

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 26 de marzo de 2014, a las 11H00.

VISTOS (677 – 2012): 1. JURISDICCION Y COMPETENCIA: En virtud de que el Juez y las Juezas Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 04-2013 de 22 de julio de 2013, dispuso reestructurar la conformación de las Salas Especializadas, con sujeción a lo previsto en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, sustituido por el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, nos ratificó en la integración de esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo que obra del cuaderno de casación, tenemos jurisdicción y somos competentes para conocer esta causa, con fundamento en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.- **2. ANTECEDENTES:** En lo principal, sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por el doctor Esteban Zabala Palacios, en su calidad de Procurador Judicial de la Gerente General del Banco Central del Ecuador, Lic. Ruth Patricia Arregui Solano, en contra de la sentencia proferida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha el 01 de junio de 2012, a las 12h22, dentro del juicio de lato conocimiento que por nulidad de sentencia sigue la economista Betty Graciela Arteaga Macías, en su calidad de Liquidadora de Filanbanco S.A. “en Liquidación”, en contra del doctor Edgardo Iván Falconí Palacios. **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La casacionista alega como infringidos en la sentencia impugnada los artículos 76.7. a) y 172 de la Constitución de la República; 27 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; 58, 299.2, 300, 301, 359, 362, 847 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; innumerado agregado después del artículo 151 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; 3. c) y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y la Resolución JB-2002-469 de la Junta Bancaria. Deduce el recurso interpuesto con cargo en las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. La Sala de Conjuces de esta Sala Especializada lo admitió parcialmente, en lo atinente a la errónea interpretación del artículo 3. c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, sustentada en la causal primera; en tanto que, inadmitió en su totalidad el recurso deducido por el Procurador General del Estado. Concluido el trámite de

sustanciación y en virtud de haberse fijado los límites dentro de los cuales se constriñe el recurso, para resolver, se puntualiza: **4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y supremo; es recurso limitado desde que la ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. Consecuencia de dicha limitación “es el carácter eminentemente formalista de este recurso, (...), que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de la casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo.” (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, 2005, p. 91). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad, está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La casación es recurso riguroso, restrictivo y formalista, por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la ley.- **5. EL JUICIO DE NULIDAD DE SENTENCIA EJECUTORIADA.** Este juicio 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.” (Lino Enrique Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, II, Abeledo Perrot, Sexta Edición Actualizada, Buenos Aires, 1986, p. 30). El eje transversal de la casación es el fallo definitivo y ejecutoriado, con fuerza de cosa juzgada sustancial o material. Cosa juzgada es expresión que designa ciertos efectos de determinadas resoluciones judiciales “... el principal efecto de la principal resolución procesal, que es la sentencia definitiva sobre el objeto esencial de un proceso, sobre el fondo, suele decirse también.” (Andrés De La Oliva y Miguel Ángel Fernández, Derecho Procesal Civil, Volumen II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1990, p. 158).

En la misma línea, Aldo Bacre conceptúa a la cosa juzgada como “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.” (Teoría General del Proceso, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 436-437). La cosa juzgada, es 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.” (Alfonso Troya Cevallos, Elementos de Derecho Procesal Civil, T. II, PUDELECO Editores, Quito, 2002, p. 750). Sin embargo, nuestro sistema procesal prevé como excepción los casos en que una sentencia ejecutoriada puede ser anulada; en efecto, entre otras, se encuentra prevista como acción autónoma en los artículos 299, 300 y 301 del Código de Procedimiento Civil. En los procesos por nulidad de sentencia ejecutoriada, 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. **6.**

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.- 6.1. ÚNICO CARGO: CAUSAL SEGUNDA. 6.1.1.

