción de un mismo acto o hecho del estado civil de las personas, a pesar de que consten con datos distintos, ***las inscripciones posteriores serán nulas y así se lo declarará; se exceptúa lo referente a la filiación paterna o materna (…)***

158. El legislador ha previsto la excepción de declaratoria administrativa de nulidad de segundas o múltiples inscripciones, en casos de filiación paterna o materna precisamente por la sensibilidad del asunto y que hace referencia, a los derechos a la identidad, estado civil, derecho a escoger libremente nombres, etc. de una persona.

159. Este es el sentido de la disposición normativa, no se puede anular una segunda o ulterior inscripción cuando lo que se trata de anular es el aspecto de filiatorio, paternidad o maternidad de una persona, bajo el simple argumento de que, "las segundas inscripciones son nulas" pues este aserto, contraría abiertamente el artículo 83 de la ley en cita y que ha sido también fundamento de la demanda.

160. La presente demanda de "nulidad de segunda inscripción" como se dijo, está encaminada a alterar, **(i)** la paternidad libremente reconocida por el señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, fallecido el 27 de mayo de 2017; **(ii)** la maternidad; **(iii)** nombres y apellidos de Nohelia Anabel Coloma Veloz/Karen Valentina Guizado Veloz.

161. Por lo que, en aplicación de la Resolución 05-2014 de la Corte Nacional de Justicia, artículos 66.28 de la Carta Fundamental, 8 de la

Convención sobre los Derechos del Niño, 33 del Código de la Niñez y Adolescencia y demás disposiciones jurídicas citadas en esta resolución, no cabe, toda vez que, en una sola acción se pretende alterar varios componentes del derecho a la identidad y estado civil de una persona.

162. Si se pretendía desvanecer el acto de reconocimiento voluntario de paternidad, entonces, se debía plantear acción de nulidad del acto de reconocimiento y no de la inscripción. Para la prosperidad de la acción de reconocimiento voluntario de paternidad, se debe probar, el error, fuerza, dolo; y, además, desvanecer el vínculo paterno filial a través de prueba de ADN.

163. Si se pretendía desvanecer la filiación materna, esta debía ser impugnada asimismo siguiendo las reglas que el Código Civil prevé para el caso.

164. Finalmente, el cambio de nombres de una persona solo puede ser realizada por el titular del derecho al cumplir su mayoría de edad, y una sola vez, conforme los artículos 78 e inciso final del 94 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

165. Por tanto, en forma velada, o por subterfugio, la demanda pretende acumular varias acciones, impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, impugnación de maternidad, y cambio de nombres, lo cual, como se ha analizado resulta improcedente.

Análisis de la prueba en relación con el marco doctrinario y jurídico que se acaba de exponer

166. Más allá de lo expuesto, de la prueba actuada en la causa, no se ha demostrado en forma alguna, que el reconocimiento de paternidad realizado por el señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, respecto Nohelia Anabel Coloma Veloz, haya sido producto de un vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolor, ni menos, se ha desvanecido su vínculo biológico de paternidad a través de ADN, las dos pruebas imprescindibles para la prosperidad de la acción de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad.

167. Adicionalmente, por el propio aserto de la parte actora se tiene que, la señora María Delfina Veloz Ávila, quien consta como madre de Nohelia Anabel (en la segunda inscripción), ha mantenido una unión de hecho con el padre reconociente señor Moisés Gonzalo Coloma Mora.

168. Esta expresa declaración hecha en el libelo de demanda (fs. 10), consta además corroborada con la prueba anexa a la demanda, que se trata de un poder especial otorgado por Willian Ludgardo Coloma Albán, Pedro Gonzalo Coloma Luna, Dangins Petri Coloma Villota, Egda Floricelda Coloma Moreira, Tito Fabricio y Robertt Danilo Coloma Barrionuevo, y Edwin Darío Coloma Briones a favor de Ciro Patricio Coloma Villota (ahora accionante). En la escritura pública, se manifiesta:

> (…) Antecedentes: El señor **MOISÉS GONZALO COLOMA MORA**, de estado civil divorciado, falleció en esta ciudad de Santo Domingo el 27 de mayo de 2017, sin dejar testamento y anteriormente a su fallecimiento constituyó Unión de Hecho con la señora **MARÍA DELFINA VELOZ ÁVILA**. Procreó los siguientes hijos 1) **WILLIAN LUDGARDO COLOMA ALBÁN**; 2) **PEDRO GONZALO COLOMA LUNA**; 3) **DANGINS PETRI COLOMA VILLOTA**; 4) **EGDA FLORICELDA COLOMA MOREIRA**; 5) **CIRO PATRICIO COLOMA VILLOTA**; 6) **AURA MARÍA COLOMA GONZALEZ**; 7) La menor de edad de nombres **NOHELIA ANABEL COLOMA VELOZ** (…) (Negritas y mayúsculas son originales)

169. Esta prueba se encuentra además corroborada por la escritura pública de posesión efectiva de bienes del señor Moisés Coloma Mora (fs. 96 ss.) en que, se dice que se entrega la posesión efectiva de los bienes del causante a sus hijos/as y nietos/as -- entre los que consta Nohelia Anabel Coloma Veloz.

170. En la declaración de parte del señor Ciro Patricio Coloma Villota, se reconoce que su padre, el causante, convivía con la señora María Delfina Veloz Ávila.

171. De la prueba relatada se infiere que, el señor Moisés Gonzalo Coloma Mora, convivía con la María Delfina Veloz Ávila, y que, los herederos/as de aquel, reconocían como hermana e hija de la pareja a Nohelia Anabel Coloma Veloz.

172. Adicionalmente, del análisis probatorio, no se desprende en forma alguna, que la primera inscripción Karen Valentina Guizado Veloz y la segunda inscripción Nohelia Anabel Coloma Veloz, se trate de la misma persona. La defensa de la parte actora, manifestó que esto se
habría reconocido en la declaración de parte de la demandada, mas, esta prueba fue inadmitida por extemporánea en audiencia preliminar. Esto consta del minuto 22:30 de la audiencia preliminar llevada a cabo 2l de octubre de 2019.

173. No es menos importante manifestar que, incluso de haberse demostrado que las dos inscripciones se trate de la misma persona, el asunto no es de tal simpleza o ligereza de anular la segunda inscripción, pues como se ha analizado, esto implica un sinnúmero de actos que

afectan derechos constitucionales de trascendental importancia en la vida de una persona y que no pueden ser objeto de acción de nulidad de inscripción.

174. Tras lo dicho, no se hace necesario considerar más prueba o aspectos jurídicos, pues la conclusión es clara, si se pretende alterar la filiación, nombres y apellidos de una persona, no cabe acción de nulidad de segunda inscripción. Esta conclusión se hace con base en las mismas disposiciones fundamento de la demanda, artículo 66.28 de la Carta Fundamental, 83 de la Ley Orgánica de gestión de la identidad y Datos Civiles, resolución de triple reiteración 05-2014 emitida por la Corte Nacional de Justicia y demás marco jurídico expuesto en esa resolución.

Sobre la solicitud y trámite de caución

175. Finalmente, se debe manifestar que, una vez interpuesto el recurso de casación, las casacionistas han solicitado al *ad quem*, fijar una caución con el propósito de suspender la ejecución de la causa.

176. Solicitud que ha sido atendida favorablemente por el tribunal de apelaciones, mediante auto de 11 de noviembre de 2020; las 14:30, consignándose, por la parte demandada, casacionista, el valor de US $ 500.00 (quinientos dólares) por concepto de caución, y se ha ordenado suspender la ejecución de la causa.

177. Esta forma de sustanciar el recurso de casación por parte del tribunal *ad quem*, atenta en forma directa el artículo 274 del Código Orgánico General de Procesos, que expresamente prevé que la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de la causa, *salvo que, el asunto verse sobre el estado civil de las personas, cual es el presente caso*.

178. Por tanto, en la presente causa, no debió ordenarse consignar caución, pues la suspensión de la ejecución de lo decidido procedía conforme el artículo 274 del Código Orgánico General de Procesos.

VIII. DECISIÓN EN SENTENCIA

179. *Por las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores 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 que por voto de mayoría fuera emitida el 31 de agosto de 2020; las 16:53, por el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas.*

180. *Debido a la argumentación y razones de hecho y de derecho ofrecidas en esta decisión, se declara sin lugar la demanda.*

181. *Devuélvase a la parte recurrente el valor que ha consignado por concepto de caución. Se aclara que, el tribunal de segunda instancia ha errado al ordenar caución para suspender la ejecución de lo decidido, toda vez que, con base en el artículo 274 del Código Orgánico General de Procesos, no era necesario hacerlo; la suspensión procedía por expresa previsión de la disposición en cita.*

182. *Con el ejecutorial se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen.* ***NOTIFÍQUESE****.*

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ,
ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 17981-2021-00098

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Roberto Guzmán Castañeda**

ACCIÓN
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En la presente resolución, el tribunal de casación, rechazó la acusación de falta de motivación, puesto que la sentencia de última instancia, contiene una justificación fáctica y jurídica suficientes. El problema jurídico que el caso plantea, resulta adecuadamente determinado y resuelto. La acción de impugnación de paternidad procede con prueba de ADN de exclusión de paternidad, ya que, desvirtúa la presunción, por la cual, los hijos/as nacidos en matrimonio, se presumen hijos/as del cónyuge de la madre.

El tribunal de casación además, realizó una distinción conceptual y jurídica de las acciones de impugnación de paternidad y la de impugnación de reconocimiento voluntario.

Quito, miércoles, 26 de septiembre de 2023, las 14:55

I. ANTECEDENTES

El tribunal de la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, ponente, Adrián Rojas Calle y David Isaías Jacho Chicaiza**,** dentro del proceso 17981-2021-00098, dicta la siguiente sentencia de casación.

a. Relación de la causa y decisiones de instancia

1. El señor Francisco Javier Flores Morgner, comparece ante la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la parroquia Quitumbe, cantón Quito, planteando demanda de impugnación de paternidad, en contra de la niña Keren Estefanía Flores Viteri, legalmente representada por su madre, señora Paola Tatiana Viteri Rosario.

2. En el libelo de demanda, entre otras cosas, el accionante manifiesta que se encontraba casado con la señora Paola Tatiana, desde marzo de 2008 hasta diciembre de 2013, fecha en la que se dictó sentencia de divorcio. Indica que en ese último año, debido a tratamientos médicos, se enteró de su esterilidad.

3. Producto de la relación matrimonial, nació la niña, cuya paternidad ahora impugna.

4. Tras lo manifestado, sabiendo -afirma-, que no es el padre biológico de Keren Estefanía, con fundamento, entre otras disposiciones, en los artículos 233, 233-A, 243 del Código Civil, pretende se declare que la niña no es su hija.

5. Con la oposición de la parte demandada, la Unidad Judicial de Quitumbe, dicta sentencia escrita el 07 de enero de 2022; las 16:18, declarando con lugar la demanda de impugnación de paternidad.

6. Recurrida esa decisión por parte de la demandada, la Sala Especializada de Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dicta sentencia escrita el 01 de septiembre de 2022; las 11:40, ratificando la decisión del juez primigenio.

b. Actos de sustanciación del recurso

7. Una vez notificada esa decisión, la parte accionada interpone recurso extraordinario de casación, mediante escrito de 06 de octubre de 2022.

8. La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 19 de octubre de 2022.

9. Mediante auto de 23 de enero de 2023, el conjuez competente para la calificación de procedencia del recurso, doctor Pablo Loayza Ortega, admite a trámite la impugnación extraordinaria.

10. Mediante sorteo efectuado el 17 de marzo de 2023, la causa accede al tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, David Isaías Jacho Chicaiza, y Luis Adrián Rojas Calle.

11. En auto de 25 de julio de 2023, se convocó a audiencia de argumentación y contradicción del recurso extraordinario de casación, para el día 14 de agosto de 2023, a las 09:30.

12. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la audiencia de casación, que culminó con decisión oral, desestimando el recurso extraordinario interpuesto por la demandada.

13. Por cuanto corresponde emitir la decisión por escrito y debidamente motivada, este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emite las siguientes consideraciones.

c. Cargos admitidos en contra de la decisión de apelación

14. La recurrente en casación, interpone su impugnación extraordinaria con fundamento en la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

15. En forma puntual, acusa –en su escrito casacional- falta de "motivación correcta" de la sentencia de última instancia, considerando infringida la disposición del artículo 89 COGEP.

II.COMPETENCIA

16. Este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto en virtud de la Resolución n.° 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.
17. Con base en esa resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, han sido debidamente encargados para ejercer esas funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 114-P-CNJ-2021 y 112-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente.
18. El juez nacional (e) Adrián Rojas Calle, actúa por consecuencia de la acción de personal 247-UATH-2023-JV, de 13 de marzo de 2023, en la que se le encarga el despacho del doctor Wilman Terán Carrillo, quien asumiera funciones de vocal del Consejo de la Judicatura.
19. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183 numeral 6, 184 y 189 numeral 1 Código Orgánico de la Función Judicial.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

20. En el día y hora señalados para el diligenciamiento de la audiencia de casación, el juez nacional (e) ponente, dispuso que la actuaria de la Sala, certifique la comparecencia de las partes procesales.
21. En forma presencial, comparecieron el accionante, señor Francisco Javier Flores Morgner, con su defensa, abogadas Ariana Acosta Gómez y Silvia Abad Freile. La parte demandada y recurrente, por intermedio de su procurador judicial, abogado Luis Segovia Ortiz.

IV. FUNDAMENTACIÓN Y CONTRADICCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

a. Fundamentos de la impugnación
22. La representante legal de la niña cuya paternidad se impugna, por intermedio de su defensa, presenta los siguientes motivos.
23. Inicia identificando la sentencia de la que recurre, el tribunal que la emitió, el tipo de procesos, y las partes procesales.
24. Relata algunas cuestiones procesales, a modo de antecedente, como el propósito de la demanda, los fundamentos de hecho y de derecho de esta. En definitiva, hace hincapié en el hecho de que, si bien la niña –cuya paternidad se impugna-, nació dentro de matrimonio, no es menos cierto, que nació dentro de un mes de celebrado el matrimonio; por lo que, no se trataría de una acción de impugnación de paternidad, sino de impugnación de reconocimiento voluntario.
25. Asimismo, sostiene que, en el acto de proposición de contestación a la demanda, se afirmó que la acción, es de impugnación de reconocimiento, y no de impugnación de paternidad, como erróneamente, se plantea en el libelo inicial. Así las cosas, se debió aplicar la Resolución 05-2014 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.
26. Que si el nacimiento de la niña, se dio un mes después del matrimonio; se puede presumir, de modo razonable, que la pareja, conocía del embarazo de la madre.
27. Tras lo expuesto, recuerda que toda decisión judicial, por respeto al principio de congruencia, ha de ser el resultado de lo planteado por las partes procesales.
28. Señala, además, que el divorcio se produjo por mutuo acuerdo, y por la supuesta infertilidad.

