

**JURISPRUDENCIA
Resolución No.**

Quito, a 11 de diciembre del 2011

En el juicio verbal sumario No. 711-2011 que por pago de valores sigue el BANCO DEL AUSTON contra ABELARDO MONTESDEOCA ORELLANA Y OTROS, se ha dictado lo siguiente:

Razón: Siento como tal que el presente juicio fue estudiado en relación por: DR. WILSON ANDINO REINOSO, JUEZ NACIONAL; DR. EDUARDO BERMÚDEZ CORONEL, JUEZ NACIONAL; y, DR. PAULINA AGUIRRE SUÁREZ, JUEZA NACIONAL. Certifico. Quito, 10 de diciembre de 2012. ff). Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

PONENCIA DEL DR. WILSON ANDINO REINOSO

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

Quito, a 11 de diciembre de 2012. Las 11h30.

VISTOS:Dentro del juicio verbal sumario que por dinerosigue el Banco del AustroS.A., en contra de Fredy Abelardo Montesdeoca Orellana,Vicente Leonardo Carrión Valarezo y María Augusta Andrade Vélez, los demandadosinterponen recursos de casación (fojas24 a 30del cuaderno de segunda instancia),de la sentencia dictada el 5 de mayo del 2011, las 10h05, por la Segunda de lo Civil, Mercantil e Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia de Azuay.Para resolver, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**- Este Tribunal tiene jurisdicción en virtud de que sus miembros han sido constitucional y legalmente designados mediante Resolución N°4-2012 de 25 de enero de 2012; y la competencia, en mérito a lo dispuesto por el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo 1 de la Ley de Casación; y, por el sorteo de rigor, cuya acta obra del proceso. La Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia en auto de 21 de diciembre de 2011, las 10h00, analizadoslos recursosde casación los admite a trámite en cumplimiento del artículo 6 de la Ley de Casación. **SEGUNDO: ELEMENTOS DEL RECURSO, NORMAS INFRINGIDAS.** Los cónyuges Vicente Leonardo Carrión Valarezo y María Augusta Andrade Vélez dentro de su recursoseñalan como normas infringidas:el artículo 13 de la

Codificación de la Resolución de la Superintendencia de Bancos, N° 306, Libro 1-A y el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador. Por su parte, Abelardo Montesdeoca Orellana, en su recurso, estima como normas infringidas los artículos 1715, 1718 y 1721 del Código Civil y los artículos 113, 114, 115, 116, 117 y 121 del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO: ARGUMENTOS MATERIA DE LA IMPUGNACIÓN:

3.1. Impugnación presentada por *Vicente Leonardo Carrión Valarezo y María Augusta Andrade Vélez*, quienes en su recurso argumentan que los jueces de instancia no han aplicado el numeral 12 del artículo 13 de la Codificación de Resoluciones Superintendencia de Bancos, Libro 1-A. El Tribunal de alzada en el numeral 2) del considerando quinto de la sentencia, realiza el análisis correspondiente respecto a la prueba aportada y al contrato que ha servido de sustento para entablar esta demanda.

3.1.1 Argumentan además quede la misma lectura del numeral 2) del considerando quinto del fallo, se desprende la falta de aplicación del artículo 425 de la Constitución del Ecuador, que establece: “*El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados*”, manifiestan los juzgadores en la sentencia que al ser una apelación dentro de un juicio verbal sumario, éste debe resolverse en mérito de los autos y de nada sirve el haberse presentado las Normas Generales para la Aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en segunda instancia, desconociendo por completo que el organismo rector tiene la potestad de dictar resoluciones y publicar en su registro auténtico, conforme a las atribuciones de la Junta Bancaria contemplada en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

3.2. Impugnación presentada por Freddy Abelardo Montesdeoca Orellana, quien argumenta que la sentencia atacada “*no aplicó los*

preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en los artículos 115, 116, 117, y 121 del Código de Procedimiento Civil ya que, dichas normas hablan de que, la prueba deberá ser analizada en su conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que las pruebas deben concretarse de acuerdo al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio; que solo la prueba debidamente actuada, aquella pedida y presentada hace fe en el juicio; y los diferentes medios de prueba reconocidos en nuestra legislación procesal; resultando que la sala validó y dio por bien probado el proceso y Contrato de Emisión y Uso de Tarjeta de Crédito, así como las copias de los comprobantes de consumos o estado de cuenta, pero TODOS SIN LA FIRMA DEL DEMANDADO, aduciendo que no es necesaria pues el contrato lo permite y valida, en la cláusula cuarta, literal c)”.

CUARTO:- ALGUNOS ELEMENTOS EL RECURSO DE CASACIÓN: Con la expedición de la Constitución de la República del Ecuador que tutela en nuestro país un Estado Constitucional de derechos y justicia, se instaura un marco constitucional que establece disposiciones para que los jueces garanticen en todo acto jurisdiccional los derechos fundamentales de los justiciables. Se recuerda que, respecto de la casación, la Corte Constitucional ha declarado que “*El establecimiento de la casación en el país, además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y/o legales, en alguna de las formas establecidas en dicha Ley de Casación...*” (Sentencia No. 364, 17, I, 2011, pág. 53).