Es evidente el lapsus calami en que incurre la Sala de Conjuces al admitir parcialmente el recurso que motiva esta decisión, en lo atinente a la errónea interpretación del artículo 3.c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, “sustentada en la causal primera”, desde que ese precepto normativo es de naturaleza procesal cuya omisión, en la forma reclamada por el recurrente, tipifica un motivo de nulidad, atacable en casación por la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación. Tanto más que, para

esta transgresión el cargo lo hizo por la causal segunda de la Ley de Casación. En efecto, la causal primera dice relación a vicios in iudicando, a errores de juicio, al aplicar o no aplicar la norma al hecho controvertido o relación conflictiva, por falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustancial, es decir de aquellas entendidas por la doctrina clásica como las que señalan y definen los derechos subjetivos, reales y personales, y precisan las obligaciones de las personas, y que la teoría actual las categoriza como "... las que declaran o reglan la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material." (Zenón Prieto Rincón, *Casación Civil*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1984, p. 14).

6.1.2. La inobservancia o desviación de las formas legalmente establecidas para regular la constitución y debido desenvolvimiento de la relación procesal, constituyen verdaderas anomalías que impiden en el proceso el recto cumplimiento de la función jurisdiccional. "Como los errores in procedendo necesariamente van a influir, en mayor o menor medida, en el pronunciamiento de la sentencia de fondo, a la que por consiguiente faltará una base jurídica estable, de ello claramente resulta la razón de la trascendencia que en el ámbito de la casación tienen las nulidades procesales. Palmar es la necesidad de que el proceso nazca y se desarrolle en condiciones viables; y es obvio que carece de esta virtud cuando en su iniciación o en su trámite se omiten o desvían los principios legales que garantizan la idoneidad de los actos que lo integran y el derecho de defensa de las partes. Si, pues, la sentencia se dicta con transgresión de los citados principios, tal decisión resulta afectada por un vicio que, si no se subsana oportunamente, justifica la casación o quiebra del fallo de instancia" (Humberto Murcia Ballén, *op. cit.*, p. 573).

6.1.3. Consta del escrito de interposición y fundamentación del recurso: "Intervención del Procurador General del Estado.- La demanda verbal sumaria, No. 338-2005, presentada el día 08 de diciembre de 2005, en el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, por el Dr. Edgardo Iván Falconí Palacios en contra de Filanbanco S.A., en Liquidación, con el propósito de cobrar honorarios por los servicios prestados a la institución, mismo que es materia del juicio de nulidad de sentencia, incurrió en la omisión del requisito procesal previsto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por el cual, el actor debía solicitar en su demanda al juez de la causa, se cuente con el Procurador General del Estado, a fin de que éste supervise el juicio, toda vez, que el Filanbanco S.A., en Liquidación, era una persona jurídica de derecho privado, cuyo capital provenía de fondos públicos aportados en su totalidad por el Estado ecuatoriano, en su calidad de único accionista. Esta gravísima omisión del actor, configuró un error in procedendo insalvable: la ilegitimidad de personería pasiva, lo cual acarreó la negación del derecho constitucional a la defensa de la Procuraduría

General del Estado, quien ejerciendo sus funciones privativas habría podido intervenir oportunamente en calidad de parte, formulando la contestación y excepciones adecuadas, en defensa del patrimonio nacional y del interés público. En consecuencia, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al rechazar nuestra demanda de nulidad de sentencia, ha incurrido en falta de aplicación del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y del artículo 299, numeral 2 del Código de Procedimiento Civil". En el mismo escrito, expresa la recurrente: "Fondos Públicos.- El considerando quinto de la sentencia, establece que el Filanbanco S.A. en Liquidación, es una persona jurídica de derecho privado, razón por la cual, concluye que no cabe la intervención de la Procuraduría General del Estado. Esta conclusión asumida por el órgano jurisdiccional, infringe lo dispuesto en el art. 3 literal c) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, pues interpreta erróneamente su contenido, al considerar que el Procurador General del Estado puede exclusivamente intervenir en los juicios en que es parte una entidad pública, no obstante a que dicha norma hace extensiva esa participación, al caso de juicios en que son parte las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, como era el caso del Filanbanco S.A. en Liquidación, cuyo único accionista era el Estado ecuatoriano. Tal es la interpretación literal, que sin ningún esfuerzo se deduce del siguiente texto correspondiente a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado: "Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado.- Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones: ... c) Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica o a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público...". **6.1.4.** La sentencia que la casacionista pide que sea anulada por la aceptación del Recurso de Casación, en razón de la falta de notificación al Procurador General del Estado en el juicio que, por honorarios profesionales, siguió el doctor Edgardo Iván Falconí Palacios, en contra de Filanbanco S.A., "en Liquidación", establece en el numeral primero: "Se declara la validez procesal, pues no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que influya en la decisión de la causa, pese a la alegación hecha por el demandado al momento de resolver, de no haberse contado con el señor Procurador General del Estado, lo cual es infundada, toda vez que el Procurador General del Estado debe intervenir en los juicios que se planteen en contra del Estado o de entidades del Estado, no en los juicios que contra entidades privadas financieras que se hayan presentado en su contra, peor que éste sea parte procesal, aunque