29. Acusa a la sentencia de apelación por irrazonable, ilógica e incompresible (test de motivación). En resumen, por omitir resolver dentro de la *traba de la litis*.
30. En el escrito de casación afirmó, además, que el derecho a la identidad de la niña, ha sido vulnerado por la sentencia de alzada. Cita como infringidas, las disposiciones de los artículos 66 numeral 28 CRE, 6 de la Declaración de Derechos Humanos, 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,
b. Contradicción al recurso
31. El accionante, señor Francisco Javier Flores Morgner, se opone a los fundamentos del recurso, manifestando que el recurso de casación en la forma planteada, es improcedente.
32. En su concepto, el recurso de casación, no cumple con la causal segunda del artículo 268 COGEP.
33. Afirma que la decisión de última instancia, resuelve, de manera completa y en el marco de los actos de proposición de las partes. Así, refiere que, desde el planteamiento de la demanda, la prueba, contestación y resolución, se ha tratado de una acción de impugnación de paternidad, y no como afirma la demandada.
34. Cuestiona lo afirmado por la recurrente, puesto que, en la contestación a la demanda, no se planteó la excepción, respecto de que, se trataría de una acción de impugnación de reconocimiento,
35. Como quiera que fuese, y pese a que, insiste aquella alegación no fue parte de la contestación, el *ad quem*, responde en forma justificada a esa afirmación. En este sentido, dice, se aplica la disposición del artículo 246 CC, por la cual, se presume que un hijo tiene por padre al marido de su madre, cuando nace dentro de matrimonio, aunque no hayan transcurrido los ciento ochenta días a que se refiere el artículo 233 ídem.
36. Luego, sostiene que el test motivación al que se ha referido la contraparte, ya no es una cuestión jurídica vigente, puesto que, la propia Corte Constitucional, ha emitido nuevos parámetros de estudio sobre la garantía de motivación, Cita la resolución 1158-17-EP/21,
37. Con fundamento en ese precedente constitucional, asegura que la sentencia bajo reproche, contiene una decisión motivada, puesto que se evidencia una justificación suficiente desde el punto de vista de los hechos, y desde el punto de vista del derecho. Finalmente, sostiene que se han aplicado las disposiciones jurídicas pertinentes al caso.

V. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

38. Sobre la base de lo manifestado por los sujetos procesales, este tribunal de casación, se aboca analizar y resolver, si la sentencia dictada en apelación, contraría o no, la garantía de motivación.

VI. RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL PROBLEMA JURÍDICO

a. Sobre la motivación
39. La garantía de motivación es de trascendental importancia en tanto cumple varios propósitos, como derecho de las y los ciudadanos a recibir de las instituciones del estado una decisión legítima, como garantía de tutela y de debido proceso, así como de publicidad y control, no solo por parte de las autoridades jerárquicamente superiores sino de la sociedad en general.
40. De acuerdo con el artículo 76 numeral 7 literal l) CRE, las resoluciones de los poderes públicos en general y del poder judicial en particular, en que se vean comprometidos derechos, deben encontrarse adecuadamente motivadas.
41. El constituyente ha establecido parámetros mínimos para entender que una resolución se encuentra adecuadamente motivada, señalando que las resoluciones deberán para su legitimidad y validez, contener la especificación de los antecedentes fácticos, principios jurídicos y/o disposiciones normativas en que se funda la decisión, así como también la explicación de la pertinencia de esa subsunción normativa; proceder en contrario tiene una consecuencia doble, por un lado la nulidad del acto, y por otro, la responsabilidad de la o el servidor público que lo emite.

> CRE Art. 76.7 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.
>
> COFJ Art. 130.4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos

42. Como se ve, la garantía constitucional del derecho a la defensa y al debido proceso, en la dimensión de motivación de las resoluciones, cobra trascendental importancia dentro del ordenamiento jurídico del país, pues exige de toda autoridad, la justificación de los actos en que se decidan derechos de las y los ciudadanos, justificación que para ser así considerada, debe contener un estándar mínimo, como es la adecuada enmarcación de los antecedentes fácticos a los principios y/o normas jurídicas del ordenamiento estatal y la explicación de su pertinencia.

43. Tratándose de la función judicial, las decisiones adoptadas no solo deben cumplir ese estándar de justificación, sino desarrollarlo al máximo en ciertos casos en que se requiera reforzar la argumentación para dotar de legitimidad a una decisión. En este orden de ideas, la motivación constituye entonces, un deber constitucional y legal de los operadores jurídicos (artículos. 76 numeral 7 literal l) CRE, 130 numeral 4 COFJ, 361 y 362 CNA), y una garantía de control no solo para los intervinientes directos de las causas, sino de la sociedad en general, así como de publicidad.[1]

44. Respecto del derecho y la garantía de motivación conforme se encuentra configurada en la Constitución, el tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ha manifestado que:

> Las premisas vertidas en una providencia, deben encontrarse *plenamente justificadas*, esto significa que deben contener una justificación tanto interna, cuanto externa.
>
> Partiendo desde un punto de vista tradicional, *la justificación interna*, ha sido ligada al silogismo jurídico, cuyo resultado para entenderse como justificado, debe ser el producto de la aplicación de reglas universales;[2] también puede ser concebida como la correcta inferencia de las premisas para llegar a una determinada conclusión, en definitiva y en términos de Perelman, para entenderse justificada internamente una decisión debe existir un nexo de solidaridad entre las premisas y la conclusión,[3] lo dicho no significa otra cosa sino que la conclusión a la que llega el juzgador debe guardar coherencia o consistencia con las premisas previamente establecidas.[4]
>
> Por la segunda, *justificación externa*, nos referimos a la fundamentación propiamente dicha de las premisas usadas en la primera (justificación interna), habiendo para ello un amplio grupo de reglas y formas de justificación;[5] este tipo de justificación, se relaciona con la racionalidad de los argumentos o motivos que sustenten los elementos fácticos o normativos, que dicho sea de paso deben encontrarse correctamente establecidos en una providencia, en suma, cuando nos referimos a justificación externa, estamos hablando de una apropiada argumentación[6] que sirva de sustento a las premisas fácticas y normativas.
>
> Finalmente podemos decir, que la motivación puede ser concebida desde una doble perspectiva: desde el punto de vista de su estructura, que tiene que ver con la relación existente entre las premisas y la conclusión; y, desde el punto de vista de su fuerza, es decir, la intensidad de las razones que sirven de sustento a la conclusión.[7]

---

[1] El mismo criterio ha sido expuesto con anterioridad por la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, Juicio 122-16, Juicio 074-14, Juicio 291-15, Juicio 02793-15

[2] Robert Alexy, ***Teoría de la Argumentación Jurídica,*** trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2007, p. 214; así también véase Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Madrid, Trotta, 2013, p. 103-7.

[3] Chaïm Perelman, ***La lógica jurídica y la nueva retórica,*** trad. Luís Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 232.

[4] Manuel Atienza, op. cit., p. 105.

[5] Robert. Alexy, op. cit., p. 222-23.

[6] Manuel Atienza, op. cit., p 104.

[7] Juan Igartua Salaverría, ***El razonamiento en las resoluciones judiciales***, Lima, Temis, 2009, p. 46-7

45. La Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, a lo largo de varios pronunciamientos ha establecido ciertos parámetros para entender como motivada -o no- una decisión; así se ha manifestado que:

> […] para que una decisión adquiera el carácter de suficientemente motivada, ha de contener los siguientes requisitos: **(1)** fijación de las premisas fácticas, para lo cual ha de desarrollar un razonamiento probatorio que dé cuenta de una correcta inferencia entre los instrumentos probatorios debidamente actuados y la fijación de los hechos; **(2)** las fuentes del derecho en que se funda la decisión, para esto, ha de existir una adecuada subsunción de las premisas fácticas a los preceptos jurídicos; **(3)** coherencia de la decisión entre las anteriores, esto es, entre las premisas y la decisión final; **(4)** por último y en los casos que se requiera, ha de desplegarse los argumentos necesarios en los que se apoya la decisión, de tal suerte que se permita conocer la razonabilidad del fallo.

46. En definitiva, una decisión puede considerarse como atentatoria a la garantía de motivación, en los casos siguientes casos: **(i)** cuando no se hayan enunciado los hechos fijados; **(ii)** si no se evidencia análisis probatorio alguno; **(iii)** por falta de sustento de la decisión en el sistema de fuentes del derecho; o **(iv)** por manifiesta incoherencia entre la decisión y los antecedentes fácticos.

47. Finalmente, no puede perderse de vista además, que desde el punto de vista de los argumentos y las razones que sostienen a una decisión, estas deben reunir algunas condiciones, tales como coherencia y consistencia; y el lenguaje y las categorías conceptuales han de evidenciar claridad en su composición y expresión.

48. La jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, en desarrollo del derecho y garantía de motivación, ha trazado algunos parámetros para entender como debidamente satisfecha esta exigencia procesal; en tal sentido, ha señalado que:

> Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. *Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.*[8] (Cursivas pertenecen al tribunal de casación).

49. Sin embargo, en decisiones posteriores, emitidas por la actual Corte Constitucional del Ecuador, se ha manifestado, en forma general que la garantía constitucional de motivación, para encontrarse cumplida, ha de observar los parámetros que la Constitución contiene. Así, se ha expuesto que:

> La motivación de los actos jurisdiccionales constituye una barrera a la arbitrariedad judicial que contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia. La motivación constituye un elemento básico en toda decisión judicial, cuya importancia radica en el hecho de dar a conocer a las personas los motivos por los cuales se expidió una decisión determinada. La motivación no puede limitarse a citar normas y resumir los antecedentes del caso, sino que exige justificar por medio de un análisis lógico y coherente la resolución a la que arribó, mediante la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los hechos del caso.[9]

50. Ha expresado también –la actual Corte-, *que existe una diferencia entre la corrección de una argumentación, y la obligación de motivar las decisiones.* La primera, tiene que ver con la adecuada o correcta decisión que será materia de los diferentes recursos, y la segunda, sí tiene que ver con el artículo 76 numeral 7 letra l) CRE, y por la cual, se exige una motivación suficiente; o sea, que existan los requisitos de la norma constitucional

[8] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-16-SEP-CC, Caso 2209-11-EP, de 06 de enero de 2016. Así también véanse entre otras, Sentencia 008-14-SEP-CC, Caso 0729-13-EP; Sentencia 227-12-SEP-CC, caso 1212-11-EP; Sentencia 092-13-SEP-CC, Caso 0538-13-EP; Sentencia N 148-16-SEP-CC, Caso 0412-14-EP.

[9] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 274-13-EP/19 de 18 de octubre de 2019.

mencionada, más allá, de si, la decisión es acertada o no. En forma textual, la magistratura constitucional ha dicho:

> Sin embargo, no se debe confundir el deber de todo órgano jurisdiccional de motivar correctamente sus decisiones, materia de los diferentes recursos del sistema procesal, de la garantía constitucional de la motivación, que se refiere, solo, a motivar suficientemente dichas decisiones, entre otros fines, precisamente para hacer posible dicho control (…)
> [l]a garantía de la motivación no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales.[10]

51. Finalmente, en la sentencia n. ° 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, la magistratura constitucional se alejó, definitivamente del "test" de motivación referente a la lógica, comprensibilidad y razonabilidad; manifestando en su lugar, ciertas pautas para dar como motivadas las decisiones judiciales; pautas que se relataron con anterioridad y que refieren a la identificación de problemas jurídicos, coherencia, base fáctica, y la justificación de aplicación normativa, entre otros.

52. Este tribunal acota, en sintonía con lo anterior, que toda decisión además de lo manifestado, debe contener claridad conceptual, coherencia entre las premisas y la conclusión, así como, la pertinencia y justificación de lo decidido.

53. Otra implicación u obligación de la motivación tiene que ver con la necesidad de respuesta directa, suficiente y satisfactoria respecto los argumentos planteados por las partes procesales.

54. Como se dijo, en la sentencia n. ° 1158-17-EP/21, la Corte se alejó expresamente del "test de motivación", estableciéndose, en su lugar, pautas o parámetros mínimos para cumplir con la garantía de motivación.

55. Se manifestó por ejemplo que, las decisiones judiciales, deben contener una motivación suficiente, o mínima; para esto, se ha de explicitar o identificar la problemática jurídica a resolver; los asuntos relevantes planteados por las partes procesales; los argumentos que sirven de sustento para resolver la causa; y la aplicación normativa que se haga respecto de las conclusiones fácticas; aplicación normativa que dicho sea de paso, debe ser pertinente y justificada.

56. Como conclusión, es concepto de la Corte Constitucional que toda decisión judicial, debe contener una motivación suficiente en relación a los hechos (fáctica), y una motivación suficiente en relación al orden jurídico (jurídica).

57. En suma, se puede decir que una decisión motivada, contiene o evidencia una suficiente justificación fáctica, y una suficiente motivación jurídica.

58. Precisa además manifestar, que la respuesta a la que están obligados prestar los órganos jurisdiccionales, respecto los alegatos de las partes, ha de ser frente a los fundamentos o alegatos relevantes, de importancia que expongan las partes.

59. Asimismo, se ha de anotar, que cuando las partes procesales acusen a una decisión judicial por falta de motivación, a estas les compete demostrar de forma argumentada los vicios de motivación que aleguen. O sea, frente a la acusación de déficit motivacional, la carga argumentativa y/o de evidencia del vicio, le corresponde a quien lo alega.[11]

60. Es decir, si bien no existe una impostergable obligación para quien recurre, de identificar el vicio motivacional (incongruencia, incomprensibilidad, inatinencia, insuficiencia); sí soporta la carga de justificar, argumentadamente, cuál es el error de motivación. O sea, en forma clara, razonable, se deberá justificar la acusación. No se puede, como en el caso, de forma tan laxa, acusar falta de "motivación correcta", puesto que, ni siquiera la verdad o corrección de la sentencia, es motivo de recurso extraordinario por la causal segunda.

61. La justificación y/o argumentación del recurso en el marco de la causal segunda del artículo 268 COGEP, por el yerro de falta de motivación, es trascendente para su procedencia.

62. Respecto la obligación de argumentar la supuesta falta de motivación de las decisiones judiciales, en el precedente constitucional de la sentencia 1158-17-EP/21, se prevé:

> Esta Corte considera importante aclarar que, cuando una parte procesal acusa la vulneración de la garantía de la motivación en una determinada decisión judicial, no es indispensable que identifique uno de los tipos de deficiencia motivacional o de vicio motivacional

[10] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1906-13-EP/20 de 05 de agosto de 2020.
[11] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1158-17-EP/21, párr. 87 y 100.

descritos en esta sentencia. ***Lo que sí se requiere es que la parte procesal formule con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de la motivación.*** Es decir, no basta con realizar afirmaciones genéricas del tipo: "La sentencia no motiva adecuadamente la decisión" o "La motivación de la sentencia no reúne los requisitos del artículo 76.7.l de la Constitución", sino que debe especificarse en qué consiste el supuesto defecto en la motivación. La carga de la argumentación la tiene quien afirma que la garantía de la motivación ha sido transgredida, toda vez que la suficiencia de la motivación se presume, como ocurre con toda condición de validez de los actos del poder público […] (Cursivas y negritas son de este tribunal).

63. Pese a la deficiencia ostensible del recurso de casación respecto la obligación de ofrecer razones medianamente aceptables, claras y específicas sobre el supuesto yerro, la impugnación extraordinaria ha sido admitida por parte del conjuez competente del estudio de admisibilidad.

b. De la sentencia bajo reproche

64. Habida cuenta que el recurso de casación, ha sido aceptado a trámite en la forma en que se ha planteado; este tribunal, dará respuesta al cargo. Con este propósito, se hace necesario conocer lo más relevante de la decisión objetada.

65. El tribunal de la Sala de Familia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la sentencia de 01 de septiembre de 2022; las 11:40, en lo más relevante de su razonamiento judicial, expresa:

En el caso presente, el Tribunal ha ordenado prueba para mejor resolver, conforme lo autoriza el art. 168 COGEP, pese a que la recurrente ha pretendido que el proceso versa sobre impugnación de reconocimiento y no del de paternidad, es importante señalar que el presupuesto fáctico de la figura jurídica de reconocimiento voluntario constante en el art. 247 CC, refiere a los hijos nacidos fuera del matrimonio; revisada la partida de nacimiento de la menor de edad, no es ese el caso, por lo que el examen genético resulta imprescindible, al tenor de lo que dispone el art. 246 ibidem.

