

REPUBLICA DEL ECUADOR

Juicio No: 17711-2013-0051
Resp: VILLACIS GEOVANNA

Casilla No:

Quito, miércoles 12 de noviembre del 2014
REGISTRO OFICIAL

En el Juicio Ordinario No. 17711-2013-0051 que sigue ARICHABALA ARICHABALA WALTER RAUL, en contra de PEREZ CARDENAS MARIA ASUNCION, YARIGSICHA PEREZ LUIS ALBERTO, hay lo siguiente:

JUEZA PONENTE: DRA. PAULINA AGUIRRE SUAREZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. - SALA DE LO CIVIL Y

MERCANTIL.- Quito, miércoles 12 de noviembre del 2014, las 09h00.- **VISTOS: (51-2013)** En virtud de que la Jueza y Jueces abajo firmantes, hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 04-2013 de 22 de julio del 2013, resolvió reestructurar la integración de las Salas conforme a la reforma introducida al artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial mediante Ley reformativa publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 17 de julio del 2013, designándonos para integrar esta Sala Especializada; y conforme el acta de sorteo que consta en el expediente, somos competentes para conocer la presente causa.- Antecedentes: En el juicio ordinario que por restablecimiento de linderos sigue Walter Raúl Arichábala Arichábala contra Luis Alberto Yarigsicha Pérez, María Asunción Pérez Cárdenas. En la diligencia de apeo y deslinde la jueza hace parte procesal a María Narcisa Yarigsicha Pérez; la parte demandada interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada por la Segunda Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, el 28 de noviembre de 2012, a las 09h40, que acepta en parte el recurso de apelación, y reforma la sentencia, declarando con lugar la demanda únicamente en contra de la señora María Narcisa Yarigsicha Pérez. Se reforma también en cuanto a que ejecutoriada la sentencia se observará el trámite previsto en el inciso segundo y siguientes del artículo 673 del Código de Procedimiento Civil; y, en lo demás se confirma el fallo del juez de primer nivel, que declara con lugar la demanda.- El recurso se encuentra en estado de resolver, para el efecto, la Sala hace las siguientes consideraciones: PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 1 de la Ley de Casación; por cuanto la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 25 de junio del 2014; las 08h10, admitió a trámite el recurso de casación solamente con respecto a los derechos de María Narcisa Yarigsicha Pérez. Corresponde a este Tribunal la resolución del recurso de casación, en virtud del sorteo realizado acorde a lo previsto en el artículo 183, inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, conforme obra de la razón precedente.- SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de casación: La casacionista fundamenta su recurso en las causales segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; en la causal segunda por falta de aplicación de las normas de los artículos 75 y 76, numerales 1 y 7 literales a, b, c, h, 82 y 172 de la Constitución de la República; y los artículos 346 numeral 4, 349, y 351 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, en relación con lo que prevé el artículo 130 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial; y en la causal cuarta, por omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis, conforme lo dispuesto en los artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo que prevén los artículos 9, inciso primero, 19 inciso primero y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial.- En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. El recurso de casación es extraordinario y formalista, esto significa que solamente procede en casos

excepcionales debidamente delimitados por la ley, y debe cumplir además, con ciertos elementos formales para su procedencia; el recurso de casación tiene como finalidad el control de la legalidad de las sentencias de instancia, para la defensa de la normatividad jurídica objetiva y la unificación de la jurisprudencia, en orden a un interés público; y la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido, en la esfera del interés particular del recurrente. El Tratadista Humberto Murcia Ballén, sobre el objeto de la casación nos dice: “Tradicionalmente se le ha asignado a la casación como objetivo la anulación de sentencia proferidas con violación de las reglas de derecho, o sea que dicho recurso corresponde al poder que tiene el Tribunal Supremo para asegurar el respeto a las leyes por los jueces; y desde este punto de vista la casación en una institución política que responde a un interés social evidente. En efecto, es esencial a todo régimen político que la ley se estrictamente obedecida e interpretada de la misma manera en todo el territorio nacional. De ahí que la más relevante doctrina sobre el tema le haya asignado al instituto en comento, hace ya cerca de dos siglos, esta finalidad esencial: la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia” (Obra: Recurso de Casación Civil, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pág. 73).