puede vigilar los procesos de manera discrecional, y en ningún momento se ha dejado en la indefensión al demandado toda vez que ha comparecido a juicio, situación que se corrobora con la opinión emitida por la Superintendencia de Bancos, en comunicación de 15 de mayo del 2007, constante en fs. 3642, que señala: ‘... que a pesar de ser el Ministerio de Economía y Finanzas quien tiene la titularidad de la totalidad de las acciones de Filanbanco S.A. “en Liquidación”, esto no modifica la naturaleza jurídica de derecho privado de dicha institución financiera en liquidación...’.

Ahora bien, la alegación procura que el Tribunal de Casación, efectúe el análisis jurídico atinente a la normativa aplicable a las sociedades regidas, ora por el derecho público, ora por el derecho privado, en ciertos y determinados casos, a fin de establecer el hecho de haberse citado (o notificado, según el caso) o no haberlo hecho, al Procurador General del Estado en el proceso por honorarios profesionales signado con el número 0338-2005, tramitado en el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, pues que, en caso negativo su consecuencia sería la nulidad procesal. Este Tribunal de Casación puntualiza que, entre las atribuciones del Procurador General del Estado, el precepto legal citado prevé la de “Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica ... sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público”. El Procurador General del Estado o su delegado intervienen como parte “representando al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica” (artículos 3. b) y 5.a) de la ley en cita), como en las causas en que “participen las instituciones del Estado que tengan personería jurídica”, en razón de la facultad de supervisión del desenvolvimiento de los procesos judiciales que le autoriza intervenir en ellos y en defensa de los intereses del Estado ante cualquier organismo, corte, tribunal o juez, dentro del país o exterior (artículo 5.c) ibídem). Para hacer práctica esta facultad, en armonía con el artículo 6 de la misma ley, al Procurador General del Estado se le debe citar con toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial en contra del Estado, lo que comprende a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personalidad (de personería dice la ley) jurídica, “pero además se le debe notificar obligatoriamente en aquellas causas en que participen las instituciones del Estado que cuenten con personalidad jurídica propia, advirtiéndose que “la omisión de este requisito, acarreará la nulidad del proceso o del procedimiento”. Se citará al Procurador General del Estado “en aquellas acciones o procedimientos en los que deba intervenir directamente, y se le notificará en todos los demás, de acuerdo con lo previsto en esta ley” (inciso segundo, artículo 6). Como se ve, el Procurador General del Estado está llamado a intervenir como parte procesal o a realizar una labor de