Es importante señalar que los hijos nacidos dentro del matrimonio, aún si no han transcurrido por lo menos los 180 días que establece el art. 233 CC, gozan de la presunción de paternidad, esto es, que se les considere como hijos del marido de la madre, por lo tanto, siendo esta una presunción legal, que al tenor del art. 32 ibidem permite desvanecerla con prueba apta, y esta es el examen de ADN conforme lo ordena expresamente la ley.

Justificada la necesidad de la prueba para mejor resolver, se ha advertido a la recurrente de las sanciones que permite la ley, ante la renuencia a realizarlo; en el día y hora se ha llevado a cabo la toma de muestras y se ha realizado el examen genético.

Esta prueba genética de ADN que a pesar de haber sido anunciada y aceptada en la primera instancia en la fase de admisibilidad probatoria, no fue evacuada, el Tribunal de segunda instancia la ha ordenado como prueba para mejor resolver y realizado el examen, los resultados indican que entre el demandante y quien fue inscrita como su hija, no existe vínculo biológico.

La recurrente, en la fundamentación de su recurso, ha alegado que el reconocimiento fue voluntario y que por tanto no se discute la verdad biológica, el juez de primera instancia ha dicho que constituye variación entre lo que ha contestado en su acto de proposición y lo que ha expuesto posteriormente.

Las excepciones de la accionada fueron: improcedencia de la acción y negativa de los fundamentos de la demanda; es verdad que en su libelo ha invocado el precedente jurisprudencial obligatorio de la Corte Nacional de Justicia No. 05-2014 […]

Es verdad que la negativa de los fundamentos de hecho constantes en la demanda como ha hecho la accionada en su segunda excepción de fondo, no obliga a producir prueba, pero las afirmaciones implícitas o explícitas que realice el accionado en su contestación, sí le obligan a probar, en el caso, la excepción de improcedencia de la acción y su argumento que el reconocimiento fue voluntario, este hecho debió ser probado pues es una afirmación explícita y al renunciar en la audiencia de juicio a la evacuación probatoria, esta aserción ha quedado sin sustento, lo que nos lleva a concluir que ha incumplido con su carga probatoria […]

Es verdad que, por la fecha de nacimiento de la hija contrastada con el matrimonio, podría quedar en duda si es que estamos hablando de la impugnación de reconocimiento o la impugnación de paternidad, pues el matrimonio se realizó el 13 de agosto de 2008 y la niña nació el 6 de septiembre de ese mismo año,

es decir que, a la fecha del matrimonio, la demandada estuvo embarazada, pero el art. 246 CC es muy claro al manifestar que los hijos nacidos dentro del matrimonio aún si no han transcurridos 180 días, gozan de la presunción de paternidad a su favor.

Sin embargo, el nacimiento de la niña un mes después del matrimonio, hace presumir razonablemente que la concepción se produjo antes, y que los contrayentes estuvieron conscientes de ese embarazo, por lo tanto, la aseveración que el accionante conocía que no era su hija y que voluntariamente decidió reconocerla como tal, debió ser probado, lo cual, al renunciar a la prueba, ha quedado sin sustento.

Hay que señalar que el demandante señala que se enteró posteriormente que era estéril, sin embargo, no hay diagnóstico médico específico de esa condición médica, ni tampoco es cierto que el matrimonio se disolvió por causa de adulterio, sino que fue por mutuo consentimiento […]

habiendo nacido la menor de edad dentro del matrimonio, ordenado el examen y una vez que se obtienen los resultados, este Tribunal establece que no existe vínculo biológico entre padre e hija y que, por lo tanto, como manifestó el juez resulta plausible el argumento del demandante, y en tal virtud debe aceptarse.

En sentencias de la Corte Constitucional, se ha establecido que el derecho a la identidad de los menores de edad, que en el caso de prosperar los procesos de impugnación del vínculo filial, pueden mantenerse ya que el niño, niña o adolescente ha sido conocido por todos con esos apellidos, y en vista de la edad de la hoy adolescente, Keren Estefanía, el Tribunal considera que si ella lo prefiere puede seguir conservando sus apellidos con los que fue inscrita, sin que ello implique la permanencia de ningún derecho de los derivados de la filiación, esto es patria potestad y los derechos inherentes a ella: alimentos, tenencia, visitas, además del derecho a suceder […]

66. De la decisión en cita, se obtienen algunas premisas fácticas y jurídicas, que son necesarias destacar para la resolución de esta causa con respecto al cargo de falta de motivación.

67. El tribunal de apelación, determina: **(1)** que el matrimonio entre el accionante, y la madre de la niña accionada, sucede el 13 de agosto 2008 **(2)** que la niña cuya paternidad se impugna, nace el 06 de septiembre de 2008; **(3)** que del examen de ADN realizado como prueba para mejor resolver, actuada en segunda instancia, concluye en la exclusión de la paternidad biológica; **(4)** que si bien, el artículo 233 del Código Civil, determina que la presunción de paternidad opera para las hijas/os nacidos después de 180 días de celebrado el matrimonio; no es menos cierto que, el artículo 246 ídem, determina que la presunción de paternidad –del cónyuge de la madre- como padre de los hijos/as nacidos en matrimonio; también opera para los nacidos en menos de 180 días de celebrado el matrimonio; **(5)** por lo que, considera el *ad quem*, que si existió un reconocimiento voluntario de paternidad, y no habría operado la presunción de paternidad; entonces, la madre de la niña, debió demostrarlo, sin que esto haya sucedido; **(6)** de ahí que, la presente acción trata de una impugnación de paternidad (no una impugnación de reconocimiento), por lo que, la prueba de ADN, es trascendente.

68. Bajo el escenario descrito, el tribunal *ad quem*, considera fundada la demanda; y declara con lugar la acción. Es de notar finalmente que, se deja abierta la posibilidad de que la niña continúe identificándose con los apellidos con que fue inscrita, sin que esto implique conservación o derechos de filiación paterna.

c. Análisis del tribunal de casación

69. Previo el asunto discutido como tal, en casación, es pertinente recordar que existe una distinción entre la acción de impugnación de paternidad, y la de impugnación de reconocimiento voluntario.

70. La acción de impugnación de paternidad deviene de la presunción legal, por la cual, los hijos/as nacidos expirados 180 días de la celebración del matrimonio, tienen por padre, al cónyuge de la madre. No se puede perder de vista que, la presunción opera también, pese a que, los hijos/as, nazcan dentro de 180 días del matrimonio.

71. La impugnación de reconocimiento voluntario en cambio, se dirige a impugnar la paternidad de hijos/as cuya paternidad se ha realizado respecto niños/as nacidos fuera de matrimonio, y cuyo vínculo se ha establecido por la declaración expresa y voluntaria de paternidad de quien reconoce ser el padre del niño o niña. De ahí que, el reconociente, no puede impugnar su reconocimiento, precisamente porque se trata de una declaración de voluntad, libre expresa y consciente, además, el derecho a la identidad de niños/as juega un rol preponderante. La acción que le asiste al reconociente, es la de nulidad del acto de reconocimiento voluntario, si es que se demuestra vicio del consentimiento.

72. Por lo expuesto, es que en la acción de impugnación de paternidad (hijos/as nacidos dentro del matrimonio), la prueba de ADN es pertinente, idónea, y adecuada para desvanecer la presunción de paternidad; y en la segunda –impugnación de reconocimiento-, la prueba de ADN, no tiene relevancia. En la acción de nulidad del acto de reconocimiento, primero, se ha de demostrar el vicio del consentimiento –error, fuerza, dolo-, y después, sí, la exclusión de paternidad.

73. Dentro la causa signada con el n. ° 17761-2015-0152, el tribunal de la Sala de Familia de la Corte Nacional de Justicia, ha manifestado:

> En el presente caso, es el propio actor –hoy recurrente- quien libre y legalmente ha reconocido como hijo suyo al niño demandado; ese acto de reconocimiento al tener implicancia directa sobre el derecho de identidad del niño, para su revocatoria, requiere se demuestren los vicios del consentimiento de ese acto, pues no puede permitirse dentro del ordenamiento jurídico constitucional vigente, que a voluntad del reconociente, en un momento se reconozca como hijo suyo a un infante; y, después, así mismo "voluntariamente" se lo despoje de esa calidad; el bien jurídico tutelado es el derecho personal a la identidad, y no un negocio jurídico de talante patrimonial o contractual, que pueda deshacerse a voluntad de una de las partes; por este motivo, "[e]n el ámbito europeo el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que el derecho a la identidad forma parte del núcleo duro del derecho al respeto a la vida privada.[12]

74. Esta misma Sala, en lo que respecta a la diferencia entre impugnación de paternidad y de reconocimiento, ha señalado:

> Como se puede apreciar de los antecedentes descritos, el debate procesal desde el planteamiento de la demanda, se ha centrado en la oposición que hace el demandante de la paternidad de su hijo habido en matrimonio, pues la descripción fáctica realizada en su libelo, es clara en manifestar que el niño cuya paternidad pone en duda, ha sido nacido en matrimonio; por tanto, a esas manifestaciones sobre los hechos que impulsan la demanda, ciertamente le corresponde el fundamento jurídico contenido en el art. 233 s.s. del Código Civil, que trata sobre la impugnación de paternidad de un hijo concebido dentro de matrimonio, donde se presume que el marido de la madre del que ha nacido, es el padre, situación diferente a la impugnación de reconocimiento, donde se reprocha la declaración de voluntad –ya no la presunción- del que ha reconocido como hijo/a a una persona.[13]

75. Una vez dicho esto, corresponde manifestar, que la decisión del tribunal de apelación, se halla debidamente justificada y motivada.

76. Como se vio, el *ad quem*, en forma acertada, determina que ha operado la presunción de paternidad, por lo que, conforme los artículos 233 y 246 del Código Civil, la acción planteada, es la pertinente, es decir, impugnación de paternidad de una niña, nacida dentro del matrimonio.

77. También resulta razonable la afirmación por la cual, el tribunal de alzada, entiende que, si se alegó que la paternidad se fijó por declaración de voluntad, y no porque ha operado la presunción de paternidad, entonces, la parte que alegó este hecho, ha debido probarlo. Sin prueba al respecto, resulta razonable la determinación fáctica por la cual, se tiene que la paternidad del señor Francisco Flores Morgner, respecto la niña Keren Estefanía, se dio por presunción de que el cónyuge de la madre, es su progenitor.

78. Establecida esta inferencia de hecho, el *ad quem*, con base en la prueba de ADN, que excluye la paternidad del señor Flores Morgner de la niña Keren Estefanía, entiende desvirtuada la presunción de paternidad y declara con lugar la demanda, o mejor dicho, ratifica la decisión del juez primigenio.

79. De lo que se acaba de relatar, se puede concluir que el *ad quem*, establece de manera razonable sus premisas fácticas, y la aplicación normativa respecto ese escenario, es pertinente y adecuada. Asimismo, la decisión es coherente con las categorías fácticas y jurídicas.

80. Finalmente, este tribunal considera pertinente la decisión por la cual, sin que impliquen derechos de filiación, se resuelve dejar abierta la posibilidad de que la niña, continúe, identificándose con el apellidos con los que ha sido inscrita. Esta determinación, tiene relación con el derecho

[12] Hernán Talciani, Intereses y derechos en colisión sobre la identidad, 07.08.14, en http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n2/art03.pdf

[13] Corte Nacional de Justicia, Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, sentencia dictada dentro del juicio 17761-2016-0146.

a la identidad en su dimensión de autoidentificación, relación y proyección en la sociedad, entre otros elementos característicos del derecho a la identidad.

81. Por lo que, la sentencia emitida en última instancia, por el tribunal de la Sala de Familia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, es adecuada y conforme los criterios y obligación de motivar las decisiones judiciales (artículos 76 numeral 7 literal l) CRE y 89 COGEP).

82. La decisión de apelación, contiene una motivación suficiente, desde el punto de vista de los hechos, y desde el punto de vista de las disposiciones jurídicas. Además, el problema jurídico que la causa plantea, es determinado y resuelto en forma pertinente, y sobre la base de las alegaciones de las partes, así como en función del orden jurídico pertinente a la traba de la *litis*.

VII. DECISIÓN EN SENTENCIA

83. *Por las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores 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 resolución que fuera emitida el 01 de septiembre de 2022; las 11:40, por el tribunal de la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.*

84. *Con el ejecutorial se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen.* ***NOTIFÍQUESE.***

Adrián Rojas Calle
Presidente de la Sala de lo Civil y Mercantil

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 17203-2021-02297

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Adrián Rojas Calle**

ACCIÓN
INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD POST MORTEM

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

Examinado el fallo de segunda instancia, impugnado en casación, el Tribunal de casación rechazó los cargos planteados. Resalta en la decisión, la facultad oficiosa del juzgador para solicitar prueba para mejor resolver, por cuanto en los procesos de investigación de paternidad, está en disputa el derecho de identidad constitucionalmente protegido.

Quito, jueves 9 de noviembre del 2023, las 10h41

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 12 de octubre del 2023, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso casación interpuesto por el doctor Ricardo Andres Izurieta Eguiguren, Procurador Judicial del señor Fabián Emilio Almeida Cruz, dentro del juicio ordinario de investigación de paternidad post morten. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La señora Marcia Georgina Rodríguez, plantea demanda ordinaria de investigación de paternidad post morten, en contra de los herederos de Ángel Fabián Almeida Guzmán.
2. Efectuada la citación, comparece la parte demandada negando el vínculo biológico demandado e indicando que la accionante utilizando documentos falsificados y jurando en falso, obtuvo dolosamente la posesión efectiva de bienes dejados por el causante Ángel Fabián Almeida Guzmán.
3. El Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, el 6 de abril del 2022, desecha la demanda por insuficiencia de prueba.
4. De esta sentencia, la actora interpone recurso de apelación, resuelto por Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el jueves 26 de enero del 2023, las 16h39. Aceptando el recurso de apelación interpuesto por la accionante y en consecuencia revoca la sentencia venida en grado declarando que la señora Marcia Georgina Rodríguez tiene por padre biológico al señor Ángel Fabián Almeida Guzmán y por lo tanto tiene derecho a llevar el apellido de su padre, ordenando la correspondiente inscripción de la sentencia en la partida de la accionante Marcia Georgina Rodriguez en el Registro Civil, a fin que lleve el apellido de su padre.
5. De la sentencia de segunda instancia, Ricardo Andres Izurieta Eguiguren, Procurador Judicial del señor Fabián Emilio Almeida Cruz, interpone recurso de casación, que ha sido admitido a trámite por el señor Conjuez Nacional Competente, doctor Carlos Pazos Medina, mediante auto de 30 de junio del 2023, las 11h58.
6. Al tenor del inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante COGEP, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Adrián Rojas Calle, en calidad de Juez ponente.

II. COMPETENCIA

7. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.
8. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.
9. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.
10. Este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda y Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del COGEP y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

11. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del COGEP. En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

12. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

13. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

14. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

15. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades[1].

16. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

17. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho[2]; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes[3].

18. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable en casación.

[1] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9
[2] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102
[3] Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.
c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

19. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución[4]; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

20. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.
4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)[5].

21. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 266 y 267 del COGEP, determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

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

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.