TERCERO: Cargos contra la sentencia: La recurrente al fundamentar el recurso de casación, con cargo en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, expresa que al momento de resolver no se ha considerado en lo absoluto la falta de citación alegada y justificada en autos, con dicha omisión se comete una flagrante violación del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos de la accionada Narcisca Yarigsicha y la violación a las reglas del debido proceso, consagrados en el artículo 11 (numeral 9 inciso cuarto), 75 y 76 (numeral 1 y 7 literales a, b, c, h) y 169 de la Constitución de la República, en relación con lo que prevé el artículo 32 inciso primero del Código Orgánico de la Función Judicial. Violación con la cual también se infringe disposiciones determinantes contenidas en los artículos 346 numerales 4 y 6, y el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil (solemnidades sustanciales que se requieren a fin de que prospere cualquier acción civil); manifiesta que en razón de dicha inconstitucional era facultad de los jueces de segunda instancia declarar la nulidad de todo el proceso, lo que ha influido en la decisión de la causa, por cuanto la falta de citación, a más de la nulidad procesal, provocó indefensión y se han vulnerado los derechos consagrados en el artículo 75 de la Constitución. Señala que conforme se alegó en la demandada, al no ser oportunamente citada, se le privó del derecho constitucional a la defensa consagrado en los artículos 75 y 76 numeral 1 y 7 literales a, b, c, h y 83 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, dejándola en indefensión, tanto más cuanto que tampoco se le ha notificado en legal y debida forma con ninguna actuación procesal, mucho menos con la prueba y la sentencia emitida, ni se ha hecho constar en autos la falta de dicha notificación; que esta inconstitucional jurídica no fue subsanada por la Sala, ni en la tramitación de la causa, ni al momento de resolver, lo cual trae como consecuencia la violación de la sexta solemnidad sustancial común a los juicios e instancias, contemplada en el Código de Procedimiento Civil en su artículo 346 numeral 6.

3.2.- La recurrente manifiesta que al no poder ejercer el derecho de contradicción y a la defensa en la diligencia de apeo y deslinde, sin poder presentar planos y testigos para esclarecer los límites y dar a conocer la realidad de los hechos conforme lo prevén los artículos 666, 667, 668 del Código de Procedimiento Civil, por lo tanto no pueden los jueces de instancia aventurarse a decir, como así lo hacen al momento de resolver, que meses después en la etapa probatoria tuvo la oportunidad de presentar otros medios probatorios, expresando que no se justifica dicha aseveración, ya que, con ningún acto posterior se puede convalidar la indefensión en la que se me dejó en el desarrollo de la diligencia de apeo y deslinde. En relación a la violación al debido proceso existe reiterados pronunciamientos por la Corte Constitucional en los que de manera tajante han señalado que en ningún caso las partes quedarán en indefensión, fallos de la Corte Constitucional 0077-09 EP; 0502-09 EP, 729-09 EP.

3.3.- La recurrente al fundamentar el recurso de casación expresa con cargo en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, la infracción a lo dispuesto en los artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo que prevén los artículos 9 (inciso primero), 19 (inciso primero) y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial.- Sustenta su acusación en razón de que, la Sala, al momento de resolver, en la parte pertinente del considerando Cuarto expresa “...En este caso, dentro de los puntos materia del recurso, los apelantes piden que se les mande a restituir una porción de terreno, que según el informe pericial es menor al que consta en la escritura otorgada a su favor. Revisada la demanda y contestación se establece que ese hecho no fue parte de la Litis,