supervisión cuando están involucradas instituciones del Estado que tengan personería jurídica en razón de que estas instituciones ejercen ellas mismas su patrocinio. La falta de notificación al Procurador General del Estado, conforme el artículo 6 de la Ley en cita constituye un motivo de nulidad especial que rige sólo en los casos específicos a los que se refiere el artículo 6 ejusdem (los motivos generales de nulidad son los que constan del Código de Procedimiento Civil). El Decreto Ejecutivo No. 1502 de 16 de mayo de 2001, publicado en el R.O.S. No. 328 de 17 de mayo del mismo año, en su considerando primero expresa: “Que, en conformidad con las disposiciones de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario-Financiera, el Estado Ecuatoriano ha entregado recursos a la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), que fueron utilizados, entre otros fines, para la capitalización de Filanbanco S.A.”; en tanto que, su artículo 1 dispone: “El Ministerio de Economía y Finanzas a nombre y representación del Estado Ecuatoriano, procederá a celebrar con la Agencia de Garantía de Depósitos un contrato de dación en pago, mediante el cual ésta última abone al Estado su obligación pendiente de pago, originada en aportes de recursos públicos entregados para el cumplimiento de las normas pertinentes de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario-Financiera. El abono que efectúe la AGD, y que debe recibir el indicado Ministerio, se realizará mediante la entrega de la totalidad de las acciones que actualmente posee la AGD, en Filanbanco S.A., esto es de las 9.184.000.010 acciones ordinarias y nominativas que representan un valor nominal de US\$ 36.736.000.04, sin perjuicio de que la valoración real de las mismas se efectúe con posterioridad a la entrega”. El artículo 3 asimismo del Decreto Ejecutivo en cita, dispone: “Facúltase al Ministerio de Economía y Finanzas para que, una vez realizada la transferencia legal de las acciones, a nombre y representación del Estado Ecuatoriano, ejercite todos los derechos, deberes y obligaciones inherentes a la calidad de accionista de Filanbanco S.A”. El Directorio del Banco Central del Ecuador mediante Resolución No. 002-2009 de 23 de diciembre de 2009, autorizó al Banco Central del Ecuador, “a recibir los activos de las entidades en liquidación, cuya transferencia haya sido instruida por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en los términos constantes en la Resolución No. JB- 2009-1427 de 21 de septiembre de 2009, expedida por la Junta Bancaria”, la cual a su vez en su sección II norma la transferencia de activos de una institución financiera en liquidación, y establece en su artículo 6 que: “La tradición de los activos y sus correspondientes garantías y derechos accesorios operará de pleno derecho, sin necesidad de endosos, notificaciones, ni inscripciones...”. La Constitución de la República establece en el artículo 303, inciso tercero: “El Banco Central es una persona jurídica de derecho público, cuya organización y funcionamiento será establecido por la ley”. En la

especie, la institución financiera demandada, Filanbanco S. A. En Liquidación, si bien es una de derecho privado, no es menos cierto que el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que “Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley.” (R.O.S. 595 de 12 de junio de 2002).

6.1.5. La actividad de jueces así como de los sujetos procesales se encuentran reguladas por normas preestablecidas que determinan lo que debe hacerse en todo proceso y desde su inicio hasta su culminación. El ordenamiento legal establece la nulidad de un acto procesal y de todos los que dependen de él cuando se ha inobservado dichas normas, nulidad que se encuentra condicionada, entre otros, a los principios de especificidad y trascendencia. Por el primero de estos principios, llamado también de tipicidad, no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca. “Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean los generales para todos los procesos o ya los especiales que rigen sólo en algunos de éstos, resultan, pues, limitativos y, por consiguiente, no es posible extenderlos a informalidades diferentes” (Humberto Murcia Ballén, op. cit., p. 574). Ninguna actuación del proceso puede ser declarada nula si la causal no está expresamente prevista en la ley; las causales de nulidad, son taxativas, limitativas, por lo que no cabe extenderlas a informalidades o irregularidades diversas. Se adiciona que, para la declaratoria de nulidad procesal no es suficiente que medie violación de norma jurídica, sino que además es necesario que ese quebranto sea determinante de lo resuelto, que es lo que la doctrina llama la eficacia causal de tal quebranto. Las causas o motivos generales de nulidad procesal se encuentran señalados en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil y que conciernen a la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, en el artículo 1014 del mismo Código en lo relativo a la violación del trámite correspondiente a la

naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, este Código contempla también solemnidades especiales para el juicio ejecutivo, artículo 347 y para el juicio de concurso de acreedores, artículo 348; y, en leyes especiales, como el caso que puntualiza el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, codificación del año 2004, R.O. No. 312 de 13 de abril de 2004. Por el principio de la trascendencia, es causa eficiente para provocar la nulidad procesal que la omisión de solemnidad o la violación del trámite influyan en la decisión de lo resuelto. En el evento de que en la tramitación de un proceso se incurra en irregularidades, los medios para su corrección son diferentes, según la naturaleza y la gravedad de las mismas, por lo que "... el de la nulidad lo reserva la ley para los casos que, por omitirse un elemento esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa de los litigantes, revisten mayor gravedad." (Humberto Murcia Ballén, *ibídem*, p. 574). Entre las garantías del debido proceso se encuentra el principio de la obligatoriedad de las normas procesales, es decir, los actos procesales están reglados por la ley en cuanto al tiempo, al lugar y al modo. De la sentencia impugnada se lee: "... si bien Filanbanco S.A., conserva su naturaleza de persona jurídica de derecho privado, en materia procesal, compete a la Procuraduría General del Estado supervisar los juicios en los que dicha institución financiera sea parte, por lo que no ha existido indefensión en el juicio de pago de honorarios, pues obra de autos que la Procuraduría General del Estado comparece de manera simultánea al juicio con la parte demandada, es decir en esa causa todo el tiempo se ha contado con la Procuraduría pues al haber comparecido y señalado domicilio judicial todas las providencias han sido notificadas a su casillero judicial, por lo que el argumento de no haber pedido el actor del juicio de honorarios en su demanda que se cuente con la Procuraduría General del Estado, carece de valor legal". Esta terminante afirmación conllevaría haberse operado el principio de convalidación en cuanto la nulidad, salvo contadas excepciones, no obstante existir materialmente en el proceso, se considera jurídicamente desaparecida de él como consecuencia del consentimiento expreso o tácito del litigante o autoridad pública llamados a observarla y reclamarla. Falacia categórica, desde que en ese juicio no se contó con el señor Procurador General del Estado desconociendo o ignorando el claro contenido del artículo 3.c), e inciso primero del artículo 6, ambos de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En efecto, consta de la providencia de 10 de julio de 2007: "... En cuanto al escrito y peticiones presentadas por el doctor Luis Jaramillo, en calidad de Director Nacional de Patrocinio del Estado, Delegado del Procurador General del Estado, presentado el 05 de julio de 2006, a las 16h14, se rechaza, toda vez que no es parte procesal en la presente causa, mucho

menos se puede atender la petición de consulta por el tipo de juicio que es de única instancia, peor considerar la petición de apelación solicitada por la Procuraduría por la disposición expresa contemplada en el Art. 847 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil". **6.1.6.** El artículo 301.1 del Código de Procedimiento Civil, prevé que no procede la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada si ésta ha sido ya ejecutada. Una de las excepciones del ahora demandado es precisamente la improcedencia de la demanda pues que la sentencia materia de la nulidad reclamada se encuentra ejecutada. Las sentencias, en la forma que las clasifica Eduardo J. Couture, son de condena, declarativas o meramente declarativas y constitutivas. "1.- Son sentencias de condena, todas aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar o hacer), o ya sea en el sentido negativo (no hacer) ... la condena consiste normalmente, en imponer al obligado el cumplimiento de la prestación, en conminarle a que se abstenga de realizar los actos que se le prohíben, o en deshacer lo que haya realizado ... 2.- Son sentencias declarativas, o de mera declaración, aquellas que tienen por objeto la pura declaración de la existencia de un derecho ... la doctrina pone como ejemplos de sentencias declarativas aquellas tendientes a establecer la falsedad de un documento, la inexistencia de una obligación, la jactancia. Dentro de nuestro sistema, la sentencia declarativa, ha venido a suministrar muy importante apoyo a la acción que se promueve para probar en método contradictorio, la adquisición de la propiedad por prescripción... 3.- Se denominan sentencias constitutivas, aquellas que, sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican o extinguen un estado jurídico ... pertenecen a esta clase, en primer término, aquellas sentencias que crean un estado jurídico nuevo, ya sea haciendo cesar el existente, ya sea modificándolo, ya sea sustituyéndolo por otro ... en segundo lugar integran esta clase de sentencias aquellas que deparan efectos jurídicos de tal índole que no podrían lograrse sino mediante la colaboración de los órganos jurisdiccionales: el divorcio, la separación de cuerpos, la separación de bienes, etc." (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4ta. Edición, Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2002, pp. 257, 258, 259 y 260). La doctrina actual amplía esa clasificación, por su funcionalidad, es decir por la actitud para el cumplimiento de su función satisfactiva, en sentencias de realización inmediata y de realización mediata. Las primeras son aquellas cuya eficacia se concreta cuando, adquirida la sentencia la autoridad de cosa juzgada, se realiza la satisfacción pretendida por cualquiera de las partes y, en ciertos casos solo restan actos de mero trámite para la consolidación de la situación jurídica ordenada por la misma. Ejemplo claro de realización inmediata es la sentencia que declara el divorcio, que satisface a