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

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

22. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

23. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

> (…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.
> Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.[6]

24. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

25. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, compareció la defensa técnica del casacionista Fabián Emilio Almeida Cruz, fundamentando el recurso en torno a los casos dos y cuatro del artículo 268 del COGEP; en los siguientes términos:

25.1. Por el caso dos, acusa la falta de cumplimento del requisito de la motivación para lo cual señala el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos; artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial y sentencia Constitucional No. 1158-17-EP/21, señalando que la sentencia es inmotivada por insuficiencia normativa, puesto que en su considerando segundo, cita una larga lista de normas, en forma general y abstracta, sin explicar la pertinencia de ninguna de la ellas a la resolución del caso.

25.2. Por medio de caso cuatro, indica que existe indebida aplicación de la norma procesal aplicable a la valoración de la prueba contenida en el art. 168 del COGEP, así como de los artículos 169, 226 224, numerales 4 y 5 del mismo código.

25.3. Acusa además, la errónea interpretación del artículo 11 del título V del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, infracciones que considera han conducido a la indebida aplicación de los artículos 252 y 255 del Código Civil, así como a la no aplicación de la norma del art. 76.7.k) de la constitución y del art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial.

25.4. Fundamenta su impugnación, señalando que la prueba pericial dispuesta de oficio por la Sala de Alzada, rebasó los límites legales de actuación de los jueces en esa materia, debido a que aquella solamente cabe para superar insuficiencias probatoria por empate, no insuficiencia probatorias por ausencia de prueba.

25.5. Que en la presente causa no existieron informes periciales contradictorios para que

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

se ordene de manera oficiosa otro peritaje.

25.6. Añade, que según el artículo 11 del Título V del Capítulo I del CONA, para que la prueba del ADN tenga valor probatorio en juicio, debe ser practicado por laboratorios especializados públicos y privados, que cuenten con peritos calificadas por la Fiscalía. En caso de los laboratorios privados deben contar con el permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud Pública. En ese sentido, enfatiza en el derecho de los justiciables a la defensa, en que se incluye el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, independiente y competente.

25.7. En ese contexto, solicita que se case y se deje sin efecto el fallo cuestionado, se dicte la sentencia de mérito que en derecho corresponda, en reemplazo de la sentencia impugnada, en la que se rechace la demanda.

26. La contraparte, Marcia Georgina Rodriguez, en su calidad de actora, a través de su defensor, refutó la impugnación casacional descrita, indicando:

26.1. Que en la sentencia recurrida, se encuentran suficientemente explícitos los elementos argumentativos mínimos de la fundamentación normativa, es decir, las normas transcritas en el considerando segundo de aquella, las cuales de manera clara e implícita, tienen relación con el problema jurídico sobre el que ha girado la litis, mismo que se ha explicado en los párrafos constantes en la sentencia, por lo que no existe insuficiencia en la argumentación jurídica como ha alegado el demandado.

26.2. En lo referente al artículo 168 del COGEP, indica que la casacionista ha sostenido que aquel ha sido violado por indebida aplicación, por lo que, al momento de sustentar dicho cargo, no solamente debía señalar la norma indebidamente aplicada sino también, y de manera conjunta, la norma o normas correctas que debieron ser aplicadas en su lugar.

26.3. En suma, considera que la impugnación carece de ejercicio argumentativo en el que se enlace las violaciones directas con las violaciones indirectas, que determine cómo se produjeron estas últimas, incumpliendo con la técnica que se requiere la casación.

26.4. Culmina señalando, que no existe error de derecho en la sentencia censurada, y mucho menos existen los cargos alegados por el casacionista en su recurso, por lo que solicita que el recurso sea rechazado en su totalidad.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

27. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 *ut supra*, este Tribunal se plantea los siguientes problemas jurídicos objeto de resolución:

27.1. ¿La sentencia emitida por Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el jueves 26 de enero del 2023, las 16h39; cumple con la argumentación normativa suficiente?

27.2. ¿Existe en el fallo impugnado, infracción de las normas que gobiernan la disposición de prueba para mejor resolver, tornando la valoración probatoria en arbitraria?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

28. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

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. (Énfasis añadido).*

29. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

(…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el

Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática[7].

30. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.° 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una ***motivación correcta****, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.*

31. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1. Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del COGEP.

32. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el cargo traído a casación por los recurrentes, se configura cuando *"(…) la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

33. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

34. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles entre sí, en la parte resolutiva del fallo. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la demanda y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten la aplicación de la normas de derecho que corresponden al caso, para arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

35. Por último, es motivo anulación del fallo, por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

36. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

37. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida.[8]

[7] Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.° 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.° 193, párr. 152.

[8] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución del Juicio No. 07333-2018-01632 de 17 de enero de 2022.

38. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "… requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal…".[9]

39. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución, ha expresado que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por: (1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia.[10]

40. Dicho esto y en razón de la denuncia del casacionista, con respecto a que la sentencia recurrida adolece de insuficiencia normativa, revisada la motivación de la sentencia impugnada, se tiene que en la parte pertinente del análisis del tribunal sobre el objeto de apelación, en el considerando segundo y cuarto del fallo constan las normas en que se fundamenta la decisión de la controversia, relativa a la investigación de paternidad.

41. Específicamente, en el considerando CUARTO del fallo, consta:

> (…)En el caso de la prueba de la accionante que pretende que se tomen en cuenta los perfiles genéticos de su pretenso padre y los de ella, es importante señalar que dicha prueba no tiene aptitud probatoria, es importante no sólo señalar que conforme lo que dispone el art. 72 COGEP, las pruebas deben realizarse ante ante el juez que decidirá el conflicto, tanto es así, que el art. 120 ibídem sobre la posibilidad de anticipar la práctica de la prueba, contiene regla de prevención, sino que el CONA en la normativa que se transcribió, dispone reglas especiales para el examen genético para determinar el vínculo biológico, de modo que las pruebas obtenidas carecen de conducencia y por ello se confirma su inadmisión.
>
> En cuanto a la prueba de la contraparte, que se ha encaminado a probar la aseveración que la accionante al falsificar un acta de posesión efectiva y una sentencia, no es hija del fallecido Almeida Guzmán, porque esos actos no los haría un hijo verdadero, carecen de conexión con el proceso que versa sobre la investigación de la paternidad, es decir sobre el derecho de una persona de determinar quién es su padre biológico y por lo tanto se confirma la inadmisión.
>
> Conforme lo prevé el art. 168 COGEP, los jueces y tribunales pueden ordenar prueba oficiosa, de forma extraordinaria y debidamente motivada: en el caso, se examinó que la litis tiene como fundamento el derecho de una persona a conocer su identidad, lo cual está protegido constitucionalmente, al ser una persona de la tercera edad, también se encuentra en la categoría etaria que merece atención prioritaria de la administración de justicia. El derecho de las personas a conocer su identidad ha sido especialmente protegido por el legislador y las Cortes a lo largo de los años, en efecto, recordemos la inconstitucionalidad de la norma que establecía la prescriptibilidad de ese derecho, así mismo la reforma al Código Civil, que reprodujo el mismo alcance de la tutela del CONA, para el evento que el presunto padre se negara a someterse al examen genético, lo que constituye regla de reversión de carga probatoria.
>
> Por estas razones este Tribunal ordenó la exhumación de los restos mortales de Ángel Fabián Almeida Guzmán, la obtención del material genético y el examen comparativo de ADN con la muestra de la accionante, con la finalidad de cumplir con el deber de tutelar derechos constitucional y legalmente protegidos como la identidad, así mismo de contribuir con la averiguación de la verdad, conforme a los puntos controvertidos que fueron fijados en la audiencia preliminar, con lo que se ha justificado plenamente la necesidad de ordenar prueba oficiosa por parte de este Tribunal.
>
> Para ello se designaron peritos calificados por el Consejo de la Judicatura, cuyos nombramientos, conforme aparece en providencia de fs. 14 del cuaderno de segunda instancia, recayeron en Roberto Escudero Izquierdo, perito calificado en Antropología Física Forense y en Fabián Aragón Lovato calificado en Genética Forense, quienes han sido debidamente

[9] Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E
[10] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

posesionados como aparece de las actas de fs. 25 y 27 de esta instancia.

En el día y hora señalados para la diligencia de exhumación, el Tribunal junto con la secretaria relatora y las partes procesales se trasladaron al Camposanto Monteolivo, y en unidad de acto, contando con la colaboración del personal del camposanto, el perito Escudero Izquierdo, realizó la extracción de la muestra del fémur de los restos mortales identificados como pertenecientes a Fabián Almeida Guzmán, conforme su experticia acreditada, lo cual consta en el informe que se encuentra de fs. 42 a 44.

Posteriormente la accionante acudió al Laboratorio del perito genetista con la finalidad de proporcionar la muestra idónea para el examen de ADN, diligencia que conforme obra la razón de autos (fs. 41 de esta instancia) se realizó en presencia de la delegada del tribunal y el perito genetista Fabián Aragón Lovato. El posterior análisis comparativo de las muestras genéticas ha dado como resultado positivo la existencia del vínculo biológico entre la accionante y el señor Ángel Fabián Almeida Guzmán, tal como consta en el informe de fs. 54 a 56, la probabilidad de paternidad se establece en el porcentaje de 99.9999%.

Es importante señalar las diferencias entre las diligencias probatorias practicadas con el COGEP de las del COIP, en las que el fiscal es quien prepara todo el acervo probatorio. En esta diligencia, los jueces hemos asistido junto con la Secretaria Relatora, habiendo previamente solicitado la colaboración del Director del Camposanto Monteolivo (fs. 18) en el que se encuentran los restos mortales del pretenso progenitor, de quien se ha confirmado ahora, la paternidad (…).

El Tribunal en aras de la transparencia procesal, pese a que el CONA establece la suficiencia del examen de ADN cuando éste se ha realizado conforme la normativa para el caso, ha suspendido la diligencia, notificando con el día y hora de la reinstalación de la diligencia tanto a los peritos con la obligación de comparecer a audiencia y sustentar su informe como a las partes procesales (…).

El proceso de investigación de paternidad tiene por objeto determinar la existencia del vínculo biológico entre las personas, en este caso entre el presunto padre y su hija, quien es accionante en este proceso; en vista que se discute el derecho de identidad, el tribunal ordenó prueba para mejor resolver, esto es la obtención de la muestras biológicas y el posterior examen genético, diligencia que se realizó mediando oficio al Gerente del camposanto quien dio las facilidades del caso para el desarrollo de la pericia, esto es la determinación del lugar en donde debía obtenerse la muestra biológica (…).

En el caso el resultado del examen genético ha sido positivo a las pretensiones de la accionante, la alta fiabilidad del examen genético es la razón de su suficiencia, no se ha probado que estas pericias se hayan apartado de la normativa prevista para estos casos por lo que se han desestimado las objeciones realizadas en la sustentación pericial y el Tribunal ha resuelto en consecuencia aceptar la demanda propuesta… [Sic].

42. La ex Corte Suprema indicaba: *"Una decisión es absurda cuando la valoración es ajena a las leyes lógicas formales y arbitrarias cuando hay ilegitimidad en la motivación (…) el absurdo en la valoración de la prueba no se limita a la sola ilegitimidad de la motivación, lo cual ocurre cuando el juzgador prescinde de pruebas esenciales, computa pruebas inexistentes o valora pruebas inválidas y si este proceder lo adopta voluntariamente, se trataría de una arbitrariedad"*.[11]

43. Del contenido de la sentencia, se tiene que la Sala de apelación, sostiene su decisión de inadmisión de la prueba biológica presentada por la demandante, al no haber sido actuada y practicada conforme las reglas determinadas en el COGEP y el CONA.

44. En ese sentido, con el propósito de garantizar los derechos y garantías constitucionales de la demandante, el tribunal ordenó la práctica de prueba para mejor resolver, conforme faculta el artículo 168 del COGEP.

45. Y, siendo que el objeto de la controversia se constriñe a determinar la identidad biológica de la actora, a partir de la cual la administración de justicia puede declarar al no reconocido como hijo de determinado padre o madre, al tenor del artículo 252 del Código Civil, norma citada como aplicable al caso por el ad quem; no se evidencia

[11] Resolución caso N. 202-2002, publicada en el Registro Oficial N. 710 de 22 de noviembre de 2002

déficit motivacional en el fallo objetado, pues tanto de su contenido explícito como implícito se vislumbran con claridad las razones de la decisión, resultando suficientes.

46. En definitiva, la sentencia del tribunal de apelación enuncia las normas en su sustenta su decisión, justificando su aplicación y pertinencia en contraste con los hechos del caso. De manera que reúne los requisitos mínimos de motivación, por lo tanto, no existe mérito que dé lugar a la casación por falta de motivación.

7.2. Resolución de los cargos por el caso cuarto del artículo 268 del COGEP

47. En casación, los vicios en la valoración probatoria, son examinados por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP, y pueden consistir en la falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación[12] de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba siempre que conduzcan a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho sustantivo.

48. A esta causal se la denomina de infracción indirecta del derecho sustantivo. Por cuanto el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (la primera violación) conduce a otra violación, la de las normas de derecho sustantivo (segunda violación).

49. De allí la denominación de violación indirecta, siendo que mediante la casación no se puede soslayar la convicción que sobre los medios de prueba haya alcanzado el juez de instancia, sino únicamente la aplicación e interpretación de las normas de derecho material.

50. La demostración del yerro por esta causal, exige especificar:

a) El o los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico; son preceptos de valoración probatoria, los que le dicen al juzgador el valor específico o determinado que contiene cada medio de prueba, en virtud del cual se ha de formar su convicción.

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. Esta segunda infracción, la de las normas de derecho sustantivo, es necesaria, por cuanto una vez efectuada la valoración de los instrumentos probatorios, los juicios de hecho obtenidos por el juez, se deben adecuar los presupuestos jurídicos de las normas que regulan lo demandado, para determinar su procedencia o no.

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. (La sola enunciación de las normas de valoración infringidas y de las derecho material, no basta para el cargo, puesto que en materia civil no existe casación oficiosa (como en penal), de allí que la explicación y demostración del yerro es obligación del casacionista, dicha carga no puede ser suplida por el juez de casación.

51. En esencia, los cargos por esta causal parten de errores de hecho y terminan en errores de derecho[13]. De allí que en virtud de su verificación excepcionalmente puede ser asumida la valoración por el Tribunal de Casación, solo si el error es protuberante y de tal trascendencia que sin él no se haya podido arribar a la decisión adoptada en la resolución impugnada, de manera que la

[12] **1.- Aplicación indebida:** Ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla.
2.- Falta de aplicación: El juzgador yerra ignorando en el fallo la norma aplicable al caso controvertido. Implica error en cuanto a la existencia de la norma.
3.- Errónea interpretación: 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.

[13] Llinas María, El error de hecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, citando a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-119 del 16 de diciembre de 2008, expediente N° 66170 3103 001 2001 00319 01. M. P; acerca de las normas sustanciadas: *"(…) un precepto es de estirpe sustancial cuando crea, declara, modifica o extingue derechos subjetivos y potestades de las personas".*

presunción de legalidad de la sentencia decaiga por su propio peso.

52. Podrá actuar de esta manera el tribunal de casación, solo cuando se haya formulado cargo por la causal cuarta del 268 del COGEP y siempre que medie demostración a partir de la infracción de los preceptos de valoración de prueba.

53. En el caso en examen, el casacionsita, acusa la infracción del artículo 168 del COGEP, por indebida aplicación, denunciando además la falta de aplicación del artículo 169, 224 numerales 4 y 5 y 226 todos pertenecientes al Código Orgánico General de Procesos y la errónea interpretación del artículo 11 del Título V del Código Orgánico de la Niñez y de la Adolescencia.

54. En consecuencia, acusa la no aplicación del artículo 76, numeral 7 literal k) de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial. Así como la indebida aplicación de los artículos 252 y 255 del Código Civil.