por tanto ningún pronunciamiento puede hacer la Sala al deviniendo ese punto en improcedente...”(sic) Además que, en la respectiva aclaración a la sentencia, constante en auto de fecha 13 de diciembre del 2012, los señores Jueces de Segunda Instancia exponen: “...ese reclamo no fue formulado como una reconvencción, esto es, como una verdadera demanda, por ello que no fue parte de la litis de primera instancia, así se constata de todo el proceso, en consecuencia, no podía ser materia de resolución en esta instancia...”(sic).- Indica la recurrente que en tal aseveración se conculcan sus derechos, ya que al contestar el traslado corrido, dicha circunstancia se la planteó como excepción, y así se trabó la litis, jamás se ordenó se la complete o se la presente como reconvencción. También señala que al momento de resolver se expresa claramente que, en ninguna de las escrituras públicas que las partes procesales han adjuntando en autos, se determina mojones o hitos naturales, ante lo cual surgen las incógnitas, las mismas que derivan en una inseguridad jurídica, ya que según se entiende el solo hecho de existir un vestigio delimitaría los predios, sin respetar sus metrajes. Expresan que como puede apreciar, al momento de resolver no se ha actuado con la debida diligencia, vulnerando con dicho actuar lo que el artículo 172 de la Constitución de la República consagra, generando una verdadera inseguridad jurídica. 3.4.- La recurrente menciona que no se resuelve en la sentencia recurrida sobre todos los puntos sobre los que se trabó la litis, en consecuencia no se acepta el recurso de apelación en los términos en los que se ha concretado el mismo, más bien se reforma la sentencia, declarándola con lugar únicamente en contra de la señora María Narcisa Yarigsicha Pérez, y en el trámite a seguirse luego de ejecutoriada la misma, con lo cual se da una flagrante violación a sus derechos, en razón de que la parte actora, no apeló la sentencia, ni se adhirió al recurso de apelación interpuesto, por tanto mal podría ser objeto de reforma a su favor; lo cual atenta contra el derecho a la seguridad jurídica, principio consagrado en el Art. 82 de la Constitución de la República, al que debemos entenderlo como aquel derecho que confiere certeza a los ciudadanos sobre el evidente hecho de que sus derechos tiene que ser respetados, y lo que es más que el ejercicio de los mismos tiene que ser garantizado por el Estado y demás entidades del sector público, sabiendo que, aún más, por mandato del Artículo 1 de la Carta Fundamental, el Ecuador es un Estado Social de Derecho; por lo que, resulta inadmisibles, por atentatorio al mencionado principio fundamental, como en este caso que nos ocupa, por cuanto el funcionario judicial, pese a que existen indicios de nulidad insanable, al haber declarado la validez procesal, pretende impedir el ejercicio de sus derechos.- 3.5.- La recurrente concluye que de todo lo expuesto se aprecia que, ninguna resolución, ley o norma puede contradecir a la Constitución conforme lo establece el Art. 424 de la misma; que los actos y las normas del poder público deberán mantener conformidad con las normas constitucionales, “en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.” De ahí, que el artículo 424 de la Constitución de la República consagra: “La constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.”, el artículo 425 del texto constitucional prevé el orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas y permanente se encuentra la Constitución, y luego el artículo 426 consagra “...Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores judiciales, aplicaran autoridades administrativas y servidoras y servidores judiciales aplicara directamente las normas constitucionales...” así mismo, el artículo 427 ibídem, y bien sabido es que ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, por lo que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. CUARTO.- Motivación: Conforme el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación, dice esa disposición constitucional, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso.- La falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución.- En materia de casación la obligación de motivar el fallo está circunscrita a que el Tribunal de Casación debe expresar con razonamientos jurídicos apropiados y coherentes, sustentados en el ordenamiento legal vigente y en principios del derechos, las razones o motivos por los cuales considera que el fallo impugnado por esta vía extraordinaria no ha infringido normas legales, no ha incurrido en los errores que se acusan por parte del recurrente al amparo de alguna de las causales de casación y por ende, no es procedente casar la sentencia de instancia, o por el contrario, cuando la sentencia impugnada infringe la ley, ha incurrido en alguno de los motivos o causales de casación, procede casar el fallo; en resumen,