las partes sin que se requiera ejecución forzada posterior, pues solo se requiere la inscripción en el Registro Civil que otorga publicidad a una situación ya configurada. Las sentencias de realización mediata, por el contrario, "... no satisfacen directamente al sujeto favorecido con ella, sino que suponen la emisión de una orden judicial que se espera sea cumplida espontáneamente por parte del sujeto que perdió en el proceso. De no mediar este cumplimiento se abre la posibilidad de iniciar la ejecución forzada. Ejemplo de lo dicho es la sentencia que ordena el pago de una suma de dinero, en la medida que el no pago por parte del demandado supone el inicio de la etapa de ejecución en la cual el Estado, a través del órgano jurisdiccional, realiza un ejercicio de sustitución respecto del sujeto incumplidor y hace efectiva materialmente la satisfacción del actor." (Juan José Monroy Palacios, La tutela procesal de los derechos, Palestra Editores, Lima, 2004, pp. 157 y 158). La sentencia de condena está ligada a procesos que tienen como contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, por ello que se ordena judicialmente la realización de esa prestación. "... se requiere, luego de que la sentencia ha adquirido autoridad de cosa juzgada de un acto material por parte del sujeto obligado: es necesario el cumplimiento efectivo de éste respecto de lo ordenado. De no ocurrir aquello, el órgano jurisdiccional abre una nueva fase de tutela que complementa a la de condena y que está basada en una labor de carácter, básicamente, sustitutivo: la ejecución forzada. Es así que se considera que la sentencia de condena, una vez que ha adquirido autoridad de cosa juzgada, se encuentra provista de eficacia ejecutiva, es decir, se configura la posibilidad, siempre y cuando se realice a pedido de parte, de iniciar una fase de ejecución forzosa de lo que no fue cumplido espontáneamente a través de la condena." (Juan José Monroy Palacios, op. cit. p. 167). En la especie, la sentencia de condena y cuya nulidad se demanda, ordena que el demandado vencido satisfaga una prestación dineraria y que todavía no se encuentra ejecutada, a pesar de que entre las excepciones opuestas a la demanda de nulidad de sentencia consta la "2.- Improcedencia de la acción por cuanto la misma se encuentra ejecutada, habiéndose dictado mandamiento de ejecución y inclusive (sic) embargo de bienes", la ejecución tendrá lugar sólo cuando esa prestación haya sido cumplida, en el caso a través de la coacción judicial, dicho de otro modo, la sentencia no ha sido todavía ejecutada, por lo que la actora estuvo en la facultad de activar la acción de nulidad de aquella.-

7. DECISIÓN EN SENTENCIA: Una visión actualizada de la casación realza su función dikelógica respecto de la tutela jurisdiccional con el acceso a la tutela efectiva y la respuesta motivada y justa del órgano jurisdiccional, artículo 75 de la Constitución de la República. La sentencia cuya nulidad se demanda fue dictada en proceso viciado de nulidad insanable, al omitirse la solemnidad sustancial que se ha puntualizado in

extenso. Sólo con la notificación al Procurador General del Estado se cumple el principio fundamental de la contradicción, indispensable para que el proceso exista como relación jurídica. El sustento de la causal es la violación del derecho de defensa, artículo 76.7 de la Constitución de la República, que se lesiona cuando se juzga, como en el caso de la sentencia cuya nulidad se reclama, sin la notificación al Procurador General del Estado, vulnerando irremisiblemente la norma procesal imperativa señalada. La ley establece concretamente las formas de los juicios y, en consecuencia, las sanciones cuando se las ignora. Por la motivación que antecede, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, conforme el Art. 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia impugnada y, por tanto, acepta la demanda y declara la nulidad de lo actuado en el juicio por pago de honorarios profesionales propuesto por el Dr. Edgardo Iván Falconí Palacios contra Filanbanco en Liquidación, a partir del auto de calificación de la demanda hasta la sentencia dictada por el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha el 02 de julio de 2007, las 16h26. Remítase el proceso al juez de primera instancia que le corresponda intervenir en caso de recusación, a fin de que conozca la causa desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándolo con arreglo a Derecho. Con costas a cargo de los Jueces de última instancia. Notifíquese y devuélvase.-Dr. Eduardo Bermúdez Coronel (P); Dra. María Rosa Merchán Larrea; Dra. Paulina Aguirre Suarez; Jueces Nacionales y Dra. Lucía Toledo Puebla Secretaria Relatora que Certifica.”