55. En resumen, el recurrente argumenta su impugnación por el caso cuarto, señalando que el tribunal ad quem, valoró prueba indebidamente introducida al proceso, al ordenar oficiosamente la prueba genética de ADN, lo que considera que ha generado desequilibrio en los derechos de las partes procesales.

56. En esa línea, con respecto a la denuncia de presunta infracción de los artículos 168 (prueba para mejor resolver), 169 (carga de la prueba), 224 (contenido del informe pericial) y 226 todos del COGEP (prueba pericial de oficio) y 11 del CONA (forma de realización de la prueba de ADN). Ninguna de dichas normas es contentiva de algún precepto de valoración de prueba, por lo que en principio y por sí solas son insuficientes para sustentar cargo por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP.

57. No obstante, en el caso se ha denunciado la ilegal actuación y en consecuencia indebida valoración del examen de ADN efectuado entre la actora y los restos mortales del extinto señor Fabián Almeida Guzmán. Y, tal como señalaba la ex Corte Suprema de Justicia, es motivo de casación por esta casual, la valoración de pruebas indebidamente introducidas al proceso[14], lo que en definitiva tornaría en arbitraria su valoración.

58. Sin embargo en el caso en estudio, no se observa ilegalidad en la disposición de la práctica del examen genético de ADN, toda vez que al tenor del artículo 168 del COGEP, procesalmente se contempla la posibilidad de que el juez disponga motivadamente prueba para mejor resolver; facultad que dicho sea de paso es independiente del informe pericial para mejor resolver, del artículo 226 del COGEP, que se puede ordenar cuando existen informes periciales recíprocamente contradictorios o esencialmente divergentes sobre un mismo hecho. La diferencia radica en que la prueba para mejor resolver que considere necesaria el juzgador ordenar, puede ser de cualquier tipo, siempre y cuanto se justifique su necesidad y excepcionalidad.

59. Volviendo al caso, la necesidad y excepcionalidad de la práctica del ADN, se justifica en la naturaleza de la acción planteada, investigación de paternidad, que persigue el restableciendo del derecho identidad personal de la demandante; mediante la declaración judicial de su filiación biológica.

60. Tal como señala el tribunal de apelación, el caso trata de la identidad biológica de la actora , quien tiene derecho a conocer su procedencia genética, que hace parte del derecho a la identidad personal, como derecho de libertad contenido en el artículo 66.28 de la Constitución de la República, el cual no solo permite la designación de las personas con nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; sino también la conservación y desarrollo de las características materiales e inmateriales de la identidad, como son la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

61. En suma, el Estado está obligado a la protección de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando que cada miembro identificado como parte un linaje familiar, goce de los mismos derechos y oportunidades que el resto de sus integrantes, promoviendo la responsabilidad parental.

62. En este sentido, esta sala ha señalado en torno al derecho de identidad y declaratoria de paternidad post mortem, que:

> "(…) el derecho de identidad personal, evoca a dos supuestos: 1) la identidad genética y 2) la identidad filiatoria[15]; a través de la primera

[14] Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14. Pág.3962.

[15] Eduardo Zanoni, *ibídem*, pág.78

se busca llegar a la realidad biológica de la persona, pues no obstante del sentido de pertenencia que se pueda tener con respecto a quienes jurídicamente aparecen como familia, es importante que se respete la dignidad e individualidad que caracterizan a cada persona…. se permite entonces, que toda persona conozca la verdad sobre su origen y en consecuencia, la herencia genética legada de sus progenitores biológicos; lo cual devela su irrepetible identidad. De manera general, la identidad filiatoria, también está dada a partir de verdad biológica, pero bajo ciertas circunstancias la identidad de filiación no siempre coincide con la identidad genética, como sucede en el caso de hijos habidos fuera del matrimonio y reconocidos por el cónyuge, hijos adoptados, hijos reconocidos voluntariamente aun conociendo que no lo son o mediando errores en el consentimiento del reconociente. … para cuyo establecimiento era factible recurrir a la prueba científica de ADN, de los restos mortales del presunto progenitor, por ser el medio más idóneo con es que se cuenta en la actualidad para revelar la herencia genética en este tipo de acciones y que a luz del artículo 13, Capítulo I, Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, es prueba suficiente para la declaración de maternidad o paternidad. No obstante, en la investigación de paternidad, en pro de salvaguardar el interés legítimo de los hijos, amparados a nivel constitucional por iguales derechos, se erige el denominado principio de libertad de investigación de la maternidad o paternidad, que permite *"al hijo el ejercicio de la acción de reclamación del estado filiativo en términos amplios, en contra de quien corresponda y apoyándose en toda la gama de pruebas que admite la ley, posibilitando, de este modo, y en forma definitiva, la búsqueda de la verdad real por sobre la verdad formal"*[16]; mediante este principio se otorga igualdad en el círculo familiar, dando paso al libre desarrollo de la personalidad[17] a través de la singularidad del ser, cuyo fundamento descansa en el derecho a conocer la verdad bilógica, solo así se protege el derecho a la identidad personal. Entonces, la libertad probatoria en el juicio de declaración de paternidad, autoriza al hijo o a quien legalmente lo representa, a acceder a todos los medios de prueba para transparentar su procedencia, porque el objetivo primario en esta causa, es el derecho del hijo a que declare su filiación biológica. [Sic].[18]

63. Es decir, que esta clase de procesos existe cierta libertad probatoria, de manera que se permita que el accionante conozca y se le reconozca de manera definitiva como miembro de determinado linaje familiar, a partir de su filiación biológica materna o paterna, como en el caso.

64. En tal razón, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 168 del COGEP, en virtud del cual el tribunal de apelación ordenó prueba oficiosa, se encuentra justificada, dado que está en disputa el derecho de identidad constitucionalmente protegido.

65. En cuanto a la alegación de que no se respetó la cadena de custodia de la muestras obtenidas y que por tanto se tendría en duda si la identidad de los restos mortales pertenecen o no al causante Fabián Almeida Guzmàn+. Se precisa que, según se deprende del fallo enervado, para la obtención del material genético y el examen comparativo de ADN con la muestra de la accionante, se designaron peritos calificados por el Consejo de la Judicatura, debidamente posesionados en el proceso, quienes en unidad de acto con el Tribunal, secretaria relatora y las partes procesales se trasladaron al Camposanto Monteolivo, a realizar la extracción de la muestra del fémur de los restos mortales identificados como pertenecientes a Fabián Almeida Guzmán.

66. Posteriormente la accionante acudió al laboratorio del perito genetista con la finalidad de proporcionar la muestra idónea para el examen de ADN y luego del análisis comparativo de las muestra genéticas ha dado como resultado positivo la existencia del vínculo biológico entre la accionante y el señor Ángel Fabián Almeida Guzmán, siendo la probabilidad de paternidad de 99.9999%. Por lo que, al resultar positivo el examen genético, el tribunal de apelación declaró la procedencia de la demanda.

67. En conclusión, este tribunal no encuentra que la decisión del tribunal ad quem sea arbitraria, al devenir de la disposición legal de prueba

[16] Sentencia de la Corte Suprema de Chile n°2.089-05, de 28 de agosto del 2006, Cuarta Sala.
[17] Artículo 66. 4 y 5 de la Constitución de la Republica.
[18] Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, Juicio No. 14304-2018-00997, sentencia de 20 de octubre de 2021.

para mejor resolver, cuya excepcionalidad en el caso se encuentra justificada por el derecho a la identidad biológica de la accionante, de manera que se le permita identificarse con sus consanguíneos como hija biológica del señor Ángel Fabián Almeida Guzmán, teniendo derecho a llevar el apellido de su padre, esto es Almeida.

68. Bajo las anteriores precisiones, se desecha el cargo por el caso cuatro de casación.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores 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****, por unanimidad, resuelve:*

1. Rechazar el recurso de casación planteado por el demandado, Fabián Almeida Cruz, contra la sentencia de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 26 de enero de 2023.

2. Notifíquese y devuélvase.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 17201-2017-00481

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Adrián Rojas Calle**

ACCIÓN
INDIGNIDAD PARA SUCEDER

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

Examinada en sede casacional, la sentencia emitida por el tribunal de segunda instancia, se determina que cumple con el requisito de motivación mínima y su decisión de rechazo de la demanda, se adecua al contenido normativo de la causal de indignidad invocada, por lo tanto se confirma la decisión de rechazo de la demanda por improcedente.

Quito, martes 26 de diciembre del 2023, las 16h32

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 23 de noviembre del 2023, reinstalada el 07 de diciembre del año en curso de agosto 2023, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso casación interpuesto por el procurados judicial de la actora Ángela Benilda Medrano Orta. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Comparece a la administración de justicia el doctor Eber William López Arévalo, en calidad de Procurador Judicial de la actora Ángela Benilda Medrano Orta, formulando demanda ordinaria de indignidad en contra del demandado señor Pedro Joaquín Nuñez Saa, señalando:

1.1. Que su hija, la señora Beatriz Luzmila López Medrano, se hallaba casada legalmente con el demandado Pedro Joaquín Nuñez Saa, mediante acto celebrado el 14 de mayo de 1993, en la ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo.

1.2. Durante la vida conyugal, procrearon un hijo que en vida se llamó David Israel Nuñez López, conforme se desprende de la partida de nacimiento que acompaña.

1.3. Que el 22 de octubre de 2012, su hija Beatriz Luzmila López Medrano, quien tenía 51 años de edad y su nieto David Israel Nuñez López, quien tenía 19 años de edad, desaparecieron misteriosamente de su domicilio que lo tenían en la calle Restauración No. S3-02 y Calderón, de la ciudad de Cayambe, Provincia de Pichincha.

1.4. Que el día sábado 23 de mayo de 2015, agentes de la Policía Nacional, encontraron los cuerpos sin vida de su hija Beatriz Luzmila López Medrano y de su nieto David Israel Nuñez López, sepultados en el sector de la lavandería de la casa de su prenombrada hija ubicada en la calle Restauración No. S3-02 y Calderón, de la ciudad de Cayambe, provincia de Pichincha.

1.5. Que por cuanto su hija Beatriz Luzmila López Medrano, tuvo un solo hijo que fue su nieto David Israel Nuñez Lopez, el mismo que falleció también el 22 de octubre de 2012, correspondió heredar conforme a las reglas del artículo 1030 del Código Civil, a la compareciente Ángela Benilda Medrano Orta en calidad de madre y al cónyuge sobreviviente el demandado Pedro Joaquín Nuñez Saa.

1.6. Que de manera lamentable el demandado Pedro Joaquín Nuñez Saa, que fue el cónyuge de su hija Beatriz Luzmila López Medrano y padre de su nieto David Israel Nuñez López, pese a que éstos desaparecieron misteriosamente el 22 de octubre de 2012, nunca se preocupó por su esposa e hijo, al contrario siempre demostró desidia, nunca dio importancia a la desaparición y muerte de su esposa e hijo, tanto es así, que jamás denunció, informó o acusó ante las autoridades respectivas la desaparición, ni la muerte de su esposa e hijo, pese a que pudo y tenía la obligación legal y moral de hacerlo ya que los desaparecidos y muertos eran su cónyuge y su hijo, faltando de este modo gravemente a sus deberes éticos y legales para con los difuntos que insisto eran su cónyuge y su hijo.

1.7. Bajo estos antecedentes y de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1011 del Código Civil, presenta de demanda en contra de Pedro Joaquín Nuñez Saa, a fin de que en sentencia se lo declare indigno para suceder a la causante señora Beatriz Luzmila López Medrano, consecuentemente, se lo excluya como heredero de la causante.

2. El demandado Pedro Joaquín Nuñez Saa, comparece a juicio contestando la demanda y precisando:

2.1. Que se hallaba legalmente casado con la señora Beatriz Luzmila López Medrano, habiendo procreado un hijo, quien en vida fue David Israel Núñez López. Y que su difunta cónyuge e hijo desaparecieron el 22 de octubre del 2012, encontrándose desaparecidos hasta el día sábado 23 de mayo del 2015, fecha en la cual, con la ayuda del centro canino de la Policía Nacional; se localizó los cuerpos sin vida de su cónyuge e hijo, en el interior de su domicilio donde habitaron hasta la desaparición en la calle Restauración y Calderón de Cayambe.

2.2. Que según sentencia de 16 de mayo del 2016, a las 14h21, dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Quito, su cónyuge e hijo fallecieron por asesinato cometido por Jesús Moisés Delgado Pérez y Karina Fernanda Toledo López.

2.3. Que en el momento de la desaparición, rindió su versión libre y voluntaria en fiscalía y al enterarse que sus recordados cónyuge e hijo fueron asesinados, inmediatamente colaboró con la fiscalía conforme narra en su contestación.

3. Mediante sentencia de 28 de febrero del 2020, las 15h02, el Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Cayambe de la Provincia de Pichincha, rechaza la demanda por falta de prueba.

4. De esta sentencia, la demandante propone recurso de apelación, resuelto el 12 de mayo de 2021, a las 12h14, por la Sala Especializada de

la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que, rechazando el recurso de apelación interpuesto, confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado.

5. De la sentencia de segunda instancia, la señora Ángela Medrano López, propone recurso de casación, que ha sido admitido a trámite por la señora Conjueza Nacional Competente, doctora Rita Bravo Quijano, mediante auto interlocutorio, de 7 de enero de 2022.

6. Al tenor del inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante COGEP, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Wilman Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.

7. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal N°. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo.

II. COMPETENCIA

8. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

9. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

10. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

11. Este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda y Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del COGEP y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

12. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del COGEP. En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

13. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la

Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

14. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

15. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

16. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades[1].

17. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

18. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho[2]; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes[3].

19. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable en casación.
b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.
c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

20. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución[4]; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

21. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

---

[1] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9

[2] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102

[3] Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

[4] *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o ***judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes****.*

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. ***Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".*** (Énfasis añadido).

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.
4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)[5].

22. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 266 y 267 del COGEP, determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

> Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.
>
> Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.
>
> Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.
>
> Art. 267.- El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:
>
> 1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
> 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
> 3. La determinación de las causales en que se funda.
> 4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

23. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

24. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

> (…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.
>
> Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.[6]

25. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

26. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, compareció la defensa técnica de la casacionista Ángela Medrano Orta, fundamentando el recurso en torno a los casos dos y cinco del artículo 268 del COGEP; en los siguientes términos:

26.1. Por el caso dos de casación, denuncia la falta de motivación del fallo de segunda instancia, aduciendo que la sentencia es incongruente, al no abordar en su análisis los fundamentos que fueron objeto del planteamiento de la demanda.

26.2. Refiere que el motivo de la demanda de indignidad demandada, fue por cuanto el demandado, no denunció ni acusó ante la justicia el homicidio de su cónyuge e hijo, pero que el tribunal de apelación se limitó a decir que el accionado se preocupó por la desaparición de sus familiares, aun cuando según la ley, el llamado a suceder tiene el deber de denunciar el homicidio de su causante, cosa que no hizo el demandado.

En ese sentido, enfatiza en que el ad quem, no analizó si en el caso se configuraron los requisitos o elementos constitutivos de la causal de indignidad que contempla el artículo 1011 del Código Civil.

26.3. Por el caso cinco de casación, en la misma línea argumentativa anterior, denuncia la errónea interpretación del artículo 1011 del Código Civil.

26.4. Infracción que dice se ha configurado en la sentencia impugnada, por cuanto el tribunal expresa que el demandado justificó que se preocupó por la desaparición de su cónyuge e hijo, sustentando su decisión en argumentos distintos a los que establece la norma que denuncia infringida, que castiga al heredero que no denunció el homicidio de su causante.