QUINTO:- EXAMEN DEL CASO EN RELACIÓN A LAS OBJECIONES PRESENTADAS. Resumidas las impugnaciones de los casacionistas en los términos del considerando tercero, estudiado el texto de la casación y la sentencia de la Sala de apelación, contrastados con el ordenamiento jurídico vigente, en garantía de la legalidad del proceso, al tratarse de un recurso extraordinario, este Tribunal acorde a la orden contenida en el Art. 76, numeral 7), letra l) de la Norma Suprema de la República, que dispone: “*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*”,

expone:**5.1.- PRIMERA ACUSACIÓN:** El demandado Freddy Abelardo Montesdeoca Orellana argumenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es por: “*Aplicación indebida falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto*”. Esta causal, conocida doctrinariamente como de afectación directa de norma procedural y que, como consecuencia de tal infracción lesiona, igualmente, aunque de manera indirecta norma de derecho de orden sustancial o material; de tal modo que, en la proposición de esta causal acuden dos violaciones: **a.-** Transgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria por cualquiera de los tres supuestos antes mencionados (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación) ; y, **b.-** Afectación de normas de derecho como consecuencia de la primera y que conduce a la equivocada aplicación o no aplicación de estas normas materiales en la sentencia o auto. Por consiguiente, al demandar por esta causal incumbe a la parte recurrente establecer lo que sigue: 1. Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que pudiesen haber sido violentados; 2. El modo por el que se comete el vicio, esto es, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; 3. Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas como consecuencia de la trasgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, 4. Explicar y demostrar, cómo la aplicación indebida, falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a dicha valoración probatoria han conducido a la afectación de normas de derecho, ya por equivocada aplicación o por su falta de aplicación. **5.2.** Las tarjetas de crédito nacen a comienzos del siglo XX, en Alemania, Inglaterra y Francia cuando cadenas hoteleras otorgan tarjetas a sus mejores clientes a fin de que puedan ser utilizarlas en todas sus filiales. (*Ortega Trujillo Jaime, La Tarjeta de Crédito, Edino, 1991.*, págs. 9-19).Las tarjetas de crédito se originan de una relación bilateral entre el tarjetahabiente y el emisor a fin de promocionar los créditos y las ventas en forma masiva, creando a su vez una nueva relación bilateral entre los vendedores de un producto y el consumidor. Se establece una relación triangular entre el comprador, vendedor y una entidad financiera, otorgando al comprador un

crédito para la adquisición de bienes y servicios mediante el compromiso realizado por este a la empresa emisora de pagar el precio del bien adquirido en determinada fecha, de conformidad con lo estipulado en el *Contrato de Emisión y Uso de la Tarjeta de Crédito*. Las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades como en los contratos y en el presente caso como un contrato oneroso por cuanto el acreedor, en este caso el tarjetahabiente, se obliga a pagar al emisor de la tarjeta de crédito el mismo equivalente que recibió por los consumos efectuados.

5.3. Procedemos al examen inicial del recurso del demandado principal, quien arguye en su libelo de casación que no se han aplicado los artículos 115, 116, 117, y 121 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, dispone, “*La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la exigencia o validez de ciertos casos*”. Esta disposición legal contiene dos obligaciones para los juzgadores, la primera de valorar la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana critica, y la segunda, la de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas actuadas dentro del proceso. Tal norma evidentemente se refiere al método de valoración probatoria, cuya infracción procede acusarla con cargo a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación como efectivamente se lo hace. El artículo 116 del Código de Procedimiento Civil determina que: “*Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio*.” Norma que se refiere a la pertinencia de las pruebas, más no establece un mecanismo de valoración de las mismas. El artículo 117 del Código de Procedimiento Civil instituye que: “*Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio*”, y el artículo 121 ibídem prevé que las “*pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el*

valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos. Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.”

5.4. Según el recurrente, la Sala validó y dio por probado el contrato de emisión de uso de tarjeta de crédito, así como las copias de los comprobantes de consumo o estado de cuenta, pero todos sin la firma del demandado, además indica que la Sala no ha valorado la confesión judicial del demandado en que no admite que es deudor de la cantidad demandada. Lo que ha conllevado a la falta de aplicación del artículo 1719 del Código Civil, que dispone: “*El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos.*” Así también el artículo 1720 del referido cuerpo legal explica que la fecha en un instrumento privado no se cuenta respecto a terceros sino desde el fallecimiento de alguno de los que ha firmado. El artículo 1721 ibídem determina que los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable.