ACLARACION Y AMPLIACION

23 de abril de 2014

Dentro del juicio ordinario No. 677-12 que por nulidad de sentencia ejecutoriada sigue **FILANBANCO S.A. EN LIQUIDACION Y OTROS** contra **EDGARDO IVAN FALCONI PALACIOS**, se ha dictado lo que sigue:

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

Quito, 23 de abril de 2014, las 10h00.-

VISTOS (Juicio No. 677-2012): El doctor Edgardo Iván Falconí Palacios pide aclaración y ampliación de la sentencia proferida que resuelve el recurso de casación. Al respecto, se puntualiza: **1.-** La sentencia constituye un todo, por ello que, particularmente sus considerandos no pueden ni deben ser separados de la parte dispositiva, mismos que

“servirán, al menos, para ilustrar a ésta, entenderla y poderla ubicar en el correcto límite (objetivo y subjetivo) que informa su verdadero contenido y permite, por consiguiente, la impugnación si corresponde” (Enrique Véscovi, Los Recursos Judiciales Y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 39).-

2.- Los recursos horizontales, reposición, aclaración, ampliación, son aquellos por medio de los cuales “... se impugna el sentido y contenido de una decisión ante el mismo juez que la dictó.” (Armando Cruz Bahamonde, Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil, Vol. V, Edit. Arquidiocesana Justicia y Paz, Guayaquil, 1988, p. 58). En este contexto, la aclaración, Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, tiene por finalidad que el juez o tribunal que ha dictado una providencia (sea decreto, auto o sentencia) precise los puntos oscuros o de defectuosa redacción, aquellas partes que resultan ininteligibles. En tanto que, la ampliación, Art. 282 ejusdem, busca que se complemente la sentencia respecto de los puntos controvertidos que no se hubiesen resuelto. Ninguno de estos eventos concurre en la especie.- **3.-** Cabe señalar que el Tribunal de Casación, cuando no actúa como tribunal de instancia, juzga la sentencia en la parte acusada y por las causales y motivos que legalmente se aduzcan. El cargo es en casación, “...la réplica, la objeción o la censura, o el conjunto de réplicas, objeciones, censuras o ataques que el recurrente hace al juicio del fallador de instancia, con miras a que la Corte Suprema le restaure el derecho presuntamente quebrantado por la sentencia que impugna ... en virtud del principio dispositivo que campea en la casación sólo puede transitar por el camino trazado por el recurrente, lo que significa que oficiosamente no está legitimada la Sala para suponer o develar el yerro atribuido al Juzgador.” (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá – Colombia, 2005, p. 52). Se relievá que, en la especie, la Sala de Conjueces de esta Sala Especializada en la providencia de 12 de junio de 2013, las 09h35, “Admite parcialmente a trámite el recurso de casación interpuesto por el señor Esteban Zavala Palacios en su calidad de procurador judicial de la Gerente General del Banco Central del Ecuador, admisión que únicamente se refiere al cargo estudiado en el numeral 7.1.2 de este auto, relativo a la acusada errónea interpretación de la norma de la letra c) del Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado”. Es de la naturaleza de la casación ser recurso eminentemente extraordinario, en cuanto la ley determina los motivos o causales para la admisión y su procedencia como medio de impugnación; su consecuencia es que este carácter de extraordinario trae como consecuencia ser recurso limitado, es decir no le permite al juzgador conocer del conjunto del litigio, sino exclusivamente de ciertos puntos