26.5. Ande que el tribunal de apelación, confunde lo que es la preocupación con la denuncia o acusación, que son cosas diametralmente distintas.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

27. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 *ut supra*, este Tribunal se plantea los siguientes problemas jurídicos objeto de resolución:

27.1. ¿ La sentencia emitida el 12 de mayo de 2021, a las 12h14, por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, cumple con el requisito de motivación suficiente?

27.2. ¿Existe en la sentencia, errónea interpretación del artículo 1011 del Código Civil?

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

28. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

> *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. (Énfasis añadido).*

29. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

> *(…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática*[7].

30. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.° 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

> *La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una* ***motivación correcta****, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.*

31. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1. Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del COGEP.

32. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el cargo traído a casación por los recurrentes, se configura cuando *"(…) la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

33. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

34. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles entre sí, en la parte resolutiva del fallo. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la demanda y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten la aplicación de la normas de derecho que corresponden al caso, para arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos

[7] Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.° 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.° 193, párr. 152.

determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

35. Por último, es motivo anulación del fallo, por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

36. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

37. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida.[8]

38. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "… requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal…".[9]

39. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución, ha expresado que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por: (1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia.[10]

40. Dicho esto y en razón de la denuncia de la casacionista, con respecto a que la sentencia recurrida no analiza la propuesta fáctica y normativa de la demanda, incurriendo en incongruencia frente a las partes y frente al derecho, revisada la motivación de la sentencia impugnada, se tiene que en la parte pertinente del análisis jurídico y motivación del tribunal de apelación, en el considerando "SEXTO" del fallo consta:

> (…) La parte actora y recurrente, concurre ante la administración de justicia con la demanda de declaratoria de indignidad, en contra del demandado PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA bajo los siguientes cargos: Que al haber desaparecido la cónyuge del demandado, la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, así como su hijo DAVID ISRAEL NUÑEZ LÓPEZ, hecho ocurrido con fecha 22 de octubre de 2012, a quienes posteriormente con fecha sábado 23 de mayo de 2015, se les encuentra sin vida, sepultados en la lavandería de la casa de la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, ubicado en la calle Restauración No. S3-02 y Calderón del Cantón Cayambe, el demandado nunca se preocupó, ni le dio importancia a la desaparición y muerte de su esposa e hijo, demostrando desidia. Tampoco denunció o acusó respecto de la desaparición y muerte de su familia, cuando tenía la obligación legal y moral de hacerlo… correspondía al DR. EBER WILLIAM LÓPEZ ARÉVALO, en calidad de Procurador Judicial de la actora ÁNGELA BENILDA MEDRANO ORTA, demostrar las afirmaciones vertidas en el juicio, y especialmente probar si el demandado PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA actuó con desidia y falta de importancia en la búsqueda de su cónyuge la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, e hijo DAVID ISRAEL NUÑEZ LÓPEZ, y si su omisión de denunciar, y acusar particularmente a los autores del delito de asesinato, constituye causa de indignidad, según lo previsto en el Art. 1011 del Código Civil ecuatoriano, que fue el fundamento jurídico de su acción propuesta, … Ahora bien, la parte actora, al momento de la presentación de la demanda adjuntó los siguientes medios probatorios:…Certificado de defunción (foja 3), perteneciente a la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, en la que registra con fecha de fallecimiento el 22 de octubre del 2012, fecha de registro de defunción 8 de junio del 2015. Certificado de defunción (foja 4), correspondiente a quien en vida fue DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, en la que registra con fecha de fallecimiento el 22

[8] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución del Juicio No. 07333-2018-01632 de 17 de enero de 2022.
[9] Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E
[10] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

de octubre del 2012, fecha de registro de defunción 8 de junio del 2015. Documento de Registro Único de Contribuyentes de personas naturales, signado con el No. 0600688220001, a nombre del contribuyente PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA en la que figura el nombre comercial "EL BUEN FERRETERO", con fecha de inicio de actividades 21/03/2013, fecha de actualización 08/04/2013, dedicado a la venta de artículos de ferretería al por menor, ubicado en la calle Restauración Número S3-02 y Calderón, del cantón Quito, Provincia de Pichincha, para lo cual el demandado ha referido que necesitaba facturar, dado que se ha hecho cargo de la ferretería.- De foja 8 a 11 del proceso, obra el acta de posesión efectiva a favor del demandado PEDRO JOAQUIN NUÑEZ SAA, respecto de los bienes inmuebles dejados por la causante BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, celebrada con fecha viernes 26 de agosto del 2016, ante la Notaría Cuarta de la ciudad y Cantón Riobamba, provincia de Chimborazo….. De foja 342 del proceso, obra el escrito de fecha lunes 21 de agosto del 2017, a las 14h38, en la que la parte actora, adjunta copias certificadas del proceso penal No. 17291-2015-00264, firmado por la DRA. SOLEDAD COLOMA Coordinadora del Tribunal de Garantías Penales, las mismas que obran de fojas 39 a 341 del proceso, de la que se advierte la existencia del juicio penal seguido por la Fiscalía General del Estado, en contra de los señores JESÚS MOISÉS DELGADO PÉREZ y KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, en la que mediante sentencia de fecha lunes 16 de mayo del 2016, a las 14h21, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Quito, les impone una pena privativa de la libertad de VEINTICINCO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL, en calidad de autores del delito de asesinato tipificado y sancionado en el Art. 450 numerales 4 y 5 del Código Penal, en perjuicio de las víctimas BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO y DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ,.. sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, mediante decisión de fecha miércoles 28 de septiembre del 2016, a las 14h47, en la que desechó el recurso de apelación interpuesto por los procesados JESÚS MOISÉS DELGADO PÉREZ y KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, confirmando la sentencia emitida por el Tribunal A quo. La parte actora, en la audiencia de juicio, practicó como prueba a su favor, el testimonio de la testigo JOMAIRA LISBETH NARVÁEZ LÓPEZ, Agente Investigadora de la DINASED, en la que manifestó no recordar haber visto dentro de su investigación al demandado PEDRO JOAQUIN NUÑEZ SAA, y no recordar respecto de la versión del demandado rendida con fecha 12 de diciembre de 2012, en la que manifestó llevar muchos casos, no siendo posible recordarlos; además, que su actuación como agente investigadora, lo realiza en delegación del Agente Fiscal. Por último, menciona haber acompañado a la señora Raquel López Medrano. La parte actora, practicó como prueba de su parte, la declaración de parte del demandado PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA quien.. declaró que ha presentado denuncia en la Fiscalía, sin que precise fecha, que el entendía que su esposa e hijo estaban desaparecidos, que siempre preguntaba por su esposa, y la señorita que está ahí, le decía ya vino la señora RAQUEL LÓPEZ, habiendo el manifestado que los desaparecidos eran su esposa e hijo. Declara, que de la muerte de su cónyuge e hijo, se enteró en circunstancias que estaba en su casa en Riobamba, y ha pasado por la televisión, que han encontrado a madre e hijo enterrados en su casa. Contesta a las preguntas de la parte actora, que no ha presentado acusación particular, y ante la interrogante, ¿porqué, no ha presentado acusación particular?, manifiesta que no sabía que su hijo estaba muerto, dado que estaban desaparecidos; enfatiza en el hecho que, el 17 de octubre de 2012, concurrió donde la señora KARINA TOLEDO LÓPEZ, quien le ha manifestado que su cónyuge e hijo se han ido a comprar un terreno, para posteriormente en otra averiguación, le ha manifestado que su cónyuge e hijo se han ido a Colombia…. Concluye que Fiscalía no lo investigó como culpable. La parte demandada PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA al momento de contestar la demanda, ha refutado los cargos imputados por parte del DR. EBER WILLIAM LÓPEZ ARÉVALO, en calidad de Procurador Judicial de la actora ÁNGELA BENILDA MEDRANO ORTA, insistiendo en actos que a su leal entender y parecer, constituyen hechos, que demuestran haberse preocupado en la búsqueda de su cónyuge BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO e hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, para lo cual, a la presentación del escrito de contestación a la demanda, adjuntó la siguiente prueba: … Certificado de defunción (foja 382), perteneciente a la

señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, en la que registra con fecha de fallecimiento el 22 de octubre del 2012, fecha de registro de defunción el 8 de junio del 2015; del mismo se constata, que quien solicita la inscripción es la hermana de la fallecida, la señora RAQUEL VIOLETA LÓPEZ MEDRANO, como causa de la muerte refiere: "INDETERMINADO POR ESTADO AVANZADO DE PUTREFACCIÓN." Acta de inscripción de defunción (fojas 383), respecto del fallecido DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, registra la fecha de fallecimiento el 22 de octubre del 2012, registro de defunción el 8 de junio del 2015. En la que consta, que quien solicita la inscripción, es la tía del fallecido, señora RAQUEL VIOLETA LÓPEZ MEDRANO, como causa de la muerte dice: "INDETERMINADO POR ESTADO AVANZADO DE PUTREFACCIÓN". Documento dirigido al Fiscal del cantón Cayambe (foja 384), ingresado con fecha 20 de marzo del 2013, a las 08h25, en la que, el demandado PEDRO JOAQUIN NUÑEZ SAA señala casillero judicial y correos electrónicos, dentro del expediente fiscal No. 265-AA-DP-7; además, designa abogado para el patrocinio legal en la presente causa, con la que demuestra que oportunamente señaló domicilio judicial en la investigación por la desaparición de su cónyuge e hijo. …De foja 441 del proceso, consta el oficio No. 170201815050077 (265-AA-DP7), de fecha 09 de julio del 2018, suscrito por el AB. JOSÉ ANTONIO CEVALLOS GARCÍA Fiscal del cantón Cayambe, en la que remite en seis fojas, el requerimiento solicitado por la judicatura de instancia inferior, de la que se advierte que anexa la siguiente documentación: **1)** Versión libre y sin juramento (foja 442) rendida con fecha miércoles 12 de diciembre del 2012, a las 10h00, por el demandado PEDRO JOAQUIN NUÑEZ SAA, ante el DR. VÍCTOR MIÑO ARIAS, Fiscal del cantón Cayambe y Pedro Moncayo, respecto de la desaparición de su cónyuge BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO e hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, cuyo contenido fue expuesto por la parte demandada al momento de contestar la demanda de declaratoria de indignidad, con la que demuestra que por más de una ocasión concurrió hasta el domicilio de su cónyuge e hijo, a solicitar la presencia de su esposa, para inicialmente hablar sobre un proceso de divorcio que se quería comenzar, quien recibía información de su sobrina política KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, la misma que, en reiteradas ocasiones le manifestaba que su esposa e hijo habían salido primeramente a Riobamba, y luego a Colombia, en la que mantuvo la esperanza que sus familiares se encontraban tan sólo desaparecidos, y no fallecidas; conforme fue el trágico desenlace. **2)** Petición dirigida al señor Fiscal de los cantones Cayambe y Pedro Moncayo, suscrita por el demandado PEDRO JOAQUIN NUÑEZ SAA (foja 443), en la que, el demandado autoriza a fin de que se lleve a efecto la diligencia de reconocimiento de la Ferretería Continental del Ecuador, y cualquier acto conducente al esclarecimiento de los hechos, dice: <<para lo cual estoy dispuesto a prestar todas las facilidades que el caso amerite dentro de las instalaciones del inmueble que va a ser objeto de pericias las cuales han sido ordenadas por su Autoridad, **esto a fin de que se llegue a determinar el paradero de mi hijo David Israel Núñez López y mi cónyuge Beatriz Luzmila López Medrano**.>> (negrillas y subrayadas fuera del texto). … **4)** De fojas 446 a 447 de los autos, obra la versión libre y sin juramento de fecha 19 de junio del 2014, a las 11h54, rendida ante la Fiscalía del Cantón Cayambe, por parte del señor JESÚS MOISES DELGADO PÉREZ, quien refiere que los ahora fallecidos BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO e hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, viajaron a Colombia, concordando con lo manifestado en la declaración de parte por el demandado PEDRO JOAQUIN NUÑEZ SAA, quien manifestó: Que recibió información de la señora KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, conviviente del señor JESUS MOISES DELGADO PÉREZ, que su cónyuge había salido rumbo a Colombia, a comprar un vehículo marca lamborghini para su hijo. … Del análisis precedente, nos hace concluir, que la parte actora, no ha demostrado los fundamentos fácticos y jurídicos de su acción propuesta, conforme era su obligación hacerlo, en virtud de lo dispuesto en el Art. 169 del COGEP, *contrario sensu*, la parte demandada PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA ha logrado desvanecer los argumentos constantes en la demanda, y demostrar por una parte que, desde la desaparición de su cónyuge BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO e hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, estuvo en todo momento presto a colaborar con la Fiscalía de Cayambe, conforme a los escritos presentados, y que fueran analizados supra, en la que, estaba presto a las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos.

Ha demostrado, que siempre estaba pendiente de la búsqueda de su cónyuge e hijo antes referidos, conforme lo ha manifestado en su versión rendida en la Fiscalía con fecha 12 de diciembre de 2012, a las 10h00, frente al Fiscal DR. VÍCTOR MIÑO ARIAS, el mismo que se fortalece con los testimonios de sus testigos rendidos en la audiencia de juicio, de nombres y apellidos JOSÉ VICENTE PALLASCO ROSERO y RENÉ RAÚL JARA BAEZ, quienes declaran conocer al demandado, y haber conocido a quien fuera su cónyuge, la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, el primero de los testigos, manifestó conocer que el accionado había ido a peguntar a la casa de su cónyuge e hijo respecto de su paradero, en la que le habían manifestado que habían viajado a Colombia a comprar un lamborghini, y que sabía que el demandado estaba preocupado por la desaparición de su esposa e hijo. Mientras el segundo de los testigos, declara saber que el demandado andaba buscando a su esposa e hijo, testimonios que tienen relación con la declaración de parte rendida por el demandado PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA … Por otra parte tenemos, lo siguiente: El fundamento de derecho de la parte actora para proponer la demanda, se sustenta en lo dispuesto en el Art. 1011 del Código Civil ecuatoriano, el mismo que a la letra expresa lo siguiente: <<**[Indignidad por no denunciar el homicidio del causante]**.- Es también indigno de suceder el que, siendo mayor de edad, no hubiere denunciado o acusado ante la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan presto como le hubiere sido posible. Cesará esta indignidad si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso. Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse contra el heredero o legatario que fuere eclesiástico, cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del autor o cómplice del homicidio.>> El segundo inciso de la referida norma, claramente nos señala, en qué momento cesa la indignación por no haber denunciado el homicidio de la persona del difunto, y refiere cuando la justicia, ha empezado a proceder sobre el caso. **En el presente proceso judicial bajo examinación del Tribunal, se advierte que la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, y su hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, desaparecieron el día 22 de octubre del año 2012, de su domicilio ubicado en la calle Restauración y Calderón del cantón Cayambe, Provincia de Pichincha, en cuyo domicilio vivían con los señores JESÚS MOISÉS DELGADO PÉREZ y KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, autores del delito de sus asesinatos. La indagación previa, tiene como antecedente inmediato la denuncia de fecha 26 de octubre del 2012, presentada por la señora KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, quien denunció a la Fiscalía la desaparición de la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, afirmando que se han ido a una feria o convención de carros a Colombia, en la cual se da inicio al acto administrativo de búsqueda de personas desaparecidas, conforme se encuentra recogido en el extracto de audiencia penal de formulación de cargos de fecha domingo 24 de mayo del 2015, en contra de los ahora sentenciados JESÚS MOISÉS DELGADO PÉREZ y KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ (fojas 55 a 59). La desaparición de la cónyuge e hijo del demandado, ocurrió con fecha 22 de octubre de 2012, hasta que, luego de una investigación prolija, de más de dos años, en la que se practicaron una serie de diligencias, como: versiones, ampliaciones de versiones a los sentenciados, exámenes de ADN, excavaciones, entre otros, dio como resultado, que con fecha 23 de mayo del 2015, se logró encontrar los cuerpos sepultados en la lavandería de su casa, de la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, y su hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ. En consecuencia, es lógico suponer que, desde la fecha de la desaparición, hasta la fecha que se encontraron los cuerpos, el demandado PEDRO JOAQUIN NUÑEZ SAA desconocía que su cónyuge e hijo habían sido asesinados, abrigando la esperanza de encontrarlos con vida, en consecuencia, estaba en ese lapso de tiempo impedido de presentar denuncia de homicidio, mucho menos acusación particular, conforme lo señala el Art. 1011 del Código Civil; a más valor, que ya se había iniciado la intervención de la justicia, teniendo como antecedente la denuncia de fecha 26 de octubre del 2012, presentada por la propia coautora del asesinato ya juzgado. En relación a la problemática jurídica expuesta, tenemos lo siguiente: Que una vez encontrados los cuerpos de su cónyuge e hijo del demandado, hecho ocurrido con fecha 23 de mayo de 2015, en el mismo día se procede a aprender a los ahora sentenciados JESÚS MOISÉS DELGADO PÉREZ y KARINA**

FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, conforme al parte policial (fojas 43 a 44), por cuanto la investigación había avanzado, en la que, el Fiscal tuvo los elementos de cargo suficiente, para encausarlos, y llevarlos a su juzgamiento, quienes recibieron la ejemplar pena privativa de la libertad de veinticinco años. De tal manera que, al haber iniciado la justicia con la denuncia de desaparición propuesta el 26 de octubre del 2012, que fue la etiología de inicio de la investigación y posterior procesamiento penal, es aplicable lo prescrito en el segundo inciso del Art. 1011 del Código Civil, que expresa: "Cesará esta indignidad si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso…no se ha probado la pretendida indignidad acusada a la parte demandada.. [Sic] (El énfasis nos corresponde)

41. Del contenido de la sentencia migrado, resaltan dos premisas en torno a las pretensiones de la parte actora: 1) Que no se ha configurado en el caso, la causal de indignidad del artículo 1011 del Código Civil, por cuanto desde la desaparición de la cónyuge e hijo del demandado, el 22 de octubre de 2012, hasta la fecha en que se encontraron los cuerpos de los hoy occisos, el demandado desconocía que sus familiares habían sido asesinados, por lo que no tenía razón para denunciar o proponer acusación particular sobre el evento de homicidio o asesinato. 2) Que una vez que el demandado tuvo conocimiento del asesinato de su cónyuge e hijo, a haberse encontrado los cuerpos de los occisos el 23 de mayo de 2015, fiscalía capturó de manera inmediata a los ahora sentenciados Jesús Delgado y Karina Toledo, habiéndose iniciado por parte de fiscalía las investigaciones en torno a la desaparición de la señora Beatriz López Medrano y David Núñez Lope, el 26 de octubre de 2012, a partir de la denuncia por desaparición, propuesta por la misma coautora del asesinato de los extintos prenombrados.

42. Tal como ha quedado manifestado en líneas anteriores, para que una resolución se considere motivada, ha de contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.[11]

43. El vicio de apariencia motivacional, se configura cuando a primera vista, la resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad.[12]

44. En el caso, la parte recurrente aduce que la sentencia es incongruente, al no enmarcar su análisis en los presupuestos fácticos de su demanda y al no analizar, según considera, que hayan concurrido en el caso los elementos de la indignidad del artículo 1011 del Código Civil.

45. A decir de la Corte Constitucional, la incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.[13]

46. Circunstancias que el sub judice no suceden, pues el fundamento de la decisión de rechazo de la demanda de indignidad, parte del contenido normativo del artículo 1011 del Código Civil, según el cual es indigno para suceder, el que no hubiere acudido a denunciar el homicidio del difunto, cesando la causal de indignidad si la justicia hubiere empezado a tomar procedimiento en el caso en particular. De manera que el tribunal ad quem, no afianza su decisión en la sola preocupación demostrada del demandado por la desaparición de su cónyuge e hijo, sino en la iniciada investigación del ilícito penal por parte de organismo público y en la particularidad de que el demandado suponía que la señora Beatriz López y su hijo David Núñez, se hallaban con vida. En ese sentido, no se determina déficit motivacional en el fallo enervado.

47. El definitiva, la sentencia de apelación es eficiente en su motivación, correlaciona armónicamente cada una de sus premisas con la conclusión adoptada, no se evidencia en ella, contradicción o incongruencia entre sus afirmaciones, siendo la

[11] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.
[12] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.
[13] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.

sentencia completa, suficiente y clara. Al no detectarse vicio en la motivación de la sentencia, se niega el cargo.

7.2. Resolución de los cargos por el caso cinco del artículo 268 del COGEP

48. El caso cinco de casación, regula los vicios in iudicando, producidos por violación directa normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, a esta causal regula el error de subsunción.

49. Es decir que, recae sobre la pura aplicación del derecho, por violación directa, de manera que independientemente del error en la estimación de los hechos, lo que fija el yerro por esta causal, es la aplicación o interpretación de los presupuestos fácticos al hipotético normativo.

50. En esa línea, la ex Corte Suprema de Justicia, precisaba con respecto a la causal primera de casación, actual caso quinto:

> El vicio que la causal primera imputa al fallo es la 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 hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: 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; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La 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.[14]

51. En fin, el caso quinto supone que no hay discusión en cuanto a los hechos que se tiene como probados, sino controversia en la aplicación e interpretación de las normas de derecho con respecto a los hechos; lo que se resume en la regulación del ejercicio de subsunción de la situación fáctica al supuesto normativo.

52. En ese sentido, con respecto a la reiterada denuncia de la recurrente, en cuanto a la errónea interpretación del artículo 1011 del Código Civil, por cuando el tribunal no habría analizado los elementos que determinan la causal de indignidad contenida en el norma descrita, se hace necesario desglosar los presupuestos hipotéticos que la configuran y cuya concurrencia daría lugar a la declaratoria de indignidad, para el ejercicio se cita e contenido de la norma en análisis que reza:

> Es también indigno de suceder el que, siendo mayor de edad, no hubiere denunciado o acusado ante la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan presto como le hubiere sido posible.
>
> Cesará esta indignidad si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso.
>
> Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse contra el heredero o legatario que fuere eclesiástico, cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del autor o cómplice del homicidio.
>
> 52.1. Así, es indigno de suceder por regla general, aquel mayor de edad que no denuncia el homicidio del causante.
>
> 52.2. Pero dicha obligatoriedad se califica a partir de la concurrencia de circunstancias que faciliten al obligado a cumplir con su deber legal de denuncia o acusación de particular.
>
> 52.3. La causal de indignidad se extingue cuando la justicia se haya activado
>
> 52.4. Se excluyen de este caso de indignidad el heredero o legatario que fuere eclesiástico, cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del autor o cómplice del homicidio.

53. De la interpretación de la norma ibídem, no se desprende que el tribunal ad quem, haya ido en contra de su espíritu, modificado o restringido su alcance. Por el contrario, al tenerse como hechos ciertos e irrefutables que en un primer momento se denunció la desaparición de la señora Beatriz López y su hijo David Núñez, originándose

[14] Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 11. Página 4090. (Quito, 20 de marzo de 2012)

investigación fiscal, en la que el demandado colaboró y en la que el ministerio público determinó que los desaparecidos estaban muertos al encontrarse sus cuerpos, casi tres años después; resulta lógico que el tribunal haya concluido que el demandado Pedro Nuñez Saa, no tenía razón para denunciar el asesinato u homicidio de sus cónyuge e hijo, al encontrarse en curso la investigación por su desaparición, cesando así el caso de nulidad demandado, que en definitiva nunca se configuró, por cuanto el señor Pedro Nuñez Saa, no tenía la posibilidad de llegar a determinar desde un inicio que sus familiares habían sido asesinados.

54. Con estas precisiones, no se encuentra que la sentencia recurrida adolezca de vicios por la causal quinta, la sentencia ha efectuado correctamente el ejercicio de subsunción de los presupuestos fácticos con la normas sustantivas relativas a la resolución del caso, por lo tanto, se niega el cargo.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores 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****, por unanimidad, resuelve:*

1. Rechazar el recurso de casación planteado el doctor Eber López Arévalo en su calidad de Procurador judicial de la actora Angela Benilda Medrano Orta.

2. Notifíquese y devuélvase.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

CAUSA N°. 14201-2018-00762

RECURSO DE CASACIÓN
Juez Nacional Ponente (e): **Adrián Rojas Calle**

ACCIÓN
RENDICIÓN DE CUENTAS ENTRE EX–CÓNYUGES

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

En la presente demanda de rendición de cuentas entre ex-cónyuges, se rechaza la demanda por cuanto se exige la rendición de cuentas de los bienes habidos durante el matrimonio de los litigantes, que a decir de la demandante habrían sido ocultados y disipados por su entonces esposo. Alegación que correspondía en el proceso de inventario y tasación de bienes, a fin de que el cónyuge que haya actuado dolosamente restituya la porción doblada al cónyuge perjudicado. Siendo improcedente la demanda de rendición de cuentas de la sociedad conyugal de la época en que estuvo vigente y menos cuando aún se encuentra sin liquidarse.

Quito, lunes 29 de enero del 2024, las 14h22

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada el 22 de junio de 2023 y resuelta el 18 de enero de 2024, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso de casación propuesto por Josefina Rivadeneira Merino dentro del proceso de rendición de cuentas. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente resolución por escrito:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La señora Josefina Pastoriza Rivadeneira Merino propone juicio de rendición de cuentas, en contra de su ex cónyuge, Manuel Rosendo Siguenza Plaza, exigiendo cuentas al accionado por el tiempo que estuvo vigente la sociedad conyugal, cuyo período va desde el 27 de julio del 2001 hasta el 31 de enero del 2017, con respecto a los siguientes bienes: a) Un crédito requerido el 18 de julio del 2016 de $ 10.000,00, venido en BAN ECUADOR para la compra y cría de ganado, en el cual se hace constar un activo por concepto de ganado por la cantidad de $ 39.600,00; b) Hato ganadero que, de acuerdo a la certificación de la Agencia Ecuatoriana de aseguramiento de calidad del Agro-Agrocalidad, mantenían 131 cabezas de ganado: el primer lote certificado el 25 de febrero del 2016 y el segundo lote certificado el 8 de marzo del 2016; sobre cuyos registros pesa una medida de prohibición de venta; sin embargo, al 26 de diciembre del 2016 existían únicamente 28 cabezas de ganado, compuestas por 2 terneras, 4 terneros, 10 vacas, 11 baconas y 1 toro, pero que únicamente fueron inventariadas 20 cabezas de ganado por un valor inferior, y de cuya administración y tenencia se encontraba encargado el incoado; c) Derechos y acciones y participaciones que adquiridas dentro de la sociedad conyugal en la Cooperativa de Transporte en Taxi en camioneta doble cabina y/o automóviles tipo Sedán "Esmeralda Oriental", arrendada por un valor mensual de $ 500,00 y que con fecha 17 de marzo del 2017, el incoado Rosendo Siguenza Plaza, habría cedido sin autorización al señor Victorino Apolinar Rivadeneira Jaramillo renunciando a su calidad de socio.

2. Efectuada la citación, el demandado Manuel Siguenza Plaza, comparece oponiéndose a proceso voluntario de rendición de cuentas, señalando que para la procedencia de la demanda de rendición de cuentas, se requiere de la administración de bienes ajenos. Que por tanto, en la sociedad conyugal antes de su liquidación no puede hablarse de gananciales, en consecuencia mientras la sociedad estuvo vigente y hasta que no se efectúe la partición, el haber de la sociedad le corresponde a ambos cónyuges.

3. Mediante sentencia de 29 de septiembre de 2020, la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Morona, declara sin lugar la demanda por falta de prueba.

4. La actora, inconforme con la decisión plantea recurso de apelación, resuelto por la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago mediante sentencia de 22 de marzo de 2021, las 12h34, que al rechazar el recurso de apelación, confirma la sentencia de primer nivel.

5. En esas circunstancias, la actora Josefina Pastoriza Rivadeneira Merino propone recurso de casación, que ha sido admitido parcialmente a trámite por la señora Conjueza Nacional competente, doctora Rita Bravo Quijano, mediante auto interlocutorio, el 14 de febrero de 2022.

6. Al tenor del inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante COGEP, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Wilman Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.

7. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal N°. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo.

II. COMPETENCIA

8. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

9. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se

nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

10. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

11. Este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda y Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del COGEP y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

12. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del COGEP. En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

13. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

14. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

15. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

16. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades.[1]

17. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o

[1] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9

errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

18. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho[2]; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes.[3]

19. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable en casación.
b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.
c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

20. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución[4]; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

21. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.
4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)[5].

22. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículo 266 y 267 del COGEP, determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

> Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.
>
> Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.
>
> Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la

[2] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102

[3] Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

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

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.
Art. 267.- El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:
1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

23. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

24. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

> (…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.
> Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.[6]

25. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN

26. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, compareció la defensa técnica de la casacionista Josefina Rivadeneira Merino, fundamentando el recurso en torno a los casos dos y cuatro del artículo 268 del COGEP; en los siguientes términos:

26.1. Por el caso dos de casación, alega falta de motivación de la sentencia, por cuanto en el fallo impugnado no habría explicado la pertinencia de la aplicación de las normas de derecho aplicadas, con relación a los antecedentes de hecho de la causa, efectuándose un ejercicio irracional de subsunción.

26.2. Afirma que el tribunal ad quem, toma en su decisión como vinculante la sentencia de casación del juicio 616-2011 de fecha 19 de marzo de 2013, pese a que la misma no tiene ese carácter; siendo dicha sentencia la base de la conclusión adoptada de improcedencia de la demanda.

26.3. Añade que ninguna de las normas citadas en la sentencia de apelación, sirvieron o se aplicaron en la decisión, dando lugar a una motivación a apronte

26.4. Que en el caso, la rendición de cuentas versa sobre bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal pero no inventariados, es

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

decir, que dichos bienes fueron ocultados, disipados por el administrador, por lo que considera que el criterio de improcedencia de la demanda de rendición de cuentas de los bienes de la sociedad conyugal no es asimilable a este caso.

26.5. En torno al caso cuatro de casación, alude de la falta de aplicación del artículo 164 del COGEP, señalando que el ad quem dejó de valorar varias pruebas legalmente actuadas, tales como la documental y la declaración de parte, que debían valorarse de conformidad con los artículo 193, 195 y 187 del COGEP.

26.6. Enfatiza en que el juzgador, está obligado a expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que el han servido para justificar su decisión, pero que en el caso, únicamente se enuncio los medios de prueba practicados sin valorarlos.

26.7. Como consecuencia del yerro de valoración probatoria, acusa la errónea interpretación dela artículo 180 del Código Civil, que a la fecha en que contrajeron matrimonio los litigantes, establecía que la administración ordinaria de la sociedad conyugal, le corresponde al cónyuge que por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales; y, a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido.

26.8. Es estos términos solicita que se case el fallo impugnado.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

27. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 ut supra, este Tribunal se plantea los siguientes problemas jurídicos objeto de resolución:

27.1. ¿La sentencia emitida el 22 de marzo de 2021, a las 12h34, por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, cumple con el requisito de motivación suficiente?