la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida.- Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal de la Sala fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: 4.1.- Corresponde en primer lugar analizar lo referente a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.- 4.1.1.- Esta causal procede por: “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.”- 4.1.2.- El vicio que configura la causal segunda es la violación de las normas procesales que producen el efecto de nulidad procesal insanable o provoca indefensión al agraviado; violación que puede producirse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. La violación de las normas procesales previstas en los Arts. 344, 346, 1014 del Código de Procedimiento Civil configuran esta causal. En conclusión, son requisitos para que estos vicios configuren la causal segunda de casación: a) que la violación produzca nulidad insanable o indefensión; b) que el vicio está contemplado en la Ley como causa de nulidad (principio de especificidad); e) que los vicios hubiesen influido en la decisión de la causa (principio de trascendencia); d) que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. 4.1.3.- La recurrente acusa que existe falta de aplicación los artículos 75 y 76, numerales 1 y 7 literales a, b, c, h, 82 y 172 de la Constitución de la República y los artículos 346 numeral 4, 349, y 351 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, en relación con lo que prevé el artículo 130 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, incurriendo la sentencia impugnada en la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, configurándose la nulidad del proceso por falta de citación a la demandada María Narcisa Yarigsicha Pérez. Al respecto este Tribunal considera que si bien en la presente causa se demandó originalmente a los señores Luis Alberto Yarigsicha Pérez Y María Asunción Pérez Cárdenas, progenitores de la recurrente, por cuanto a la fecha de presentación de la demanda constaban como titulares de dominio; se debe aclarar que a la diligencia de apeo y deslinde dispuesta según lo prescrito en el artículo 666 del Código de Procedimiento Civil, cuya acta consta a fojas diez y seis y vuelta del cuerpo de primera instancia, comparece la Sra. María Narcisa Yarigsicha Pérez en su calidad de donataria y nueva propietaria del inmueble colindante, según la escritura pública suscrita el veinte y cuatro de junio del dos mil once y obra de autos a fojas diez y siete a veinte y tres del cuerpo de primera instancia; quien estuvo acompañada de su abogado defensor Dr. Walter Pauta Castillo, diligencia en la cual, además, señala su domicilio judicial en la casilla 630 y autoriza a los profesionales Elizabeth Naula Aguilar, Diego Matute Torres, Fanny Culquicóndor y Leonardo Barros para que la representen en esta causa. El artículo. 84 del Código Procedimiento Civil dispone: “Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de prestación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido.” Por lo tanto María Narcisa Yarigsicha Pérez, a pesar de no haber sido citada con la demanda, hizo uso de su derecho a la defensa, compareciendo en la diligencia de apeo y deslinde, y durante todo el juicio fue representada por sus abogados designados y autorizados en dicha diligencia, consecuentemente no existe la nulidad del proceso, por falta de la solemnidad sustancial 4ta. del Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, alegada y por tanto no se configura la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Así también María Narcisa Yarigsicha Pérez, tuvo la oportunidad de ejercer su derecho y presentar la prueba necesaria en su defensa, puesto que todas las actuaciones procesales (apertura de la causa a prueba, sentencia, etc.) fueron notificadas a la casilla judicial 630 y correo electrónico walterpauta@hotmail.com, señaladas como su domicilio judicial y que pertenecía a su abogado defensor Dr. Walter Pauta Castillo. Por estas mismas consideraciones no existe violación de las normas de los Art. 75, 76.7 literales a), b), c) y h) 82 y 172 de la Constitución de la República. Es necesario mencionar que en materia de nulidad procesal rigen los principios de especificidad y trascendencia; este último determina que el motivo de nulidad sea de tal significado que no haya permitido a la parte afectada ejercer su derecho a la defensa, lo que no ocurre en el presente caso, pues como ya se analizó, la ahora recurrente no solo que compareció a la audiencia de apeo y deslinde, sino que presentó oposición frente al informe pericial, teniendo su escrito como contestación de la demanda, y se la notificó con todas las actuaciones procesales, e incluso ejerció su derecho a actuar prueba, conforme obra del escrito de fs. 59 de primera instancia, y también al formular