que son determinados por la ley. En efecto, el carácter limitado de este recurso se entiende: “... porque sólo se autoriza por motivos que constituyen un *numerus clausus* y limitado, en fin, porque sólo excepcionalmente y por modo muy restrictivo, autoriza la censura de los hechos.” (Manuel de la Plaza, Derecho Procesal Civil, Vol. II, Madrid, 1955, p. 803). El efecto de este carácter limitado es su proyección en estos tres campos: a) La clase de sentencias susceptibles de impugnarse, b) Las causales o motivos que pueden aducirse contra el fallo impugnado, y, c) La actividad jurisdiccional del tribunal de casación.- **4.-** Se imputa a la sentencia proferida por este Tribunal de: “... suponer que mi deudor el Filanbanco Sociedad Anónima en Liquidación, constituye persona de Derecho Público”, imputación categóricamente falsa, pues que expresamente se lee de la sentencia en el punto 6.1.4. “... en la especie, la institución financiera demandada, Filanbanco S.A., en Liquidación, si bien es una de derecho privado, no es menos cierto que el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que ‘Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos...’” (Se transcribe en la sentencia todo el texto del precepto normativo). Esta Ley Orgánica entró en rigor mediante su publicación en el R. O. S. 595 de 12 de junio de 2002, muy anterior a la activación de la demanda por pago de honorarios del doctor Edgardo Iván Falconí Palacios. La transcripción que hace el peticionario doctor Falconí Palacios del Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado es incompleta en lo que corresponde a su literal c), pues del escrito contentivo de los recursos horizontales expresamente consta: “c) Supervisar el curso de los juicios o reclamos que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica, promoverlos o intervenir con respecto a ellos, en defensa del patrimonio nacional y de interés público”. Siendo el texto íntegro de este literal el siguiente: “c) Supervisar los juicios que involucren a las entidades del Sector Público que tengan personería jurídica o a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público” (R.O. 312 de 13 de abril de 2004). Conforme a la última reforma a esta Ley Orgánica, 03 de enero de 2014, el texto del literal c) del Art. 3 es éste: “c) Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica o a las persona jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público”, es decir no ha sufrido modificación. **5.-** Este Tribunal de Casación hace caer en la cuenta que la única causal conocida y resuelta, por lo antes señalado, es la 2

del Art. 3 de la Ley de Casación. La pretensión expuesta en la demanda que dio entrada a la causa es nulidad de sentencia ejecutoriada, Arts. 299 y 300 del Código de Procedimiento Civil. Como ya se dijo en el fallo de casación y ahora se reitera, “... se trata en este caso 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” (Oswaldo Alfredo Gozaini, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Vol. 2, Ediar S. A. Buenos Aires, 1992, p. 862). Es por tanto acción que se concreta, exterioriza e instrumenta en una demanda principal introductoria de instancia.-

6.- Los recursos horizontales de aclaración y ampliación son de naturaleza diferente y persiguen los fines inicialmente señalados, por lo que son excluyentes entre sí, ergo no pueden ser interpuestos con un mismo propósito y como si fuesen uno solo, Art. 282 del Código de Procedimiento Civil. Por el principio de la irrevisibilidad o inmutabilidad de la sentencia, no cabe revocarla ni alterar su sentido; sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a petición de parte, el juez puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella ó complementarla si alguno de los puntos controvertidos no se hubiesen resuelto. En la forma solicitada por el recurrente “ampliar y aclarar” la sentencia se torna improcedente, por lo antes puntualizado. A pesar de ello, expresamente se ha contextualizado lo requerido en los puntos 1, 2 y 3 del escrito que se provee; en tanto que, en relación al acápite 4 no cabe pronunciamiento alguno respecto del texto del Art. 226 de la Constitución de la República. En consecuencia, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, NIEGA los recursos horizontales en comentario por su improcedencia. Notifíquese.- ff) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL, Dra. María Rosa Merchán Larrea; y, Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZAS NACIONALES.- Certifico. ff) Dra. Lucía Toledo Puebla. SECRETARIA RELATORA

RAZON:- Siento por tal que la copia que antecede es igual a su original. Certifico. Quito, a 23 de abril de 2014.

Dra. Lucía Toledo Puebla
SECRETARIA RELATORA