5.5. La Segunda Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato de la Corte Provincial del Azuay ha valorado el contrato de emisión de tarjeta de crédito de conformidad con el tenor del mismo y las reglas de la sana crítica. Eduardo Couture explica con respecto a la sana crítica: “*son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con la reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y aun conocimiento experimental de las cosas*”(Couture Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Montevideo – Buenos Aires, Pág. 221-222). Del mismo modo ha valorado la confesión judicial rendida por el demandado de acuerdo a las normas del recto entendimiento, por lo tanto, no corresponde examinar a este Tribunal la prueba apreciada por el Tribunal *Ad quem*. “*Nuestra Ley, a contrario sensu, acepta el error*

en la valoración de la prueba exclusivamente cuando haya sido producto de la violación de normas jurídicas que la regulan. Debe haber, pues, expresa legislación positiva sobre el valor de determinada prueba para que la causal proceda; mientras que la objetividad de la prueba, el criterio sobre los hechos que estableció el juez de instancia, su grado persuasivo, no pueden ser alterados por la Corte Suprema al fallar sobre el recurso de casación”

(Andrade Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade Asociados, Fondo Asociados, Pág. 151.) Y menos,

bajo este argumento, reformar las conclusiones a las que ha llegado el referido Tribunal de instancia, cuando ha realizado la tasación de las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Por las consideraciones expuestas se desecha el cargo formulado. **SEXTO.- SEGUNDA ACUSACIÓN.**

Respecto a la impugnación presentada por *Vicente Leonardo Carrión Valarezo y María Augusta Andrade Vélez*, esto es por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, que determina: *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”*.

6.1. Se expone que el vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, prescindiendo de los hechos y la valoración probatoria, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha originado la conexión lógica de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética y genérica efectuada de antemano por el legislador; yerro que se puede provocar por los tres diferentes tipos de infracción ya señalados, lo que el recurrente debe fundamentar adecuadamente. 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 al ignorar la aplicación de la norma en el fallo, lo que efectivamente no es aplicable al caso que se decide. 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.
6.2 Los recurrentes afirman que el Tribunal de instancia no aplicó el artículo 425 de la Constitución del Ecuador que instituye: “*El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios*

internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”, y que en la resolución impugnada no se ha tomado en cuenta las Normas Generales para la Aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero por cuanto han sido presentadas en segunda instancia y que en esa instancia solo se resuelve en mérito de los autos. Consta del proceso el contrato de emisión de la tarjeta de crédito, en la cláusula octava del referido contrato se establece que la vigencia del mismo será por dos años. En la cláusula décima la garantía ofrecida por los señores Vicente Carrión y María Andrade estipula: “*...en calidad de garante (s) de la tarjeta de Crédito VISA-BANCO DEL AUSTRO emitida bajo este contrato, declara (amos) que (nos) constituyo (ímos) en fiador (es) solidario (s) mercantil, por mi (nuestro) personal (es) derecho (s) por cuenta del Titular Básico, por un plazo de dos años garantizando el cumplimiento de todas las obligaciones que el Titular Básico o los Titulares Adicionales hubieran contraído, contraigan o contrajesen en el futuro, durante el plazo establecido, a favor del Emisor. Al vencimiento del plazo de la presente fianza solidaria, el fiador podrá ratificar expresamente al Emisor la renovación de la misma por igual plazo, o negarla, y en caso de que negare, el Titular Básico, está obligado a construir nuevas garantías...*” El artículo 1576 del Código Civil determina que los contratos se deben interpretar de acuerdo a la intención de los contratantes y lo más literal. El artículo 1580 del referido cuerpo legal indica que: “*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.*” En el caso que nos ocupa se determina en la cláusula Undécima que los garantes se constituyen como tales por el tiempo de dos años, durante el plazo establecido para el emisor. La obligación asumida por los fiadores solidarios según el contrato estásometida a las mismas normas, términos y condiciones al que se ha obligado el titular. El artículo 1579 del Código Civil instituye que: “*En los casos en que no aparezca voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato.*” Por otro lado, siendo el contrato ley para los contratantes en concordancia con el artículo 7 del Código Civil, que prevé que la ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo. El contrato de emisión y uso de la tarjeta de crédito Visa-Banco del Austro fue firmado por las

partes el 14 de junio de 2002 y las Normas Generales para la Aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que fueron aprobados el 5 de julio de 2006, mediante la Resolución de la Superintendencia de Bancos No. 306, por lo que la vigencia de esta norma de acuerdo al artículo 6 del Código Civil, se produce a partir de su publicación en el Registro Oficial, sin que tenga efecto retroactivo. Por estas razones no se acepta el cargo formulado por los cónyuges Vicente Leonardo Carrión y María Augusta Andrade Vélez. Por las motivaciones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, NO CASA la sentencia dictada por la Segunda de lo Civil, Mercantil e Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, el 5 de mayo de 2011, las 10h05. Notifíquese y devuélvanse, para los fines de ley. ff). DR. WILSON ANDINO REINOSO, JUEZ NACIONAL; DR. EDUARDO BERMÚDEZ CORONEL, JUEZ NACIONAL; y, DR. PAULINA AGUIRRE SUÁREZ, JUEZA NACIONAL. Certifico. Dra. Lucía Toledo puebla, Secretaria Relatora.

Lo que comunico a usted, para los fines de ley.

Dra. Lucia Toledo Puebla

Secretaria Relatora