recurso de casación, por tanto no se configura el supuesto estado de indefensión. En consecuencia se desechan los cargos por la causal segunda de casación. 4.2.- Corresponde analizar lo referente a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.- 4.2.1.- Esta causal procede por: “Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis;..”.- 4.2.2.- La causal cuarta de casación se refiere a: “Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis”.- Los vicios que configuran la causal cuarta son relativos a la inconsonancia o incongruencia resultante de la comparación entre la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y las excepciones deducidas, esto es, el asunto o asuntos que son materia de la litis. Los vicios que contempla la causal cuarta afectan al principio de congruencia, que consiste en la concordancia que debe haber entre las pretensiones de la demanda, los medios de defensa o contrademanda deducidos por la parte demandada, y la resolución del juez, a lo que la doctrina y jurisprudencia llama congruencia externa; y, la interna, que consiste en la concordancia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia. El principio de la congruencia delimita el contenido de la sentencia en cuanto ésta debe pronunciarse de acuerdo con el alcance de las pretensiones, impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a fin de que exista identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. Acorde a la doctrina y la jurisprudencia, esta incongruencia, que es un error de procedimiento o vicio de actividad, puede tener tres formas o aspectos: 1) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); 2) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido, es decir se decide sobre puntos que no son objeto del litigio (extrapetita); 3) cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra o mínima petita).- Para que los cargos por la causal cuarta procedan, el escrito de casación debe contener: 1. El señalamiento de los puntos que configuran el objeto del litigio, refiriéndose a las pretensiones de la demanda o reconvención, a las excepciones y a las conclusiones del fallo. 2. La concreción del punto o puntos que se han resuelto sin ser parte del litigio (extra petita), o de la cuestión o cuestiones que se han resuelto en demasía o más allá de lo pedido (ultra petita), o la especificación de los aspectos que no se han resuelto habiendo sido parte del litigio (citra petita). 4.2.3.- La recurrente expresa que las normas que se han infringido son los artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo que prevé los artículos 9 (inciso primero), 19 (inciso primero) y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, incurriendo en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. La recurrente señala dos cargos; el primero es que el Tribunal de segunda instancia, en el considerando cuarto manifestó que dentro de los puntos materia de apelación, los apelantes solicitaron se mande a restituir una porción de terreno; y que revisada la demanda y contestación este hecho no fue parte de la litis. Expresa la recurrente que frente a ello solicitaron aclaración de la sentencia la misma que fue objeto de pronunciamiento de la Sala en providencia de 13 de diciembre del 2012, en la cual los jueces de segunda instancia señalan que ese reclamo no fue formulado como una reconvención, por ello no fue parte de la litis de primera instancia y en consecuencia no podría ser materia del recurso. Aseveración que para la recurrente conculca sus derechos ya que al contestar el traslado con el informe pericial, en esta circunstancia se la planteo como excepción y así se trabó la litis, sin que se hubiere ordenado que la complete o plantee como reconvención. Al respecto este Tribunal considera que conforme los art. 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia de al Art. 27 del Código de la Función Judicial los juzgadores deben resolver únicamente y exclusivamente aquellos aspectos que son materia de la litis, esto es la pretensión establecida por la parte actora en su demanda, y las excepciones propuestas por la parte demandada en contraposición a esa acción. El juicio de linderos tiene como propósito el restablecer los linderos que se hubieren obscurecidos o que hubieren desaparecido o experimentado algún trastorno; o cuando se fije por primera vez la línea de separación entre dos o más heredades, con señalamiento de linderos, según lo establece la disposición del artículo 666 del Código de Procedimiento Civil. De acuerdo con esa misma norma, presentada la demanda el juez señalará día y hora para la realización de una inspección judicial, designará perito y ordenará que se cite a los dueños de los terrenos lindantes, para que concurran al deslinde con sus documentos y testigos; de existir acuerdo el juez lo aprobará en sentencia o si fuese posible fijar los linderos en la misma diligencia procederá de esta manera, con lo que termina el juicio. El artículo 671 del Código de Procedimiento Civil, expresa que si no existe ningún acuerdo, el juez extenderá un acta de lo ocurrido en la inspección y de lo que ha observado; el juez, y oirá simultáneamente a las partes con el informe pericial, y lo que dijeren