27.2. ¿Existe en la sentencia, errónea interpretación del artículo 164 del COGEP y en consecuencia infracción del artículo 180 del Código Civil?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

28. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

> *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. (Énfasis añadido).*

29. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

> *(…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática*[7].

30. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.° 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

> *La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta*

[7] Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.° 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.° 193, párr. 152.

Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una ***motivación correcta****, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.*

31. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1. Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del COGEP.

32. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el cargo traído a casación por los recurrentes, se configura cuando *"(…) la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

33. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

34. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles entre sí, en la parte resolutiva del fallo. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la demanda y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten la aplicación de la normas de derecho que corresponden al caso, para arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

35. Por último, es motivo anulación del fallo, por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

36. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

37. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida.[8]

38. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "… requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal…".[9]

39. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución, ha expresado que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por: (1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia.[10]

[8] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución del Juicio No. 07333-2018-01632 de 17 de enero de 2022.
[9] Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E
[10] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

40. Dicho esto y en razón de la denuncia de la casacionista, con respecto a que la sentencia recurrida no se ha explicado la pertinencia de aplicación de las normas fundamento de la decisión confrontándolas con los presupuestos fácticos del caso, derivando en motivación aparente. Revisada la sentencia de apelación impugnada, se tiene que en un primer momento identifica a las partes procesales y al tribunal; pasando a verificar la competencia del tribunal y los antecedentes de hecho del proceso, así como el fundamento de la apelación y su contestación. Y, luego del análisis de la validez del proceso, denunciado de nulo, reseña las pruebas actuadas por las partes procesales y pasa en el apartado 9.2 al análisis del caso en concreto, señalando en el considerando 9.2.3 de la resolución que:

> *(…)De este fallo citado, que si bien no tiene la fuerza vinculante pero es emitida por el máximo Órgano de la Función Judicial como es la Corte Nacional de Justicia, en el que se hace un análisis respecto al juicio de rendición de cuentas y aquí son reiterativos al indicar en qué casos procede este tipo de acción, esta disposición del 339 anteriormente se encontraba en el Art. 660 del Código de Procedimiento Civil que actualmente se encuentra derogado con la vigencia del COGEP, y allí hace un análisis el tribunal de la Corte Nacional en qué casos procede la rendición de cuentas y cita las disposiciones del Código Civil, como los artículos: 441 (tutores o curadores), 1330 (el albacea de bienes hereditarios), 1984 (el socio administrador de una sociedad colectiva), y 2059 (el mandatario), e inclusive hace un análisis de la sociedad conyugal, de cuando empieza esta sociedad, desde que se contrae matrimonio cuando dos personas deciden, se unen para vivir juntas de acuerdo al Código Civil, ha indicado que no tiene el carácter de sociedad civil o mercantil, es decir falta estos elementos para la sociedad conyugal, no tiene fines de lucros, no contraen para tener bienes y obtener utilidades, se rige en especial porque la sociedad nace por la ley, se ha concebido para fortalecer el vínculo matrimonial; también hace un análisis de la sociedad conyugal que es indivisible, y básicamente en la parte final señalan que no procede el juicio de rendición de cuentas en la sociedad conyugal, que esto se debe recurrir a la forma de partición, es decir solo cuando ya hubiese una sentencia que disuelva la sociedad conyugal en los que se determine a quien pertenece esos bienes a partir de ahí, se puede confiar la administración a una de las personas, en este caso de los ex cónyuges, ahí si tiene la obligación la persona de rendir cuentas, es decir cuando este realmente individualizado y adjudicado y que este no es el caso. En la especie estamos ante un proceso de Rendición de Cuentas, propuesto por la actora en contra del demandado, es decir como ex cónyuges, cuya pretensión es del período comprendido entre el 27 de julio del 2001 al 31 de enero del 2017, teniendo presente que contrajeron matrimonio en fecha 27 de julio del 2001, y marginaron la disolución de la sociedad conyugal el 31 de enero del 2017; por lo que la rendición de cuentas que se solicita es durante la sociedad de conyugal entre la actora y demandado, lo que vuelve improcedente la acción. Sobre la invocación del recurrente de que habría ocultación o presuntamente se habría disipado o que se habría escondido los bienes, tendrán las acciones para que lo realicen en este caso las partes de acuerdo a la normativa que prevé para insertar, incluir en el inventario, o que deben restituir el doble pero esto es durante la partición de la sociedad conyugal, en este caso estamos ante un proceso de Rendición de Cuentas y por tanto no procede la pretensión de la acción que exige la rendición de cuentas al demandado. En base a la normativa legal aplicable a la especie, y la jurisprudencia citada, la presente demanda se vuelve improcedente en la forma como se ha planteada, a través de esta causa se persigue la Rendición de Cuentas entre la actora y el demandado en calidad de ex cónyuges sin haber realizado la partición de bienes para determinar a quién corresponde, y allí si se pudiera plantear esta acción. Es decir, debe liquidarse la sociedad conyugal para que se considere bienes ajenos, por lo que se acepta parcialmente la apelación planteada por el demandado en el sentido de que existe claridad de la improcedencia de la demanda porque la rendición de cuentas es sobre bienes ajenos, más no por la falta de prueba como erróneamente resuelve el juzgador de primera instancia; y corresponde rechazar el recurso de apelación propuesto por la actora... [Sic]*

41. Tal como ha quedado manifestado en líneas anteriores, para que una resolución se considere motivada, ha de contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente

las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.[11]

42. El vicio de apariencia motivacional, acusado por la recurrente, se configura cuando a primera vista, la resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad. [12]

43. En el caso, del contenido de la sentencia migrado, se tiene que la razón de la decisión adoptada por el ad quem, es la improcedencia de la demanda de rendición de cuentas de bienes habidos durante la vigencia de la sociedad conyugal.

44. Conclusión a la que arriba el tribunal de apelación, al determinar que el periodo por el que se pide la rendición de cuentas la demandante, es desde el 27 de julio de 2001 hasta el 31 de enero de 2017, es que estuvo vigente la sociedad conyugal entre la señora Josefina Rivadeneria y el señor Manuel Siguenza, por lo que con fundamento en el artículo 339 del COGEP, la procedencia de la demanda de rendición de cuentas es sobre bienes ajenos y al no estar liquidada la sociedad conyugal no se tiene certeza de los gananciales correspondientes a cada cónyuge. Procediendo según se esgrime en la sentencia del ad quem, rendir cuentas en los casos de los artículos 441, 1330, 1984 y 2059 del Código Civil, con respecto a los curadores, tutores albacea de bienes hereditarios, al administrador de la sociedad colectiva y al mandatario.

45. En estos términos la sentencia de apelación se encuentra eficientemente motivada, correlaciona armónicamente sus premisas con la conclusión adoptada, reflejando en su contenido los argumentos mínimos suficientes que la justifican, de manera que la decisión cumple con el criterio rector de la motivación en lo que lo que atañe a una argumentación normativa y fáctica suficiente.

46. Por tal razón, este tribunal encuentra que el razonamiento esgrimido por el ad quem, desarrolla argumentos suficientes, claros y adecuados con la decisión, al ser el resultado lógico del contraste y valoración razonable de los hechos y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida. No se vislumbra entonces, vulneración de la garantía de motivación, siendo improcedente la casación por el caso dos.

7.2. Resolución de los cargos por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP

47. En casación, los vicios en la valoración probatoria, son examinados por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP, y pueden consistir en la falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación[13] de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba siempre que conduzcan a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho sustantivo.

48. A esta causal se la denomina de infracción indirecta del derecho sustantivo. Por cuanto el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (la primera violación) conduce a otra violación, la de las normas de derecho sustantivo (segunda violación).

49. De allí la denominación de violación indirecta, siendo que mediante la casación no se puede soslayar la convicción que sobre los medios de prueba haya alcanzado el juez de instancia, sino únicamente la aplicación e interpretación de las normas de derecho material.

50. La demostración del yerro por esta causal, exige especificar:

a) El o los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico; son preceptos de valoración probatoria, los que le dicen al juzgador el valor específico o determinado que contiene cada medio de prueba, en virtud del cual se ha de formar su convicción.
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

[11] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.
[12] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.
[13] **1.- 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
2.- Falta de aplicación: El juzgador yerra ignorando en el fallo la norma aplicable al caso controvertido. Implica error en cuanto a la existencia de la norma
3.- Errónea interpretación: 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

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. Esta segunda infracción, la de las normas de derecho sustantivo, es necesaria, por cuanto una vez efectuada la valoración de los instrumentos probatorios, los juicios de hecho obtenidos por el juez, se deben adecuar los presupuestos jurídicos de las normas que regulan lo demandado, para determinar su procedencia o no.

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. (La sola enunciación de las normas de valoración infringidas y de las derecho material, no basta para el cargo, puesto que en materia civil no existe casación oficiosa (como en penal), de allí que la explicación y demostración del yerro es obligación del casacionista, dicha carga no puede ser suplida por el juez de casación.

51. En esencia, los cargos por esta causal parten de errores de hecho y terminan en errores de derecho[14]. De allí que en virtud de su verificación excepcionalmente puede ser asumida la valoración por el Tribunal de Casación, solo si el error es protuberante y de tal trascendencia que sin él no se haya podido arribar a la decisión adoptada en la resolución impugnada, de manera que la presunción de legalidad de la sentencia decaiga por su propio peso.

52. Podrá actuar de esta manera el tribunal de casación, solo cuando se haya formulado cargo por la causal cuarta del 268 del COGEP y siempre que medie demostración a partir de la infracción de los preceptos de valoración de prueba.

53. En el caso en examen, la casacionsita, acusa la infracción del artículo 164 del COGEP, por falta de aplicación, denunciando que en la sentencia recurrida, no se habrían valorado varias pruebas que resultaban determinantes para la decisión, es específico la prueba documental y las declaraciones de parte.

54. Ahora bien, el orden civil ecuatoriano acoge a la sana crítica como sistema de valoración, el mismo se encuentra contenido en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos que determina:

> Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. **La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.** (El énfasis corresponde a la sala)

55. Es decir, que ante la presencia de pruebas solemnes su valoración está sujeta al cumplimiento de las formas que la ley establece para su existencia jurídica. En tal razón, queda claro que la norma *ibídem*, cuya infracción se acusa en el caso, no contiene en si una regla de valoración de prueba, al ser un sistema valoración que guía la apreciación de la prueba excluyendo la valoración discrecional del juzgador, su libre convicción.

56. Al ser la sana crítica *"la valoración de la prueba, bajo las reglas la lógica y de la experiencia, tendientes a asegurar el más certero razonamiento"*[15], aquella es facultad soberana de las instancias, por lo que el control de la valoración escapa a la casación; la vulneración de las reglas de la sana crítica, solo es motivo de casación cuando se demuestra de manera evidente, que el Tribunal ad quem ha actuado arbitrariamente, apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en la observación racional, puesto que la decisión a más de ser razonada debe ser el resultado lógico de los hechos y

[14] Llinas María, El error de hecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, citando a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-119 del 16 de diciembre de 2008, expediente Nº 66170 3103 001 2001 00319 01. M. P; acerca de las normas sustanciadas: *"(…) un precepto es de estirpe sustancial cuando crea, declara, modifica o extingue derechos subjetivos y potestades de las personas".*

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

las conclusiones que sobre ellos se alcance con la apreciación motivada de los elementos de la prueba.

57. En ese sentido, existe arbitrariedad en la decisión, cuando el juzgador resuelve *apartándose* de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en la observación racional, puesto que la decisión ha de ser el resultado lógico de los hechos y el razonamiento que sobre ellos efectué el juzgador, previa la apreciación motivada de los medios de prueba.

58. En el *in examine*, de los razonamientos del tribunal ad quem, se tiene que el tribunal de apelación, prescindió de la valoración de los medios de prueba citados por la recurrente, al determinar que la demandada incurrió en error al pretender la rendición de cuentas sin proceso previo de liquidación y partición de la sociedad conyugal.

59. Recordemos que la liquidación de la sociedad, implica la partición y adjudicación de los bienes del haber conyugal, para ello, necesariamente en dicho proceso se deben establecer los activos y pasivos de la sociedad conyugal a liquidar; pues la finalidad de la liquidación, es dar paso a la partición de los gananciales, que fundamentalmente comprenden la determinación de los bienes, la fijación de su valor, el pago de las deudas de la sociedad a terceros y el ajuste de las relaciones patrimoniales entre esposos y la separación de sus bienes propios.[16]

60. No obstante, en el caso según ha reafirmado la accionante en sede casacional, la rendición de cuentas que persigue, es por cuanto existirían bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal que no han sido inventariados, al haber sido ocultados y disipados por su es ex-cónyuge. Es decir, la actora pretende suplir con la exigencia de rendición de cuentas las alegaciones propias del juicio de liquidación y partición de la sociedad conyugal, en cuya etapa de inventario y tasación de bienes, al tenor del artículo 193 del Código Civil, debía demostrar que efectivamente el demandado distrajo u oculto dolosamente los bienes de la sociedad.

61. En estos términos, al haberse desechado la demanda por improcedente, el ejercicio valorativo del tribunal de apelación resultaba infructuoso, pues en definitiva al pretenderse que se disponga la rendición de cuentas de bienes de la sociedad conyugal, entre ex-cónyuges, no se puede hablar con precisión de bienes ajenos, que es el requisito sine quo nom de este tipo de juicios, que deriva en una obligación de hacer a partir de la administración no de bienes propios como los de la sociedad conyugal sino de terceros.

62. Este criterio en torno a la inviabilidad de rendirse cuentas entre cónyuges, con sociedad conyugal insoluta, lo ha esgrimido esta sala en distintas resoluciones. Así en el juicio No. 1096-2013, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2017, se señaló:

> (…) la sociedad conyugal es por esencia indivisible; antes de su liquidación, no puede hablarse de gananciales. Los gananciales entendidos como los residuos de la sociedad conyugal, obtenidos luego del proceso de liquidación que comprende un conjunto de operaciones que van desde la acumulación imaginaria de las deudas de los cónyuges por vía de recompensa o indemnizaciones, la extracción de la masa de las especies o los cuerpos ciertos que pertenezca a cada uno de los partícipes de los gananciales, las restituciones pendientes, etc., …. el hecho de que la sociedad conyugal, se constituye al momento de la celebración del matrimonio, entre dos personas que se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente (artículo 81 del código Civil) y que por tanto, no tiene el carácter de sociedad civil o mercantil, porque le faltan elementos indispensables para ello, la intención de constituirse como sociedad (afecttio societatis) y el afán de lucro; las personas no contraen matrimonio con el fin de tener bienes en común y obtener con ello utilidades, este régimen especial de sociedad de bienes nace de la ley y ha sido concebido para fortalecer el vínculo matrimonial, buscar la prosperidad de la familia, y está enfocada al mantenimiento del hogar, educación de los hijos y cualquier otra carga de familia. En consecuencia, la afirmación de la recurrente de que la obligación demandada de rendir cuentas se sustenta en un contrato de matrimonio, carece de asidero legal.

63. Bajo estas consideraciones, este tribunal de casación, no encuentra vicio alguno que determine infracción por el caso cuatro de casación, debiendo rechazarse también el cargo por el caso cuatro de casación.

[16] Méndez María. Derecho de familia. Santa Fe , Rubinzal y Culzoni, pág. 434.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores 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****, por unanimidad, resuelve:*

1. Rechazar el recurso de casación planteado la señora Josefina Pastoriza Rivadeneira Merino, contra la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago de 22 de marzo de 2021, las 12h34.

2. ***Notifíquese y devuélvase****.*

DA CLICK

Y **SÍGUENOS** EN NUESTRA REDES SOCIALES