aquellas se tendrá como demanda y contestación en la causa y se seguirá sustanciándose el juicio ordinario. En el presente caso, al no existir acuerdo ni haber sido posible fijar los linderos, el actor a fojas 47- 48 presenta su escrito que se entenderá como demanda, por otro lado los demandados se pronunciaron sobre el informe pericial, en escrito de fs. 46, que será considerado como contestación a la demanda; en dicho escrito reclaman expresamente la restitución de cuatro metros de terreno que les falta según su escritura e informe pericial, por tanto, se trata de un asunto que tiene absoluta relación con el juicio de linderos y forma parte de la litis; reclamación que tampoco se puede considerar se la debió plantear como reconvencción, por lo contrario se halla dentro de los puntos que se considera juicio de linderos y formó parte de la litis, sin embargo los jueces no se pronunciaron sobre aquella, incurriendo en el vicio de citra petita esto es, no haber resuelto todos los puntos materia de la controversia. En consecuencia, se determina que no se efectuó una correcta interpretación del sentido y alcance de contenido hipotético de las normas de los artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, a los hechos y circunstancias de este juicio de linderos; en consecuencia, se justifica esta acusación. En virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación, procede a casar la sentencia objeto del recurso, y dictar una sentencia de mérito. QUINTO.- Sentencia de mérito.- 5.1.- Como ya se expresó en el considerando Primero de esta sentencia, este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa.- 5.2.- No se han omitido ni violentado solemnidades sustanciales en la tramitación del presente proceso, y por tanto se lo declara como válido.- Según el análisis realizado del caso, puesto que aun cuando no se haya citado a María Narcisa Yarigsicha Pérez, esta persona compareció a la diligencia de apeo y deslinde y se le notificó a su domicilio judicial todas las actuaciones procesales como se ha mencionado en el numeral 4.1.3 de la presente sentencia. 5.3.- Comparece a fojas siete el señor Walter Raúl Archábala Arichábala, manifestando que, conforme la escritura pública, otorgada en fecha 24 de noviembre de 2000 ante el Dr. Florencio Regalo Polo Notario Tercero del Cantón Cuenca, e inscrita el 30 de noviembre de 2000, se justifica la legitimidad de la propiedad de un inmueble ubicado en la ciudad de Cuenca, parroquia Rural de Nulti, sector Guangarcucho, cuyos linderos son: por la cabecera con herederos de Remigio Pérez, por atrás con la quebrada de Cachillacu y por el costado con propiedades del Dr. Hernán Acosta, aclarando que el terreno tiene forma triangular, linderos tomados de la escritura; que sin embargo hay inconvenientes en el lindero oeste del inmueble señalado, específicamente en la zona de la “Quebrada Molly”, pues la piedra que sirve de hito en el lindero, indebidamente ha sido movida por los colindantes, por lo que se requiera que se restablezca el lindero. Con tales antecedentes, demanda a Luis Alberto Yarigsicha Pérez y María Asunción Pérez Cárdenas, se fijen los linderos entre sus propiedades, en aplicación del artículo 666 del Código de Procedimiento Civil. Calificada y admitida a trámite la demanda, se desarrolla la diligencia de apeo y deslinde, según consta a fojas diez y seis de primera instancia, a la que concurrió María Narcisa Yarigsicha Pérez, donataria del predio colindante materia del litigio de linderos. Al no haber existido acuerdo entre las partes, se corrió traslado a cada una de ellas con el informe pericial, y se siguió el proceso respectivo, teniéndose como demanda el escrito del actor de fs. 47 y 48, en el que se ratifica en sus fundamentos de hecho y de derecho; y como contestación de los demandados el escrito de fojas 46 fs. del cuerpo de primera instancia, en el cual mencionan que no se han introducido en terrenos de la Familia Arichabla, y que meses atrás, en virtud de una citación hecha por el Teniente Político, concurrieron al lugar de los hechos, en el que se llegó a un acuerdo y por ende se colocó los postes de alambre de púas fijándose el lindero. Manifiestan también que en la diligencia de apeo y deslinde, llevada a efecto en el primero de noviembre del año dos mil once, a las catorce horas treinta minutos, se pudo observar por parte de la autoridad que los hitos que se hace referencia en la demanda de ninguna manera estos han sido alterados; y que el informe pericial presentado por el Arq. Hernán Reyes, se hace constar que nos hace falta cuatro metros en la Quebrada, con relación a lo que legalmente consta en la escritura pública que obra de autos, razón por la cual solicitan que el actor entregue los cuatro metros que según consta de la escritura pública y del informe pericial. El proceso se ha tramitado en la vía ordinaria, y el Juez Décimo Sexto de lo Civil de Azuay en sentencia de 17 de agosto del 2012, las 11h00 dicta sentencia aceptando la demanda y fijando el lindero oeste entre las dos propiedades. Sentencia que es apelada por los demandados, Luis Alberto Yarigsicha Pérez y María Asunción Pérez Cárdenas, correspondiendo el conocimiento de la causa a la Segunda Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, cuya sentencia es motivo de este

fallo de casación. 5.4.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, es obligación del actor probar afirmativamente los hechos propuestos en la demanda, y además, es obligación del demandado, probar su negativa si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, derecho o calidad de la cosa que se litiga; y, conforme el artículo 117 del mismo Código, solo la prueba debidamente actuada, esto es, la que ha sido solicitada, proveída y evacuada legalmente hace fe en el proceso.- En la presente causa, se han actuado las siguientes pruebas: Por la parte actora: 1) se ha solicitado que se reproduzca a su favor la escritura pública de fecha 24 de noviembre de 2000 otorgada ante el Dr. Florencio Regalado Polo, Notario Tercero del Cantón Cuenca, instrumento que se encuentra debidamente inscrito en el Registro de la propiedad bajo el no. 11277 de fecha 30 de noviembre de 2000, documento aparejado a mi demanda, 2) Se reproduzca el plano del inmueble de su propiedad, donde se puede colegir su real cabida y linderos, mismo que obra del proceso, 3) Se reproduzca a su favor, íntegramente, el informe técnico realizado por el perito, y en el que consta que “El pedazo de terreno en disputa se encuentra en ocupación o posesión por la parte demanda”; y, “que el lindero de las propiedades consiste 1m del poste del lindero actual, existe un vestigio de la ubicación de la piedra” (es decir del ítem del lindero, que sirve de base para reestablecerlo); 4) Se solicita que declaren los testigos señores Miguel Ángel Naula Zhorngor, Rosendo Segundo Condo Bau, Leonardo Rafael Rodríguez Hernández al tenor del respectivo interrogatorio de su escrito de prueba. La parte demandada propone la siguiente prueba: 1) Se reproduzca y se tenga como prueba de su parte todo cuanto de autos les fuere favorable; y, 2) Que se repregunten a los testigos que presenta la parte actora.- En segunda instancia la partes han reproducido lo favorable de autos e impugnando lo adverso, y los apelantes han solicitado además las declaraciones de Nelly Yolanda Zumba Landy y de María Cruz Landy Záraté, quienes confirman el interrogatorio formulado, tendiente a justificar que no se han introducido en terrenos del que no se han alterado los hitos, que no están en posesión del terreno de los actores, que les faltan cuatro metros en su propiedad. 5.5.- La acción de demarcación es real, en razón de que persigue fijar la línea y levantar el deslinde, haciendo abstracción de la persona del dueño de cada predio. La demarcación es un ejercicio material del dominio y a la vez una obligación derivada de las relaciones de vecindad de colindantes. El objeto de esta acción es la limitación o fijación de la línea de separación de dos predios colindantes de distinto dueño y posteriormente el amojonamiento o señalización por signos materiales. “Comprende dos fases: una jurídica, la delimitación, tendiente a fijar o reconocer la línea separativa, y una material, el amojonamiento, dirigida a señalar esta línea sobre el suelo por medio de signos apropiados, llamados hitos o mojones” (Arturo Alessandri R, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic H, Tratado de los Derechos Reales, Bienes, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo II 6ª Edición, pág. 194). La acción de demarcación puede ser ejercida por quien acredite ser propietario del predio y se dirigirá al o los respectivos dueños del o de los predios lindantes conforme el artículo Art. 878 del Código Civil. La demarcación es un derecho que supone la existencia de dos predios, que estos pertenezcan a dos propietarios distintos y que sean colindantes, contiguos. “La acción de demarcación es declarativa de los derechos preexistentes de los propietarios vecinos; mediante ella se persigue sólo, como en toda acción declarativa, obtener del juez la simple constatación de una situación jurídica” (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, op cit, pág 200). El juicio de demarcación y linderos tiene un trámite mixto: Inicialmente es especial; y, si las partes no convienen en ningún arreglo, ni se halla la causa en el caso de que el juez pueda fallar en el acto de inspección, se seguirá sustanciando el juicio ordinario. El juicio de demarcación y linderos procede en los siguientes casos: a) Por restablecimiento de linderos, cuando éstos se hubieren obscurecido, hubieren desaparecido o hubieren experimentado algún trastorno; b) Por fijación por primera vez de la línea de separación entre dos o más heredades, con señalamiento de linderos. 5.6.- Valorada la prueba actuada conforme a las reglas de la sana crítica, de acuerdo al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil; en la presente causa tenemos: 1) De conformidad con lo previsto en el artículo 668 del Código de Procedimiento Civil, en el juicio de linderos a la diligencia de deslinde y amojonamiento deberán asistir las partes en la que presentarán sus títulos de propiedad, como requisito para justificar el dominio; en la especie tanto la parte actora como la demandada han justificado el derecho de propiedad de los predios en litigio conforme obra de los títulos escriturados de fojas 1 a 5, en lo que corresponde al actor; y de fojas 17 a 20, en cuanto a la demandada, del expediente de primera instancia, títulos que constan con la correspondiente razón

de inscripción en el registro de la propiedad.- 2) Del informe pericial que obra del proceso a fs. 24 a 37 del cuaderno de primera instancia, en especial de plano del levantamiento planimétrico, se establece que el lindero que divide las dos heredades del actor y la demandada ha sufrido alteración (línea en color verde), en la zona denominada “Quebrada Molly”; situación que se produce al haber sido removida una piedra que servía de lindero natural y establecida la línea o dirección del ese lindero (marcado en color rojo). 3) En la escritura de pública de fecha 24 de noviembre del 2000, inscrita el 30 de noviembre de 2000 en el Registro de la Propiedad de Cuenca, consta un plano de la parcelación de la Hacienda Guangaracucho, que data del año 1967; en el cual se da fe y se idéntica claramente la existencia de la piedra o hito natural al que se hace referencia para el lindero entre los inmuebles actualmente de propiedad del actor, Walter Raúl Arichabala Arichabala y María Narcisa Yarigsicha Pérez, donataria de Luis Alberto Yarigsicha Pérez y María Pérez Cárdenas respectivamente; siendo este hito el que se menciona en el informe pericial de fecha 23 de noviembre de 2011, incluido su plano, estableciendo claramente el límite de las propiedades. 4) No existe prueba instrumental por la que conste que las partes acordaron anteriormente fijar el lindero con alambre postes y alambres de púas por la línea marcada en el plano pericial (fs. 26) con color verde. 5) En cuanto a la prueba testimonial, este Tribunal, acorde a lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, que determina la apreciación de esta clase de pruebas según las reglas de la sana crítica, considera que los tales testimonios no pueden dar fe de un supuesto acuerdo entre las partes, si en esta clase de asuntos, se requiere de un documento público.- En cuanto al reclamo de la demandada, sobre cuatro metros lineales de su propiedad, que le corresponderían según la escritura pública de donación, tal pretensión es improcedente, pues al fijarse los linderos mediante esta clase de juicios aquella prevalece respecto de cualquier diferencia que resulte con las dimensiones constantes en los títulos de propiedad. Por 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, CASA la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, el 28 de noviembre del 2012, a las 09h40 y en su lugar, por las consideraciones expuestas en este fallo, desecha el recurso de apelación y se confirma la sentencia de primera instancia, fijando el lindero entre las propiedades del actor Walter Raúl Arichabala Arichabala y la demandada, María Narcisa Yarigsicha Pérez, conforme al plano adjunto al informe pericial que obra de fs. 26 de autos, pasando por testigo de ubicación de la piedra que servirá de hito que aparece en dicho informe pericial y consta con una longitud de 218,9m. (línea color rojo). Para la ejecución de esta sentencia, el juez de primer nivel procederá conforme al artículo 673 del Código de Procedimiento Civil.- Con costas a cargo de la demandada. En quinientos dólares de los Estados Unidos de Norte América se fijan los honorarios del abogado defensor del actor.- Notifíquese y cúmplase.- f).- DRA. PAULINA AGUIRRE SUAREZ, JUEZA NACIONAL, f).- DR. PAUL ÍÑIGUEZ RIOS, JUEZ NACIONAL, f).- DR. WILSON ANDINO REINOSO, JUEZ NACIONAL. Certifico.

Es fiel copia del original.- 12 de noviembre del 2014.-

DRA. LUCIA DE LOS REMEDIOS TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA