



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

La falta de fundamentación legal en la interposición del recurso de casación en materia civil, como uno de los principales motivos para negar el recurso.

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTORA: Chuga Almeida, Ligia Elena

DIRECTOR: Andrade Hidalgo, Rolando David, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO TULCÁN

2016



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2016

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Doctor.

Rolando David Andrade Hidalgo

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación, denominado: La falta de fundamentación legal en la interposición del recurso de casación en materia civil, como uno de los principales motivos para negar el recurso, realizado por Chuga Almeida Ligia Elena, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, enero de 2016

f).....

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, Chuga Almeida Ligia Elena declaro ser autora del presente trabajo de titulación: La falta de fundamentación legal en la interposición del recurso de casación en materia civil, como uno de los principales motivos para negar el recurso, de la titulación Magister en Derecho Civil y Procesal Civil siendo el doctor Rolando David Andrade Hidalgo, director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representante legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja, que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajo de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f). _____

Autor: Chuga Almeida Ligia Elena

Cédula: 0401453949

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a mi padres, hermanos, sobrinos y abuelita, quienes han sido un pilar fundamental en mi vida, pues han apoyado cada una de mis metas a lo largo de mi carrera; al Dr. Rolando Andrade dignísimo Catedrático Universitario que con paciencia y sapiencia ha impartido sus valiosos conocimientos con todos sus alumnos; y, además con gran esmero ha guiado el desarrollo e investigación del presente tema, lo cual ha llegado a feliz término; y, a todas las personas que han sido parte de mi vida, porque con su apoyo he podido llegar a hacer realidad cada una de las metas propuestas y más aun a poder culminar este trabajo fruto del esfuerzo y dedicación.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a Dios y a la Virgen del Perpetuo Socorro, por haberme dado la vida y la sabiduría, a mis padres, hermanos porque en cada etapa de mi vida me han apoyado incondicionalmente, a mis amigos quienes han estado junto a mí en los buenos y malos momentos, a las distinguidas autoridades de la Universidad Técnica Particular de Loja, a sus docentes por su trabajo y dedicación al impartir sus conocimientos dándonos las pautas necesarias para poder llegar a un nivel intelectual de excelencia.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	Pág.
CARATULA.....	I
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN.....	II
DECLARACIÓN DE AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	III
DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
INDICE DE CONTENIDOS.....	VI
RESUMEN	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3

CAPÍTULO I

DE LOS RECURSOS

1.1.	Conceptos	5
1.2.	Clasificación de los recursos	8
1.3.	Del Recurso de Casación en Materia Civil.....	16
1.4.	Historia del Recurso de Casación	22
1.5.	Comparación del Recurso de Casación en materia civil con otras materias	27
	1.5.1. Casación en materia Tributaria	27
	1.5.2. Casación en materia Penal	28
	1.5.3. Casación en materia Laboral	30
1.6.	Clasificación del Recurso de casación en Materia Civil	32

CAPÍTULO II

ESTUDIO DE LA LEY DE CASACIÓN

2.1.	Relevancia y Análisis de la Ley de Casación vigente en el país	33
------	--	----

2.2.	Estudio comparado del Recurso de Casación en materia Civil	40
2.3.	Causales para interponer el Recurso de Casación en materia civil en el Ecuador.....	45
2.4.	El papel de los Jueces de la Honorable Corte nacional de Justicia respecto al Recurso de Casación	71

CAPÍTULO III

FUNDAMENTACIÓN PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL

3.1.	Los derechos y principios existentes para interponer el Recurso de Casación en materia Civil	76
3.2.	Como plantear el Recurso de casación en Materia Civil.....	78
3.2.1.	Bases legales en las cuales se funda el recurso de casación.....	79
3.2.2.	Jurisprudencia del Recurso de Casación.....	81
3.2.3.	Modelo Recurso de casación en materia Civil.....	96
3.3.	Motivación para la procedencia del Recurso de Casación.	113

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1.	Conclusiones	116
4.2.	Recomendaciones	117
	Referencias Bibliográficas y Net gráficas.....	122

RESUMEN

El presente trabajo investigativo analiza y explica cuáles son los puntos elementales que las partes procesales deben considerar al momento de interponer y fundamentar el Recurso de Casación, pues por ser este un recurso extraordinario no es suficiente el enunciar las normas vulneradas y la causal invocada, sino por el contrario es prioritario determinar si en la sentencia o auto que pone fin a los procesos de conocimiento, se encuentra el vicio o error de derecho, elemento fundamental para que los Jueces competentes de la Corte Nacional de Justicia, puedan casar la sentencia venida en grado de forma parcial o total, sino además, logren unificar criterios en pro del derecho y de la verdad procesal, conllevando así a la creación de jurisprudencia obligatoria y eliminando la mala costumbre de las partes procesales de que a través de sus procuradores o defensores procedan a interponer el recurso únicamente con la finalidad de dilatar la ejecución de una sentencia. Esta investigación se basada en el Art. 3 y 6 de la Ley de Casación vigente y Art. 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos que entrará en vigencia a partir de mayo del 2016.

PALABRAS CLAVES: Recurso - Casación – Recurso Extraordinario – fundamentar – Vicio o error de derecho – jurisprudencia – partes procesales – normas – sentencia – auto – Jueces – Corte Nacional de Justicia.

ABSTRACT

This research work analyzes and explains what the basic points are that the litigants must consider when to pursue and justify the remedy of appeal, because as this is an extraordinary remedy is not enough to enunciate the rules infringed and the reason given, but on the contrary it is a priority to determine if the defect or error of law, fundamental to the competent judges of the National Court of Justice, can not marry in a single element is in the judgment or order which ends the processes of knowledge, partial or full degree the coming judgment, but also achieve unify criteria for the right and procedural truth and leading to the creation of binding precedent and eliminating the bad habit of the litigants that through their attorneys, defenders proceed to lodge an appeal solely for the purpose of delaying the execution of a sentence. This research is based and covered in Art. 3 and 6 of the Law of Cassation force and Art. 266 and following of the Code General Process which will take effect from May 2016.

KEYWORDS: Action - Cassation - extraordinary appeal - base - vice or mistake of law - jurisprudence - litigants - rules - judgment - auto - Judges - National Court.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación consiste en determinar los elementos sustanciales y fundamentos legales que debe considerar el profesional del derecho, para plantear de manera objetiva y precisa el recurso de casación; mismo que por ser extraordinario y limitado únicamente persigue la revisión de la sentencia o auto que ponga fin a los procesos de conocimiento. Para lo cual a continuación se realiza una breve explicación de los capítulos que se estudiará en la presente tesis.

El Capítulo uno encierra los conceptos, historia, generalidades, clasificación de los recursos que en la actualidad existen en nuestro país, además se realiza un análisis del recurso de casación en las diferentes materias, considerando que de acuerdo al nuevo ordenamiento jurídico solo diferirá el recurso de casación en materia penal, pues el mismo goza de normativa propia, sin embargo las otras materias que se regirán en base al Código Orgánico General de Procesos.

En el Capítulo dos se establece un análisis a la Ley de Casación vigente y se realiza un estudio de la legislación comparada, además se efectúa el estudio de las causales o actualmente denominados casos por los cuales se puede interponer el recurso de casación; y, en forma breve se analiza el papel que cumplen los jueces de la Corte Nacional de Justicia frente al recurso en estudio.

El Capítulo tres explica de una manera didáctica como se debe plantear el recurso de casación.

El Capítulo cuatro contempla las conclusiones y recomendaciones del trabajo investigativo, posteriormente se hace constar la bibliografía de la cual se obtuvo la información que sirvió de base para el cabal cumplimiento de esta investigación.

El desarrollo del presente tema, se efectúa para que los profesionales del derecho en general, los sujetos procesales y toda la sociedad, conozcan que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, existen normas procesales que coadyuvan a los jueces a Administrar justicia en mérito de la ley, jurisprudencia y verdad procesal, mismas que deberán ser oportunamente justificadas dentro de la Litis; y, que en caso de presentarse desmedro, inobservancia, errónea interpretación de la ley, por parte de los jueces, los perjudicados puedan someter el litigio a un análisis profundo ante autoridades jerárquicamente superiores, como es la Corte Nacional

de Justicia, a fin de llegar a la verdad de la que cada una de las partes procesales se crea asistido.

A través del estudio de la jurisprudencia existente, la normativa vigente y legislación comparada, se dio respuesta al problema de cómo fundamentar el recurso de casación para que sea admitido; y, así los Jueces de la Corte Nacional de Justicia casen la sentencia sea en forma parcial o total.

Esta investigación, ha cumplido con los objetivos planteados, respecto al recurso de casación, ya que se ha logrado determinar la forma de fundamentar el recurso y por tanto con ello se da seguridad a los sujetos procesales de que sus pretensiones sean aceptadas, buscando además contribuir con el aparato judicial en la creación de jurisprudencia obligatoria. Además de que con ello se evitará que la falta de fundamentación del recurso, desemboque en la inadmisión del mismo; y, en sanciones para la parte recurrente, por cuanto puede ser considerada dicha interposición como una forma de dilatar la ejecución de un fallo.

No se ha encontrado inconvenientes para la obtención de la información, sin embargo lo que se pudo detectar es que en la doctrina nacional como internacional, no existe de forma concreta la manera de fundamentar un recurso, es por ello que se presentan confusiones por parte de los profesionales al fundamentar este recurso, sin embargo me he permitido analizar la jurisprudencia existente en nuestro país a fin de poder despejar el problema planteado.

Este estudio conllevó a la utilización a algunas de las metodologías existentes como es la metodología histórica y Sintética ya que se efectúa de manera resumida el nacimiento del recurso de casación, demás de que utilizando la metodología analítica se ha determinado los elementos que se desprenden de este recurso y en forma deductiva e inductiva hemos despejado las generalidades y particularidades del recurso, lo que ha conllevado a despejar la problemática del recurso en estudio en forma descriptiva.

CAPÍTULO I
DE LOS RECURSOS

Con la finalidad de identificar de manera clara a que se refiere cuando pronunciamos la palabra recurso, me permito recoger algunos criterios de los tratadistas que han realizado un estudio profundo respecto a este tema así:

1.1. Conceptos: Calamandrei, los recursos son *“los medios para impugnar las sentencias, son remedios procesales concedidos por la ley a la parte vencida en una de las instancias del proceso (o, excepcionalmente, a un tercero), para impedir que la decisión pronunciada en primera instancia se transforme en una definitiva declaración jurisdiccional de certeza, o para destruir la eficacia definitiva de una declaración de certeza ya inherente a la decisión pronunciada en última instancia, viciada por defectos especiales”*¹. Sin embargo a este concepto el tratadista Ibáñez Frocham le hace unos complementos manifestando que: *“el recurso es un acto procesal mediante el cual la parte en el proceso, o quien tenga legitimación para actuar en él, pide que se subsanen los errores que lo perjudican cometidos por una resolución judicial”*²; es decir que para la interposición de un recurso determinado en la norma expresa, no solo podrá interponerlo la parte que se crea vencida, sino que por el contrario al ser un acto por medio del cual se busca hacer prevalecer derechos violentados en una sentencia, la parte que se crea perjudicada podrá hacerlo, cuanto más porque puede incluso dicha violación traer inmerso errores que vayan en contra de la naturaleza del proceso.

Por ello, es importante resaltar lo traído a colación por Ernesto Guarderas que al respecto dice: *“el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgado durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionaran un perjuicio indebido a los intereses de una persona”*³. Es decir que el recurrir a un fallo significa hacer prevalecer uno de los derechos que todos los ecuatorianos tenemos que es el derecho a la defensa, mismo que se encuentra consagrado en el Art. 76 numeral 7 literal m) de la Constitución del Ecuador que determina *“El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”*⁴ Lo que significa que conforme lo determina el Art. 320 del Código de Procedimiento Civil, las personas que se vieren afectados en su derecho podremos interponer los siguientes

¹ ABREU BURELI, Alirio y MEJIA ARNAL, Luis “La Casación Civil” Ed. Melvin 2008, pag. 156

² ABREU BURELI, Alirio y MEJIA ARNAL, Luis “La Casación Civil” Ed. Melvin 2008, pag. 156

³ GUARDERAS IZQUIERDO, Ernesto “Guía Didáctica de Impugnaciones” UTPL - 2012 pag. 18

⁴ Constitución del Ecuador - Asamblea Nacional -Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008., Art. 76

recursos: *“La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso”*⁵.

El poder recurrir de una sentencia, es meritorio pues el juzgador o juzgadora que tiene a su cargo el administrar justicia, pese a su grado amplio de conocimiento, experiencia e inteligencia puede exponerse a errores, pues como ser humano tiende a cometerlos en forma involuntaria, es por ello que se crea esta alternativa de acudir ante un juez o tribunal superior, quien mediante un análisis contundente y profundo a la ley, podría verificar la existencia o no de error alguno en la sentencia venida en grado. Pues se aleja de toda lógica que el juez de quien emana la sentencia, corrija el yerro del cual se cree afectada una o varias personas, por ello el tratadista Humberto Murcia de manera acertada determina a los recursos como *“los modos o maneras como proyecta en la práctica el derecho de impugnación; mediante ellos el litigante se encuentra frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial para sus intereses puede promover su revisión, a fin de que, dentro de los precisos límites que la ley le confiera corrijan las irregularidades”*⁶. A este criterio se suma Hernando Morales en su obra Técnicas de Casación Civil, cuando dice *“Estos son pues medios de impugnación que la ley concede a las partes para reparar la injusticia de las resoluciones judiciales o para corregir las irregularidades contenidas en ellas y remediar la violación de la ley en que hayan incurrido. Son así procedimientos técnicos de rescisión, a fin de enmendar las desviaciones de las providencias dictadas por el juez, que pueden interponer la parte o partes lesionadas con ellas, las cuales pueden tachar la respectiva providencia por injusta o por irregular, según la naturaleza del error alegado”*⁷

Por lo tanto se entendería entonces que a quien corresponde recurrir ante una instancia superior mediante los recursos cualquiera fuere este, es a la parte que crea existe vulneración a sus derechos, de modo que, en el eventual caso de que pese a existir el vicio, el error o el yerro en una sentencia la parte que se creyere perjudicada no hace uso de su derecho y no interpone recurso alguno, se ejecuta la sentencia lo que equivaldría decir que el vicio en el cual se fundó la misma queda subsanada, por ello el tratadista Murcia en su obra Los Aspectos Generales de la Casación como Recurso, recoge el criterio emitido por la Corte Suprema en sentencia de fecha 29 de mayo de 1974, manifiesta: *“estos son medios establecidos por la ley para obtener la corrección de los errores del juez que perjudican a quienes son parte en el proceso, (...) uno de los presupuestos indispensables para la procedencia del derecho de impugnación de las resoluciones judiciales es*

⁵ Código de Procedimiento Civil, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005 – Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito – 2012, Art. 320

⁶ MURCIA BALLEEN, Humberto, “Los Aspectos Generales de la Casación como Recurso” sexta edición Bogotá- Colombia 2005, pag. 32

⁷ MORALES, Hernando, “Técnica de casación Civil” Primera Edición Bogotá Colombia, pag. 16

la existencia de interés legítimo en el impugnador, el que se concreta en el agravio que la providencia atacada cause al recurrente”⁸. lo cual tiene relación con Claria Olmedo tratadista citado por Humberto Enrique III Bello Tabares quien al respecto manifiesta: “se trata de un medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable, todo lo conduce a precisar que se trata de una facultad de los particulares intervinientes en el proceso, para lo cual por lo general recurren ante un tribunal de jerarquía superior al que tomo, ya sea en forma inmediata o agotando previamente la posibilidad de que el mismo tribunal que dictó la resolución, revise su propio decisorio”⁹

De lo expuesto podemos extraer que los recursos tienen las siguientes características:

1. Es un derecho subjetivo perteneciente por mandato constitucional a las partes procesales, a terceros legitimados o con interés en la causa.
2. Nace como medio de impugnación, con la cual se controla el poder judicial.
3. La competencia para resolverlos corresponde al mismo Juez de quien emana la sentencia o a otro de jerarquía superior.
4. Este recaer únicamente sobre decisiones judiciales.
5. Las decisiones a recurrir deben ser: injustas, defectuosas, incorrectas, erradas, que de manera directa lesionan la normativa legal, la jurisprudencia, o la normativa procesal.
6. Que cause un perjuicio o gravamen al recurrente.
7. Su interposición deberá realizarla en el plazo perentorio determinado para cada caso, contado a partir de la notificación de la sentencia o auto recurribles.

1.2. Clasificación de los recursos: Del estudio de la normativa vigente en el Ecuador, no existe una disposición en la cual se divida o se clasifique a los recursos, sin embargo con la finalidad de ahondar y discernir en este estudio realizaré una clasificación de los recursos, en referencia a la doctrina universal así:

Existen dos clases de Recursos que son: Ordinarios y Extraordinarios:

⁸ MURCIA BALLEEN, Humberto, “Los Aspectos Generales de la Casación como Recurso” sexta edición Bogotá- Colombia 2005, pag. 33

⁹ BELLO TABARES, Humberto Enrique III “La Casación Civil, Propuestas para un recurso eficaz y constitucional”, Ed. Paredes Caracas-Venezuela 2010, pag. 29

1.2.1. ORDINARIOS: Los recursos ordinarios, se basan de forma primordial al interés de las partes procesales, es así que Alirio Abreu en Su Obra La Casación Civil trae a este estudio el concepto del tratadista Vescovi quien manifiesta *“El recurso ordinario es aquel que se da con cierto carácter de normalidad dentro del proceso, tanto por la facilidad con que se admite, como por el mayor poder que se atribuye al órgano jurisdiccional encargado de resolverlo”*¹⁰, mismo que guarda estrecha relación con lo manifestado por Chiovenda traído en referencia por el tratadista Murcia Ballén al manifestar *“con los medios ordinarios se puede denunciar cualquier vicio de la sentencia impugnada”*¹¹. Según el Dr. Jaime Flor los recursos Ordinarios son: “Hallanse previstos para los casos corrientes y tienen por objeto reparar cualquier irregularidad procesal (error in procedendo), error de juicio (error in iudicando) o de interpretación de la norma sustantiva.”¹²

De lo dicho podemos indicar que los recursos ordinarios no proceden cuando la resolución de primera instancia ha pasado en autoridad de cosa juzgada por el contrario busca detectar un vicio realizado dentro de la prosecución del proceso a fin de que este sea remediado en forma inmediata.

De la lectura a la diferente jurisprudencia, se ha logrado establecer una subdivisión de este tipo de recurso que es: Los Recursos Horizontales y los Verticales.

A. RECURSOS HORIZONTALES: Son los recursos o también llamados remedios, que se proponen ante el mismo Juez del que emana el Auto, sentencia o resolución, y se lo propone con la finalidad de resolver los inconvenientes surgidos, en esta misma instancia, procurando la economía procesal. Estos recursos presentan una subdivisión que es:

a. Revocatoria: *“La jurisprudencia reconoce la facultad de los jueces de revocar de oficio determinadas providencias, cuando se ha incurrido en ellas en visible error de hecho o en violación de formas esenciales, que afecten el derecho de defensa en juicios”*¹³. Según Ruben Moran tratadista citado por el Dr. Ernesto Guarderas la revocatoria es: *“un recurso horizontal, a través del cual*

¹⁰ ABREU BURELI, Alirio y MEJIA ARNAL, Luis “La Casación Civil” Ed. Melvin 2008, pag. 161

¹¹ MURCIA BALLEEN, Humberto, “Los Aspectos Generales de la Casación como Recurso” sexta edición Bogotá-Colombia 2005, pag. 37

¹² FLOR RUBIANES, Jaime “Teoría General de los Recursos Procesales” Segunda Edición Quito 2003 pag. 2

¹³ FLOR RUBIANES, Jaime Ob. Cit, pag. 11

*el recurrente persigue que se deje sin efecto una decisión puntual del juez que considera contraria a derecho. El juzgador, en caso de considerar procedente este remedio, deberá revisar su decisión y rectificar el error en que ha incurrido*¹⁴. Entendiéndose entonces, la revocatoria como aquel remedio que procede únicamente contra providencias simples que causen o no gravamen irreparable, y que afectan con la continuación del proceso, este es propuesto con la finalidad de que el Juez de quien emana dicha providencia la deje sin efecto.

- b. Aclaración:** Este remedio tiene lugar cuando la sentencia emitida en cualquiera de las instancias a las que haya lugar fuere obscura, para Lino Palacio es el *“remedio que se concede a las partes para obtener el mismo Juez o Tribunal que dicto dicha resolución subsane las deficiencias materiales o conceptuales que contenga, o la integre de conformidad con las peticiones oportunamente formuladas*¹⁵. Este recurso por ningún motivo, tiende a modificar el alcance o contenido de la decisión que se encuentra consagrado en la sentencia, sino por el contrario su alcance únicamente se limita a disipar las dudas respecto a palabras redactadas o precisar el sentido de esta.
- c. Ampliación:** Este remedio trata de suplir alguna o varias omisiones incurridas por parte del Juez en la sentencia o resolución, este fenómeno se presenta cuando:
1. No se resolvieron alguno de los puntos controvertidos,
 2. Cuando se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas procesales.

A lo manifestado se unen los siguientes comentarios: “El tratadista argentino, Víctor de Santo, en la obra “Tratado de los Recursos”, Tomo I, Recursos Ordinarios, Segunda Edición, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1999, dice que es “el remedio procesal mediante el cual,...a petición de parte, el órgano judicial puede corregir errores, suplir omisiones y clarificar sus propias resoluciones” *cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas*¹⁶. El Dr. Ernesto Guarderas indica que la ampliación se trata de: “*un remedio relacionado con*

¹⁴ GUARDERAS, Ernesto “Guía Didáctica: Impugnaciones” UTPL, pag. 26

¹⁵ FLOR RUBIANES, Jime “ Teoría General de los Recursos procesales” edición segunda Quito 2003 pag. 11

¹⁶ FLOR RUBIANES, Jime “ Teoría General de los Recursos procesales” edición segunda Quito 2003 pag. 13

el principio procesal de congruencia de las resoluciones judiciales y tiene por objeto que las providencias se pronuncien sobre todos los aspectos que las partes han puesto en conocimiento del juez” “tiene por objeto suplir las omisiones que pudiesen existir en la resolución respecto de la acción o excepciones de casa una de las partes, así como subsanar omisiones sobre temas o aspectos accesorios como intereses, frutos, daños y perjuicios o costas”¹⁷

Por tanto cualquier parte procesal que interponga los recursos en líneas anteriores estudiados deberán considerar lo siguiente:

- o La negativa por parte del Juez a conceder el recurso será debidamente fundamentada,
- o Serán sujetos de aclaración, ampliación, reforma o revocarse, los autos y decretos,
- o Será resuelto por la misma jueza o juez que los pronunció,
- o Deben ser solicitados por alguna de las partes procesales dentro del término de tres días, contados desde el día siguiente a la notificación,
- o La o el Juez de oficio, dentro del término de tres días también podrá realizar modificaciones.
- o Una vez atendida la petición sea concediéndose o negándose la revocación, aclaración, reforma o ampliación, no se podrá pedir por segunda vez.

B. RECURSOS VERTICALES: Estos recursos se presentan con la finalidad de salvaguardar al recurrente de los derechos constitucionales que han sido vulnerados en una sentencia. Entre los recursos ordinarios verticales encontramos al recurso de Apelación y al de Hecho.

a) Recurso de Apelación: Es aquel por medio del cual se tiende a subsanar cualquier error en el juzgamiento de la causa, en primera instancia, al referirse a este recurso los tratadistas manifiestan: Lino Palacio *“Es el remedio procesal que trata de “obtener que un Tribunal jerárquicamente superior, generalmente colegiado, revoque o modifique una resolución judicial que se estima errónea en la interpretación o aplicación del derecho, o en la apreciación de los hechos o de la prueba”¹⁸*

¹⁷ GUARDERAS, Ernesto “Guía Didáctica: Impugnaciones” UTPL, pag. 26

¹⁸ FLOR RUBIANES, Jaime, “Teoría General de los Recursos Procesales” Segunda Edición Quito 2003 pag. 15

El Dr. Jaime Flor Rubianes en su obra Teoría General de los Recursos procesales determina que este recurso tiene como elementos los siguientes:

“1.- El objeto de la apelación: Es el agravio y su necesidad de reparación por un acto del Superior. El acto provocatorio del apelante no supone, que la sentencia sea realmente injusta, basta que él la considere tal, para que el recurso sea otorgado y surja la segunda instancia, con el fin de que el superior revise la justicia o injusticia de la sentencia apelada.

2.- Los Sujetos de la apelación: Tiene por objeto determinar quienes pueden deducir un recurso. El recurso interpuesto por quien carece de legitimación no surte efecto, la apelación solo funciona a prueba de parte legitimada.

3.- Efectos de la apelación: Interpuesto el recurso se produce la inmediata sumisión del asunto al Juez Superior (efecto devolutivo). Pero en la previsión natural de que la nueva sentencia pudiera ser revocatoria de la anterior normalmente se suspenden los efectos de la sentencia recurrida (efecto suspensivo)”¹⁹

En mérito al estudio realizado a este recurso, hemos obtenido como características las siguientes:

- I. Se sustenta en la tendencia de que el juez por ser un humano se expone a errores.
- II. Busca a través de un superior un mayor grado de verdad jurídica o procesal.
- III. Evita a través de la revisión de los hechos y la adecuada aplicación de la norma, errores en resoluciones de primer nivel.
- IV. Procede contra providencias, sentencias, autos y decretos que tienen fuerza de auto y que causan gravamen irreparable en definitiva.
- V. La interposición se la efectúa ante el mismo juez del cual emana la sentencia de primer nivel.
- VI. El conocimiento, análisis y resolución corresponde a los Jueces de la Honorable Corte Provincial de Justicia.
- VII. Los asuntos a ventilarse son únicamente aquellos por las cuales se trabó la litis.
- VIII. Este recurso no es limitado, concreto ni formal, pues la causal de este es genérica.

¹⁹ FLOR RUBIANES, Jaime, “Teoría General de los Recursos Procesales” Segunda Edición Quito 2003 pag. 16

- IX. Con la interposición de este recurso, se busca recurrir a otros recursos que franquea la Ley.
- X. Es de interés privado, y se puede renunciar a este, simplemente dejando transcurrir los tres días determinados por ley es decir dejando que se ejecutorie la sentencia.
- XI. Una vez interpuesto, este recurso es susceptible de desistimiento.
- XII. El plazo para interponerlo es de 3 días, es decir es un término fatal, improrrogable y no admite suspensión.

b) Recurso de Hecho: Este recurso según el Doctor Ernesto Guarderas tiene como fin “*que el juzgador ad-quem revise la legalidad de la denegación del recurso de apelación*”²⁰, por lo tanto es una nueva revisión que hacen los jueces de la Corte Provincial de las diferentes provincias, con la finalidad de verificar si cabía o no la interposición del recurso de Apelación. De conformidad con el Art. 367 del Código de Procedimiento Civil el Juez puede denegar este recurso de oficio en los siguientes casos:

- 1. Cuando la ley niegue expresamente este recurso o el de apelación;
- 2. Cuando el recurso de apelación o el mismo de hecho, no se hubiesen interpuesto dentro del término legal; y,
- 3. Cuando, concedido el recurso de apelación en el efecto devolutivo, se interpusiere el de hecho respecto del suspensivo.

El presente recurso tiene como características primordiales las siguientes:

- I. Se recurre a este cuando es denegada la petición de recurso de Apelación,
- II. Se lo propone ante el mismo juez que emitió la sentencia,
- III. El juez sin calificar la legalidad o ilegalidad si este fue presentado dentro del término de tres días, y si no incurriere en lo determinado en el Art. 367 del Código de Procedimiento Civil, este será elevado al superior.
- IV. El juez superior en mérito al proceso sin otra sustanciación admitirá (confirmará, reformará o revocará la providencia recurrida) o denegará el recurso (no se podrá interponer otro).

²⁰ GUARDERAS, Ernesto, “Guía Didáctica Impugnaciones” UTPL, pag. 28

V. Si se deniega este recurso se establecerá una multa a quien lo interpusiere.

1.2.2. EXTRAORDINARIOS: Estos recursos en cambio son ajenos al interés de las partes involucradas en una causa, pues obedecen estrictamente al interés de la sumisión a la ley, buscando además la unificación jurisprudencial. Se inspiran de manera primordial en un interés público y difieren pues de los ordinarios que se apegan al interés particular correspondiente únicamente a la parte agraviada. Sin embargo para ahondar en este tema Alirio Abreu en su obra *La Casación Civil* toma en consideración el concepto del tratadista Vescovi quien manifiesta *“El recurso extraordinario aparece de forma excepcional y limitado, tanto porque se exigen para su interposición motivos determinados y concretos, como por cuanto el órgano jurisprudencial no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos sectores de ella que por la índole del recurso se establezca particularmente”*²¹, lo cual tiene gran similitud con lo manifestado por Chiovenda al manifestar *“con los medios extraordinarios las partes solo pueden denunciar determinados vicios de las sentencias”*²², estos criterios se cotejan con el criterio de Jaime Guasp tratadista traído a colación por Humberto Murcia cuando manifiesta *“los que se configuran de un modo mucho más particular y limitado”*²³. Es importante incorporar a este estudio el criterio de Humberto Murcia cuanto en su obra manifiesta *“los recursos extraordinarios son excepcionales y se caracterizan por ser eminentemente restringidos o limitados, por tres aspectos la clase de providencias impugnables con dichos recursos, los motivos o circunstancias para atacarlos, y la actividad jurisdiccional para su conocimiento y decisión”*²⁴, conceptos jurídicos claros que nos permiten discernir que este tipo de recursos gozan de exclusividad, que son limitados en mérito de la ley y que fueron creados en beneficio de la colectividad al ser una fuente de jurisprudencia obligatoria, estos recursos son el recurso de revisión y el de Casación, este último lo analizaremos a lo largo del desarrollo:

Recurso de Revisión: Este recurso tiende a dejar sin efecto una sentencia que pese a encontrarse ejecutoriada, puede haber sido dictada en mérito de errores de hecho, para su interposición no existe tiempos o plazos, por lo que se lo puede plantear cuando así se creyere pertinente únicamente en materia penal y se

²¹ ABREU BURELI, ob. Cit., pag. 161

²² MURCIA BALLEEN, Humberto, ob. Cit., pag. 37

²³ MURCIA BALLEEN, Humberto, ob. Cit., pag. 38

²⁴ MURCIA BALLEEN, Humberto, ob. Cit., pag. 38

basará de conformidad a la ley, según el Doctor Ernesto Guarderas tiene como fundamento *“evitar que se consuma el error judicial y corregido por las causales expresamente previstas en la ley procesal penal”*²⁵. Para el Procesalista Dr. Guillermo González García respecto este recurso es *“La revisión es un procedimiento especial que trata de dejar sin efecto una sentencia condenatoria ejecutoriada,... cuando se descubre con perfecta evidencia que ha sido dictada por un error de hecho,... Este recurso no tiene plazo ni requiere sentencia previa que declare la existencia de los hechos constitutivos de la causal... Ya que en los procesos penales está en juego la vida y la honra de las personas y la revisión trata de subsanar errores que por la falibilidad humana pueden cometerse en perjuicio de los derechos de la libertad y de la inocencia de quien ha sido erróneamente perseguido y condenado”*²⁶

Características:

- o Es un recurso meramente constitucional, creado en beneficio del condenado.
- o Podrá proponerlo la persona condenada, por cualquier persona o por la o el mismo juzgador, si aparece la persona que se creía muerta o se presentan pruebas que justifiquen su existencia, con posterioridad a la fecha del cometimiento del supuesto delito. Se lo propone posterior a la sentencia ejecutoriada condenatoria o en cualquier momento del cumplimiento de la sentencia.
- o Se basará en las causales determinadas en el Art. 658 del Código Integral Penal las cuales se detallan a continuación:
 - 1 Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta.
 - 2 Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada.
 - 3 Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados.

La revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada., Este recurso se lo interpone ante la Corte Nacional de Justicia y no se somete a un plazo fatal, no tiene tiempo para su interposición.

²⁵ GUARDERAS, Ernesto, “Guía Didáctica Impugnaciones” UTPL, pag. 28

²⁶ FLOR RUBIANES, Jaime, “Teoría General de los Recursos Procesales” Segunda Edición Quito 2003 , pag. 113

1.2.3. DIFERENCIAS ENTRE ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS:

- a. En el Ordinario coexiste el interés privado en el extraordinario el Interés público.
- b. Los términos para su interposición varía
- c. Ordinario el juez de alzada revisará todo el proceso, en el extraordinario únicamente la sentencia casada.
- d. Ordinario es ilimitado, extraordinario es totalmente cerrado limitado.
- e. Ordinario el actuar jurisdiccional es ilimitado, extraordinario el actuar jurisdiccional se limita únicamente a las causales invocadas en la Ley de Casación.

1.2.4. SEMEJANZAS ENTRE ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS:

- a. Los dos buscan administración de la justicia con acierto en base a la ley,
- b. La oportunidad de su interposición,
- c. La procedencia de ellos frente a las decisiones judiciales,
- d. Interposición ante un Juez o Tribunal superior,

Sin embargo de lo ya escrito, conozcamos ahora lo que indica el Código Orgánico General de Procesos respecto a las clases de los recursos: *“Artículo 251 dice: Se prevén los siguientes recursos: aclaración, reforma, ampliación, revocatoria, apelación, casación y de hecho. Concedido o negado cualquier recurso no se lo podrá interponer por segunda vez”*²⁷.

Por ende tanto el actual Código de Procedimiento Civil, como el Código Orgánico General de Procesos, establecen la existencia de los mismos recursos, lo que significa que no existe mayor diferencia entre la normativa vigente y la venidera con relación a la doctrina mencionada en este estudio.

1.3. Del Recurso de Casación en Materia Civil: El término Casación proviene del latín “cassare” cuyo significado es quebrantar, derogar, anular o deshacer. Lo que equivale decir que el recurso de casación no es otra cosa que el quebrantar de forma total o parcial una sentencia de segundo nivel, la cual deviene de una violación expresa a la norma, a los hechos o a la jurisprudencia.

²⁷ Código General de Procesos – Asamblea Nacional - Art. 251

El presente recurso surgió para defender el derecho objetivo, de cualquier abuso de poder ejercido por los administradores de justicia es decir por la Potestad Jurisdiccional, por ello, se vio la necesidad de que nazca una sola Ley que rija a este recurso en todas las materias como civil, administrativo, tributario y laboral, pues es importante considerar que en materia penal si se instituyeron causales y tramite diferente.

De la revisión a la Ley de Casación y normativas legales existentes así como también del análisis del Código Orgánico General de Procesos, no existe una determinación o conceptualización expresa respecto al recurso de casación, por el contrario la Ley de Casación en su Art. 2 manifiesta lo que sigue a continuación: *“El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo. Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado. No procede el recurso de casación de las sentencias o autos dictados por las Cortes Especiales de las Fuerzas Armadas y la Policía y las resoluciones de los funcionarios administrativos, mientras sean dependientes de la Función Ejecutiva.”*²⁸. Normativa que tiene similitud con lo que establece el nuevo Código Orgánico General de Procesos cuando en su Art. 266 establece: *“El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo”*²⁹. La diferencia entre las normativas es en el tiempo de interposición pues en la ley de casación fueron de cinco días y actualmente es de 10 días. Pese a no existir un concepto claro en la ley respecto a su concepción, la Corte Suprema de Justicia actual Corte Nacional y la Corte Constitucional se han pronunciado indicando lo siguiente:

Resolución Corte Suprema de Justicia de fecha 9 de febrero de 1995 del juicio No. 332-94, publicada en el R.O. No. 649, de fecha 8 de marzo de 1995 en la cual se manifiesta: *“TERCERO: ... el recurso de casación no es otra cosa que un medio de impugnación extraordinario y supremo que tiene el propósito esencial de atacar una sentencia o una resolución para evitar así que de la validez o eficacia de tales providencias sobrevenga*

²⁸ Ley de Casación, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo del 2004 – Corporación de Estudios y Publicaciones - Quito. 2012. Art. 1 y 2

²⁹ Código Orgánico General de Procesos – Asamblea Nacional.

*daño o lesión a la parte que lo interpone...*³⁰; Corte Constitucional respecto al recurso de casación *“el recurso de casación ha sido instituido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un recurso extraordinario, a diferencia de otros, como el de apelación, que es recurso ordinario. En la previsión legal de este recurso se encuentran taxativamente determinadas las causas por las que procede y por las que, en consecuencia, serán admitidos, a diferencia de los recursos ordinarios que pueden ser interpuestos aduciendo lesión de cualquier norma jurídica en la sentencia o auto, razón por la que para el recurso de casación se han previsto requisitos más rigurosos que para cualquier otro recurso”*³¹. Es por ello que el recurso de casación es la impugnación extraordinaria y limitada, de que gozamos todas las personas que se crea afectada en sus derechos por vicios que se encuentren en una sentencia o auto susceptible de casación. Por ello a fin de profundizar sobre el recurso estudiado, me permito a continuación recopilar los diversos criterios de los tratadistas de esta materia que dicen:

1. CALAMANDREI *“la naturaleza de medio extraordinario, que el recurso de casación tiene en nuestro derecho, queda testificada, no solo por la falta de efecto devolutivo y por la falta de efecto suspensivo, sino también por otros caracteres secundarios que la doctrina encierra en aquellas disposiciones en virtud de las cuales la admisibilidad del recurso está condicionada al depósito a título de multa y a la especificación de los “motivos por los cuales se pide la casación. Por tanto es: “un instituto judicial consistente en un órgano único en el Estado (Corte de casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisdiccional dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, solo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación), utilizable solamente contra las sentencias que contengan error de derecho en la solución de mérito”*³².
2. CARAVANTES.- *“Es un medio supremo y extraordinario contra las sentencias ejecutoriadas de los tribunales superiores, dictadas contra la ley o doctrina admitida por la jurisprudencia, o faltando a los tramites de juicio”*³³
3. JAIME FLOR RUBIANES: *“Es el recurso extraordinario que la ley concede a la parte agraviada con ciertas resoluciones judiciales para obtener la invalidación de estas, cuando han sido dictadas con omisión de las formalidades legales o, cuando han incidido en un procedimiento vicioso”*³⁴.
4. LUIS CUEVA CARRIÓN lo conceptualiza como sigue: *“la casación es la impugnación extraordinaria de la parte agraviada contra los autos y sentencias ejecutoriadas que*

³⁰ Corte Suprema de Justicia, juicio No. 332-94, R.O. 649, 8-III-95

³¹ GUARDERAS IZQUIERDO, Ernesto: Guía Didáctica Impugnaciones UTPL, pag. 32

³² CUEVA CARRIÓN, Luis: “La casación en Materia Civil” Quito- Ecuador 1993 pag. 54

³³ CUEVA CARRIÓN, Luis: Ob. Cit. pag. 48

³⁴ FLOR RUBIANES, Jaime, “Teoría General de los Recursos Procesales” Segunda Edición Quito 2003 pag. 47

contravienen a la normatividad legal vigente o a la jurisprudencia obligatoria, para obtener su anulación"³⁵

5. GUARDERAS ERNESTO: Casación: *"Es un recurso extraordinario que la ley concede a la parte agraviada respecto de ciertas providencias judiciales y en ciertos procesos, que persigue dos grandes finalidades. i) velar por la legalidad de las sentencias dictadas por los tribunales de instancia y ii) obtener la uniformidad de la justicia"*.³⁶
6. DR. GONZALO NOBOA ELIZALDE: *"Diré que la casación es la resolución interpretativa de la ley sustantiva o adjetiva o de precedentes judiciales obligatorios aplicados erróneamente o no aplicados en las sentencias y en otras resoluciones que ponen fin a un proceso judicial"*³⁷
7. SERGIO MUÑOZ en su obra Historia y naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación manifiesta que la casación *"es el medio que franquea la ley a la parte que ha sufrido un agravio y perjuicio por una sentencia, cuya dictación tiene por base un procedimiento con actuaciones viciadas o el fallo mismo los contiene, para que el tribunal superior competente, revise si concurren los supuestos que le motivan y, en su caso, los mantenga o los enmiende, privando de eficacia al procedimiento o la sentencia o ambos, según corresponda"*³⁸

Los tratadistas son muy claros en su entender respecto al recurso de casación, por lo cual para su interposición, deberá existir un estudio profundo, con la finalidad de cumplir con su objetivo que según Caravantes citado por Humberto Murcia es: *"el objeto de la casación no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, ni el remediar la vulnerabilidad del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales"*³⁹. Además de este criterio los objetivos según Cesar Coronel Jones respecto al recurso en estudio son:

- a. *"Uniformidad y generalidad en la aplicación de la ley y doctrina legal en los distintos tribunales del país,*
- b. *Hacer justicia en el caso concreto en que la sentencia hubiere violado el derecho en perjuicio de algún litigante; y,*
- c. *Agilizar y volver eficientemente la administración de justicia, descentralizándola y confiriéndole a las cortes superiores y tribunales distritales de apelación, la calidad de jueces de última instancia."*⁴⁰

³⁵ CUEVA CARRION, Luis: "La casación en Materia Civil" Quito- Ecuador 1993 pag. 51

³⁶ Dr. GUARDERAS Ernesto, Guía Didáctica: Impugnaciones, primera edición EDILOJA Cia. Ltda. pag. 31

³⁷ GARCIA FERAUD, Galo, "La Casación" ob. Cit. Pag. 46

³⁸ MUNOZ GAJARDO, Sergio "Historia y naturaleza del recurso extraordinario de casación" Corte nacional de Justicia 2013, pag. 99

³⁹ MURCIA BALLEEN, Humberto, ob. Cit., pag. 77

⁴⁰ CORONEL JONES, Cesar "La Ley de Casación" Quito – 1994, pag 11

Identifiquemos entonces cuales son los fines para los cuales fue creado el recurso de casación en nuestro país:

1. Velar por la legalidad que nace de la correcta aplicación del derecho,
2. La creación y unificación de la jurisprudencia,
3. La búsqueda incansable del estado de derecho, el fomento y protección de un adecuado nivel de justicia.
4. La Unidad e igualdad del Derecho objetivo.

Los conceptos recogidos y transcritos en líneas anteriores conducen de manera clara a explicar que el recurso de casación siendo supremo y extraordinario busca invalidar una sentencia, para recurrir a él los profesionales del derecho debemos de manera técnica – jurídica cumplir con todos sus requisitos inherentes al recurso de casación los cuales según el Dr. Jaime Flor Rubianes son: “a).-La existencia de un derecho impugnatorio, para lo cual debe existir una resolución susceptible de ser recurrida (imputabilidad objetiva) y que el sujeto este legitimado para impugnarla (impugnabilidad subjetiva), b).- Las exigencias formales de modo, lugar y tiempo a que debe sujetarse el acto impugnatorio”⁴¹.

Por ello determinamos como requisitos obligatorios para que proceda un RECURSO DE CASACIÓN son los que me permito detallar a continuación:

- a)** La existencia de una sentencia sujeta a recurso de casación.
- b)** La existencia del vicio o yerro que se encuentre en una o en varias de las causales determinadas en la Ley.
- c)** El cumplimiento de los términos para su interposición.
- d)** El cumplimiento del Art. 6 de la Ley de Casación y Art. 267 del Código General de Procesos cuando entre en vigencia, respecto a los requisitos que deberá cumplir el escrito de fundamentación.

En términos generales, este recurso es de gran jerarquía en nuestro país, sin embargo durante la vigencia de esta figura legal existe aproximadamente el noventa y dos por ciento de causas recurridas en casación que han sido inadmitidas por cuanto los recurrentes no han dotado en su fundamentación de los elementos necesarios tendientes a que el Juzgador realice un análisis jurídico del mismo. Con lo dicho, debemos los litigantes considerar que la interposición de este recurso es muy compleja; y, por tanto no es suficiente interponerlo con el afán de

⁴¹ FLOR RUBIANES, Jaime, “Teoría General de los Recursos Procesales” Segunda Edición Quito 2003, pag. 50

retardar, dilatar o alargar el cumplimiento de la sentencia, sino todo lo contrario, para recurrir a este debe existir la certeza de que en la sentencia emitida existe una transgresión a la ley o vulneración los derechos de una o más personas, por ello es preciso que dicha transgresión debe ir de la mano de una o varias de las causales determinadas en la Ley de Casación; y además de aquello, debe determinarse el vicio y el error que se encuentre en la misma.

Lo expuesto conlleva a los profesionales del derecho a plantear el recurso de casación en legal y debida forma, con la finalidad de contribuir a desarrollar jurisprudencia obligatoria que favorezca el interés público y no únicamente el interés privado.

A lo largo de la existencia de este recurso de casación se han definido varias características con las cuales se identifica a este recurso entre las cuales recogemos las siguientes:

1. Es un recurso supremo y extraordinario, por cuanto procede contra determinadas resoluciones judiciales.
2. Es un recurso cerrado y limitado, pues únicamente se ciñe en forma taxativa a las causales específicamente señaladas en la Ley de Casación y ahora en el Código Orgánico General de Procesos;
3. Es estrictamente formalista y técnico, pues quien lo recurre deberá plasmar en su fundamentación la sustentación observando las exigencias y requisitos legales de la casación para su admisión.
4. No produce efectos suspensivos, pues su efecto es devolutivo.
5. Este recurso no suspende la ejecución de la sentencia impugnada, excepcionalmente se puede suspender la resolución si se rinde caución como garantía.
6. El recurrente no solo debe ser parte procesal sino que además la sentencia debe causarle perjuicio.
7. Debe interponerse ante el juez o tribunal que dictó la sentencia o Auto que se impugna.
8. La Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, será la competente para emitir la resolución o fallo correspondiente;
9. El tribunal de casación únicamente resuelve cuestiones de derecho, no tiene facultad para revisar ni materia probatoria ni hechos.
10. Es un recurso de derecho estricto, vale decir, es necesario observar en su interposición y tramitación ciertas formalidades, so pena de no ser admitido, y el fallo debe recaer solo sobre las causales señaladas en el escrito de formalización, en caso contrario el recurso es declarado inadmisibile.

En extracto, el estudio de la casación en materia civil, es de gran importancia por cuanto, lograremos no solamente dejar sin efecto o anular una sentencia adversa e injusta producto de una defectuosa aplicación por errores de derecho, sino además podremos contribuir a la unificación jurisprudencial. Criterio este que guarda analogía con lo manifestado por el tratadista Luis Cueva cuando refiriéndose a la sentencia del recurso de casación dice: *“la parte dispositiva interesa a los individuos porque allí se dispone la anulación de la sentencia; en cambio la motivación interesa al orden público porque allí se explican las razones estrictamente jurídicas mediante las cuales se anula o no la sentencia materia de la impugnación”*⁴²

Debemos estar conscientes que este recurso en la actualidad es:

- a. Irrenunciable,
- b. No admite prueba; y,
- c. Su base es la sentencia definitiva.

Sin embargo con la normativa que sea de paso se analiza en la Asamblea se prevé que en este recurso de casación exista la figura del abandono tal como se manifiesta en el Artículo 245 del Código Orgánico General de Procesos que dice.- *“La o el juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el término de ochenta días, contados desde la fecha de la última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos.”*⁴³

De conformidad con el Art. 2 de la Ley de Casación y Art. 266 del Código Orgánico General de Procesos este recurso procede contra:

1. Las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento: Los juicios de conocimiento según “Francisco Carnelluti es: *“de mera declaración de certeza constitutiva cuando la existencia de la relación jurídica dependa de una declaración judicial”* El tratadista Devis Echandia en la obra “Teoría General del Proceso” dice *que en este caso el juez declara la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. Busca la certeza jurídica del derecho o la relación jurídica. Tiene como finalidad según el mismo tratadista: La declaración de un derecho o responsabilidad o la constitución de una relación jurídica, e incluyen, por lo tanto, al grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el Juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quien tiene el derecho”*⁴⁴. En el

⁴² CUEVA CARRIÓN, Luis: “La casación en Materia Civil” Quito- Ecuador 1993 pag. 55

⁴³ Código Orgánico General de Procesos – Asamblea Nacional. Art. 245

⁴⁴ FLOR RUBIANES, Jaime “Teoría General de los Recursos Procesales” pag. 53

Ecuador los juicios de conocimiento son los que se conocen en vía Ordinaria y verbal sumaria.

2. Las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento que:
 - a. Resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio,
 - b. Resuelven puntos no decididos en el fallo
 - c. Resuelven puntos que contradicen lo ejecutoriado.

Por tanto el Recurso de Casación NO procede en los siguientes casos:

1. Contra sentencias dictadas en juicios ejecutivos
2. En los de mera ejecución
3. En los de jurisdicción Voluntaria

1.4. Historia del Recurso de Casación

Fue en Roma donde durante la República, únicamente se buscó determinar la nulla sententia que significa “ninguna sentencia”, lo cual no era otra cosa que, declarar jurídicamente a una sentencia como inexistente. Según Alirio Abreu Buereli *“No se trata, por tanto de una impugnación, sino de una acción dirigida a obtener una decisión negativa de certeza que llevaba al juez, encargado por el magistrado, a declarar la inexistencia del fallo; no un efecto constitutivo de la nulidad de la decisión”*⁴⁵

Con el pasar del tiempo se crearon los errores in iudicando, los cuales eran cometidos al momento de resolver la quaestio iuris, lo cual equivalía decir la existencia de errores de derecho. A la postre los “Romanos sustituyeron la contraposición entre sentencias erradas en cuanto a la determinación de los hechos o a la aplicación del derecho (quaestio facti, quaestio iuris), por el contraste entre sentencias contrarias al ius constitutionis y sentencias contrarias al ius litigatoris, siendo nulas las sentencias viciadas por un error relativo a la existencia de una norma de derecho objetivo (ius constitutionis)”⁴⁶

Para Francia en cambio, el recurso de casación inicia en la época monárquica, pues era el monarca quien haciendo uso de su poder, anulaba las sentencias dictadas por los parlamentos, cuando contravenían ordenanzas o normas emanadas de la imperio real. Según

⁴⁵ ABREU BURELI, Alirio y MEJIA ARNAL, Luis “La Casación Civil” Ed. Melvin 2008, pag. 40

⁴⁶ ABREU BURELI, Alirio y MEJIA ARNAL, Ob. Cit., pag. 40 - 41

Alirio Abreu Bureli y otro respecto a las ordenanzas manifiesta “Las ordenanzas generalmente se referían al procedimiento, por lo cual su inobservancia se consideró un error en el proceder judicial – in procedendo – pero, durante el último siglo del régimen monárquico, se consideró también motivo de nulidad de error en el juicio decisorio de la controversia – in judicando-, consiste en una violación de una ordenanza que debió aplicarse a la resolución del caso concreto”⁴⁷. En mérito a ello comenzó a nacer la anulación o casación de las sentencias que no fue otra cosa que la utilización del poder que mantenía el Rey para salvaguardar las normas reales y hacerlas cumplir, lo cual a la postre beneficiaba a los particulares.

Según Calamandrei la casación en Francia nace “como una función reservada al monarca, para la tutela de su soberanía y no de la justicia, en interés de él y no en interés de los particulares, la misma no es una función jurisdiccional, sino una función de carácter ejecutivo mediante la que el rey impide a los órganos judiciales exceder sus poderes e invalidar los reservados al soberano”⁴⁸. En sus inicios este recurso de casación era presentado mediante una demanda de casación designada al soberano la cual era conocida por el Consejo de Estado. Sin embargo con el pasar del tiempo este Consejo se fue especializando en esta área por lo que en el año de 1578 toma el nombre de Conseil des parties, quienes eran competentes para conocer las demandas de anulación de sentencias dictadas por los parlamentos franceses en última instancia, las cuales contenían algún tipo de vicio legal.

Conforme se iba desarrollando la casación y se pudo constatar que las sentencias eran emitidas en base a errores y estos según el tratadista Alirio Abreu “se comenzó a percibir la diferencia entre la contravención cometida por el juez contra la ordenanza que regulaba su actividad en el procedimiento (error in procedendo) y la cometida por el contra la ordenanza que regulaba la relación de derecho sustancial sometida a juicio (error in judicando)”⁴⁹. Sin embargo D’Aguesseau redacta el 28 de junio de 1738 el reglamento que regula el funcionamiento de la casación, creación que nace en el Ancien Régimen, mismo que fue perfeccionándose en la Revolución Francesa. Es así que el 12 de agosto de 1790 en Francia mediante decreto político se fundó el Tribunal de Casación, sin embargo recién el 27 de noviembre del mismo año mediante decreto promulgado el primero de diciembre de 1790 comenzó a funcionar este Tribunal con todas sus funciones, perteneciendo a la función legislativa y gozando de jurisdicción, competencia y organización. Pues únicamente fue instituido como medio de defensa de la obra legal del Parlamento francés, para el cambio revolucionario, defensa de la división tripartita del Estado. Y cuya función primordial según

⁴⁷ ABREU BURELI, Alirio y MEJIA ARNAL, Luis “La Casación Civil” Ed. Melvin 2008, pag. 40

⁴⁸ ABREU BURELI, Alirio y MEJIA ARNAL, Ob. Cit., pag. 46

⁴⁹ ABREU BURELI, Alirio y MEJIA ARNAL, Luis “La Casación Civil” Ed. Melvin 2008, pag. 40

Calamandrei fue “*anular los procedimientos en los cuales las formas hubieran sido violadas y los fallos que contuvieran una contravention expresse au texte de la loi*”⁵⁰. Más tarde al observar que el Tribunal hacía a medias la función para el cual fue creado y únicamente obedecía a un poder legislativo, se cambia, es así que con el senado consulto de 28 floreal del año XII toma el nombre de Corte de Casación, formando ya parte del órgano judicial con lo cual adquirió autoridad, pues ahora sus funciones eran: “control de la sola contravención expresa del texto legal, la errónea forma de interpretar la ley y la falsa aplicación hasta llegar a controlar todos los errores de derecho in judicando”⁵¹.

Fue así que desde el 1 de abril de 1837, paso a ser el órgano de formación y más aun de creación de la jurisprudencia hecho este que ha perdurado hasta la presente fecha, pues sus decisiones eran obligatorias para el juez del que emanaba la sentencia, quien estaba obligado a acoger la decisión de la Corte de Casación sobre el punto de derecho en discusión. Así nace o se instaura la casación en Francia y deja el legado para que en los demás países como Italia, Europa, América y demás nazca la casación.

ITALIA: Incursionó con esta nueva figura en el siglo XIX en donde se institucionalizó la casación en el Código Procesal Civil y la unificación del Tribunal de Casación con jurisdicción nacional, fue en materia penal, mediante ley de 6 de diciembre de 1888 y en materia civil por decreto real de 24 de marzo de 1923.

EUROPA: Instituye este sistema en el año 1812 en España, el mismo que con el pasar de los años se va reestructurando, depurando y modificando, tal es así que en desde la ley de 6 de agosto de 1984 hasta la del 7 de enero del 2000, se introducen o se realizan renovación y modificaciones a este recurso entre las cuales se según Humberto Murcia encuentran como las más trascendentales las siguientes:

1. “Simplificación: Al reducir el articulado de la ley anterior y refundir en un solo recurso, el de fondo y el de forma, estableciendo un recurso de casación civil único; y,
2. Menos formalismo: Que se proyecta en permitir a la parte recurrente, dándonos oportunidad al efecto, corregir defectos subsanables de la demanda; reducción a 5 solamente los motivos de casación; se prescinde del restringido concepto de violación, que traía la ley anterior; se permite la casación contra la sentencia de primer grado, aunque con limitaciones; la disminución de exigencias en cuanto a la forma del escrito de interposición; ampliación de términos o plazos, etc”⁵².

⁵⁰ ABREU BURELI, Alirio y MEJIA ARNAL, Luis Ob. Cit., pag. 40

⁵¹ CUEVA CARRIÓN, Luis Ob. Cit., pag. 35

⁵² MURCIA BALLEEN, Humberto “La Casación en España” pag. 134

Los principios procesales aplicables a la casación española según el mismo tratadista Humberto Murcia son:

1. “El principio dispositivo o de rogación.- Que deja a la libre facultad del litigante el ejercicio de sus derechos, entre estos el acto procesal de los recursos,
En consecuencia, solo existirá en un caso determinado el recurso de casación, cuando lo interponga el demandante o el demandado del proceso, o el Ministerio Fiscal;
2. El principio de la Preclusión.- Que impone la imperiosa precisión de realizar ese acto procesal, o su réplica, dentro de los términos o plazos señalados por la ley al efecto;
3. El principio de la escritura, que es preponderante en la preparación, interposición, replica y decisión del recurso; y,
4. Condenación en costas por vencimiento.

Europa deja semillas para que nazca en América este sistema de casación, es así que a finales del siglo XIX aparece en la constitución Colombiana de 1886, en Argentina se introduce en el año de 1949 mediante reforma constitucional y demás países en los cuales por ser un asunto nuevo, no se lo logra establecer como lo que es un recurso extraordinario, sino que por el contrario es considerado como un simple recurso de tercera instancia.

CASACIÓN EN EL ECUADOR

Con las raíces instauradas por los demás países, en Ecuador, nace o se instituye la Casación únicamente en materia penal, al efectuar las reformas al Código de Enjuiciamiento en materia Criminal mediante Decreto No. 256, publicado en el Registro Oficial No. 761 de 5 de octubre de 1928.

Con fecha 10 de abril de 1938, empieza a regir en nuestro país el nuevo Código de Procedimiento Civil, en el cual se señalaba como recursos los siguientes: *“Apelación, de tercera instancia, de nulidad y de hecho ... en el recurso de tercera instancia no se concedía término probatorio ni se admitía ninguna prueba”*⁵³ el mismo que fuere codificado mediante Registro Oficial Suplemento No. 133 de fecha 7 de febrero de 1953.

Más tarde se efectúa una nueva codificación la misma que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 687 de 18 de mayo de 1987 en la cual se establece de manera clara que “a

⁵³ PEREZ VALENCIA, Maritza “El recurso de casación en el estado constitucional de derechos y justicia” Corte nacional de Justicia 2013, pag. 293

partir del art. 348 y 352 se regulaba el recurso de tercera instancia, como un recurso ordinario el cual se presentaba ante la Corte Suprema de Justicia, de manera general, de las sentencias y autos definitivos esto es, que tienen fuerza de sentencia, que dicte la Corte Superior”⁵⁴

Y no fue hasta 64 años más tarde que mediante reforma a la Constitución Política mediante ley No. 20 publicada en el Registro Oficial No. 93 del 23 de diciembre de 1992 que la Corte Suprema de Justicia se convierte en Tribunal de Casación conociendo este recurso en todas las materias y fue hasta el 18 de mayo de 1993 con la Ley de Casación No. 27 que fue derogado el recurso de tercera instancia y nace la Ley de Casación.

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en el Perfil del Primer Plan Bienal de Desarrollo publica lo que sigue: *“el nuevo Código de Procedimiento Civil deberá reemplazar el recurso de tercera instancia por el recurso de casación con el objeto de que la Corte Suprema de Justicia se dedique al estudio de los asuntos jurídicos de fondo y pueda fundar una verdadera jurisprudencia: técnica, científica, humana y justa que contribuya a la formación y al desarrollo de la nueva juridicidad que debe formar parte esencial de la riqueza cultural y jurídica de nuestro pueblo. Además, constan las bases esenciales del sistema de casación: “procederá solamente contra las sentencias dictadas en segunda instancia; no procederá contra los autos que declaren medidas cautelares y contra las sentencias que resuelvan cuestiones prejudiciales. El Recurso de casación tendrá como fundamento la aplicación errónea de la norma sustantiva o de la norma adjetiva, en este último caso, si la infracción o errónea aplicación de la norma no garantizare el debido proceso. El recurso de casación deberá ser interpuesto por la parte que recibiere agravio o no podrá interponerlo quien no hubiere apelado de la sentencia de primer grado o no se hubiere adherido al recurso. Quien impusiere el recurso de casación deberá mencionar las normas de derecho infringidas o aplicadas erróneamente y hará constar, en forma concreta y clara, los motivos constitutivos del fundamento del recurso”⁵⁵*

1.5. Comparación del Recurso de Casación en materia civil con otras materias:

La Ley de Casación, fue creada con la finalidad de que esta rija para todas las materias, sean estas civiles, laborales, Administrativas, Tributarias y penales, sin embargo, de este estudio veremos en materia penal existen diferencias.

⁵⁴ PEREZ VALENCIA, Maritza “El recurso de casación en el estado constitucional de derechos y justicia” Corte nacional de Justicia 2013, pag. 294-295

⁵⁵ CUEVA CARRIÓN, Luis “La casación en material Civil” pag. 42 y 43

Es así que con la finalidad de tener una idea de los recursos de casación en las diferentes materias establecidas en nuestro territorio ecuatoriano, se hace meritorio este capítulo en el cual podemos establecer en qué consiste cada uno.

1.5.1. Casación en materia Tributaria

Haciendo una recopilación La casación en Materia Tributaria nace hace 36 años con el Código Tributario publicado en el Registro Oficial No. 968, del 23 de diciembre de 1975, sin embargo por los diversos cambios ocurridos desde aquella época, y con la reforma de la Constitución en el año de 1992, se promueve la creación de la Ley de casación No. 27 la cual rige para todas las materias desde 1993, con el surgimiento de la cual se procede a reformar el Código Tributario en ese aspecto quedando incorporado en el Código Tributario, actualmente en su Art. 309 del Código Tributario lo siguiente: *“El recurso de casación en materia tributaria se tramitará con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Casación”*⁵⁶, este se crea con la finalidad de corregir errores de derecho cometidos por una de las Salas del Tribunal Fiscal ante el Tribunal de Casación, actual Corte Nacional de Justicia. Sin embargo se hacen trascendentes reformas las mismas que son publicadas en el R. O. N° 039 del 8 de abril de 1997, y se codifican el 24 de marzo del 2004, según consta en el suplemento del Registro Oficial N° 299, la cual hasta la presente fecha se encuentra en vigencia.

Se deja predeterminado que el presente recurso de casación en materia tributaria, no difiere del recurso en materia civil, puesto que este se basa a la Ley de Casación Y ahora en el Código Orgánico General de Procesos, por tanto, para recurrir a él en esta materia se estará a las matrices ya estudiadas en la presente investigación. Dentro de la Jurisprudencia con fallos de triple reiteración se determina lo siguiente:

1. DEVOLUCIÓN DEL CRÉDITO TRIBUTARIO EN EL IVA: No cabe devolución, del crédito tributario originado en el pago del IVA por cuanto la normativa existente es clara al indicar que art. 68 de la Ley de Régimen Tributario Interno ni menos el art. 50 del Código Tributario permiten tal devolución sino la compensación.
2. ABANDONO DE LA INSTANCIA: Ante la declaratoria de abandono dictado en varios procesos por las salas de los diferentes Tribunales Distritales, la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema, actualmente salas de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en fallos concordantes, manifestaron que el abandono procede cuando la

⁵⁶ Código Tributario

causa haya dejado de continuarse por más de 60 días, siempre que el trámite no hubiere concluido y haya dejado de continuarse por descuido o negligencia del actor.

3. SILENCIO ADMINISTRATIVO: Respecto al silencio administrativo positivo y sus efectos, se ha fallado indicando que a partir de mayo de 1993, con la expedición de la Ley de Modernización del Estado (art. 28) el no pronunciamiento por parte de la administración en todo reclamo, petición o solicitud, que este sustentado en un derecho auténtico, le concede al peticionario su pretensión concreta, con efecto de cosa juzgada y en consecuencia servirá ese acto tácito como documento ejecutivo para su cumplimiento inmediato.

1.5.2. Casación en materia Penal:

El recurso de casación en materia penal, es sui generis, por cuanto sus bases legales se encuentran implantadas en el anterior Código de Procedimiento Penal, actual Código Integral Penal, es decir que las causales en las que se basa este recurso en materia penal se alejan totalmente de las determinadas en materia civil. Los elementos constitutivos del recurso de casación en lo penal según la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. Pág. 1210, Quito, 3 de abril de 1996, son: *“si los hechos declarados por el tribunal inferior como probados han sido bien encuadrados dentro de la norma legal, si el grado de responsabilidad del sentenciado ha sido bien calibrado y si en esa valoraciones no se han violado preceptos legales que regulan la apreciación de las pruebas; que de la sentencia del inferior no exista recurso de apelación. Concluye que las sentencias de primera y segunda instancia han apreciado las pruebas conforme a la sana crítica, sin que haya violación de ley alguna en la sentencia impugnada”*. Así como también se identifica como objetivo el determinado por la Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. Página 4294 de Quito, 14 de enero de 2003 que dice: *“En la casación en lo penal no es permitido observar el proceso dialéctico desarrollado por el juzgador de instancia en el acto de decidir una causa. Solamente procede analizar si en la sentencia, instrumento procesal singular, se ha vulnerado la Ley”*.

Es así que las causales en las cuales se puede interponer el recurso de casación en materia penal y tránsito según el Art. 656 del Código Integral Penal son únicamente las siguientes:

- a. Las sentencias que hayan violado la ley
- b. Las sentencias que contravengan expresamente en el texto de la ley
- c. Las sentencias que contengan indebida aplicación de la ley
- d. Las sentencias que contengan interpretación errónea de la ley.

Las características del recurso de casación en materia penal son las que a continuación se detallan:

1. La Corte Nacional de Justicia, es la competente para resolver.
2. No se inadmitirá los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto.
3. No se admitirá nueva valoración de la prueba.
4. Se admitirá en el término de 5 días contados a partir de la notificación de la sentencia a recurrir.
5. Para la interposición del recurso de casación penal los sujetos procesales, deberán considerar las siguientes reglas:
 - a) Dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación de la sentencia. La o el juzgador remitirá el proceso a la Corte Nacional de Justicia, en el plazo máximo de tres días hábiles, una vez ejecutoriada la providencia que la conceda.
 - b) El tribunal designado por sorteo, dentro del plazo de tres días convocará a audiencia. De rechazar el recurso, ordenará su devolución a la o al juzgador de origen. De estas decisiones, no hay recurso alguno.
 - c) El recurso se sustanciará y resolverá en audiencia que se realizará dentro del plazo de cinco días contados desde la convocatoria. El recurrente deberá fundamentar su pretensión y los otros sujetos procesales se pronunciarán sobre la misma.
 - d) El recurso interpuesto por la o el fiscal, lo fundamentará en audiencia la o el Fiscal General del Estado o su delegada o delegado.
 - e) Si se estima procedente el recurso, se pronunciará sentencia enmendando la violación a la ley. De estimar improcedente, se declarará así en sentencia.
 - f) Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.
 - g) La sentencia se notifica dentro de los tres días de finalizada la audiencia.
 - h) El proceso se devolverá a la o al juzgador o tribunal respectivo para la ejecución de la sentencia.

Entonces diré que este recurso extraordinario en materia penal corresponderá fundamentarlo en la Audiencia de Estrados, la misma que es obligatoria, dentro de la cual se expondrá de manera técnica – jurídica la existencia de los yerros incurridos en la sentencia recurrida. En especial se cumplirá con lo siguiente:

- a. Identificación de la Sentencia que se recurre
- b. Relación de los Hechos

- c. Identificación de la norma legal violada
- d. Fundamentos Jurídicos del Recurso

1.5.3. Casación en materia Laboral:

Respecto al recurso de casación, en materia laboral manifiesto lo siguiente. Conforme consta del Art. 613 del Código de Trabajo: *“De las sentencias que dicten las Cortes Superiores (actual Corte Provincial), se podrá presentar recurso de casación para ante la Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional)”*, compete pues a la Corte Nacional el conocimiento del presente recurso de casación, sin embargo es necesario indicar que El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. Es así que entre ellas se encuentra la Sala Especializada de lo Laboral misma que tiene competencia para conocer los recursos de casación en materia laboral según el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 613 del Código de Trabajo descrito en líneas anteriores; artículo 1 de la Ley de Casación y 191 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como es importante resaltar que la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”*.⁵⁷

Sin embargo en el código de la materia no señala causales, requisitos ni otra circunstancia que tenga relación a este recurso, por ello, al recurrir los accionantes a este recurso, deberán someterse a lo determinado en la Ley de Casación y desde el mes de mayo del año dos mil diez y seis se basará en las disposiciones contempladas en el Código Orgánico General de Procesos, la misma que rige en todas las materias excepto material penal.

Considerar en este punto, que el Derecho Laboral en el Ecuador mantiene la orientación social que nace en la Constitución cuando garantiza la intangibilidad, la irrenunciabilidad de derechos y el principio pro operario para la aplicación de la norma en el sentido más favorable al trabajador, cuando respecto de ella exista duda; ampliando, aún más, la base legal al añadir a los enunciados de la norma fundamental el de la protección legal y administrativa que garantice la eficacia de los derechos del trabajador.

⁵⁷ Código Orgánico de la Función Judicial Art. 191

En este estudio invoco los siguientes fallos de triple reiteración que respecto a esta materia se han dictado:

- La Primera Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia, publicados en el Tomo II de la obra "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador", publicada por el Consejo Nacional de la Judicatura, página 202 a 210, en la que dispone: "*La alegación de despido intempestivo se debe demostrar. Al evadir la confesión judicial sin justificativo legal el demandado (artículo 135 del Código de Procedimiento Civil), la declaratoria de confeso tiene valor de prueba plena, pues evidencia la terminación de la relación contractual por voluntad unilateral del empleador*", juicios No. 41-99 Vicente Elizalde contra María Isabel Romero de 325-98, José Ñauñay Pilamunga contra Oleaginosas del Ecuador Cía. Ltda.; Tercero: 349-98, Silvio Eduardo Castro contra MIDUVI y otros."⁵⁸
- Los fallos de triple reiteración de la Ex Corte Suprema de Justicia y la obligación contenida en el artículo 19 de la Ley de Casación cuando dice: "*La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes...*"⁵⁹

1.6. Clasificación del Recurso de Casación en materia civil

Respecto a las clases de casación existe diversos criterios de entre los tratadistas sin embargo he creído pertinente traer a colación las clases más sobresalientes referentes al recurso de casación y estas son las que se detallan a continuación:

CASACIÓN DE FONDO: Se refiere al error in judicando, es decir errores de derecho, cometidos por el Juez pues la sentencia fue efectuada en base a una falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de las normas de derecho o de la jurisprudencia obligatoria, correspondientes al caso que se juzga.

CASACIÓN DE FORMA: Se refiere al error in procedendo, es decir cuando una sentencia fuere emitida en base a una falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de las normas procesales que infieren en la nulidad de todo o parte del proceso, porque vician la relación jurídica procesal.

CASACIÓN TOTAL: Se refiere a la anulación integral de la sentencia emitida por el juez a quo.

⁵⁸www.fielweb.com, Ediciones Legales

⁵⁹www.fielweb.com, Ediciones Legales

CASACIÓN PARCIAL: Se refiere a la anulación en parte la sentencia emitida por el juez a quo, dejando subsistente lo demás.

CAPÍTULO II
ESTUDIO DE LA LEY DE CASACIÓN

2.1. Relevancia y análisis de la Ley de casación vigente en el país

La creación de la ley 27, de 18 de mayo del año 1993, misma que fuere reformada mediante Ley promulgada en el Registro Oficial No. 39 de 8 de abril de 1997, y reformada en el año 2004, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 229 de 10 de marzo del 2004, vigente hasta la presente fecha, fue creada con la finalidad de regular la casación en todas las materias y representa hasta la actualidad una de las leyes de mayor trascendencia y renombre que tiene el Ecuador, pues con ella no solo que se suprime la tercera o triple instancia existente hasta antes de la reforma constitucional del año 1992 sino que además de ello se institucionaliza la casación como un efectivo recurso extraordinario meramente formalista, norma legal que se deja derogada con la creación del Código Orgánico General de Procesos mismo que fue publicado en el registro oficial No. S 506 del 22 de mayo del 2015 y que pese a encontrarse publicado entra en vigencia en el mes de mayo del 2016. Por lo cual corresponde esta investigación efectuarla en base a los dos cuerpos legales en los que constan variaciones ínfimas en su contenido.

Para la creación de esta ley se contó con las siguientes bases:

1. El anteproyecto del Código de Procedimiento Civil tipo Iberoamericano, preparado por los profesores doctores Enrique Vescovi y Adolfo Gelsi Bidart.
2. Códigos y leyes de la materia de España, Francia, Italia, Uruguay, Chile, Colombia, Venezuela y México, las cuales constan en el ante proyecto preparado por el Dr. Jorge Zavala Egas.

La creación de esta norma legal, conllevó a un estudio de la verdad procesal basada en el derecho, pues fue visualizada y plasmada en mérito de la ley, por ello es relevante analizar los principales puntos en los cuales se enmarcó y que hasta la actualidad perduran en esta norma:

1. **COMPETENCIA:** La competencia en el recurso de casación única y exclusivamente de acuerdo con lo determinado en el Art. 184 numeral 1 de la Constitución del Ecuador, corresponde a la Corte Nacional de Justicia, disposición legal que tiene plena concordancia con el Art. 184 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: *“Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley”*⁶⁰, lo cual se enmarca a lo estipulado en el Art. 1 de la Ley de Casación que

⁶⁰ Código Orgánico de la Función Judicial Art. 184

reza: *"El recurso de que trata esta Ley es de competencia de la Corte Suprema de Justicia que actúa como Corte de Casación en todas las materias, a través de sus salas especializadas"*⁶¹. Sin embargo, al entrar en vigencia el nuevo Código Orgánico General de Procesos en su Art. 269.- determina también a quien corresponde la competencia cuando manifiesta: *"El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley"*. De lo anotado podemos deducir que actualmente o a futuro a quien corresponde el conocimiento del recurso de casación, es y será a la Corte Nacional de Justicia, cuyo domicilio se encuentra en Quito, capital de la República del Ecuador.

- 2. PROCEDENCIA:** Se debe considerar que la ley de manera taxativa dispone que este recurso procede de las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento lo que equivale decir que no hace restricciones en cuanto a materias o clases de juicios, pero si establece diferencias en cuanto al tipo de providencias mismas que deberán cumplir con las siguientes condiciones:
- a. Si las providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio
 - b. Si las providencias resuelven puntos esenciales no decididos en el fallo
 - c. Si las providencias resuelven puntos contradictorios a lo ejecutoriado

Además de manera clara se indica que sobre resoluciones emitidas por funcionarios administrativos no cabe recurso de casación. Por lo tanto, el punto de origen o de inicio de partida del recurso de casación se localiza en un auto o sentencia ejecutoriados que pongan fin a un proceso de conocimiento conforme lo reza la jurisprudencia cuando en sus fallos de Casación manifiestan:

- Resolución No. 260-96, de fecha 6-V-97 publicada en el R.O. 139, de fecha 27-VIII-97: *"PRIMERA.- ...éste no procede sino contra la sentencia definitiva, ejecutoriada o firme que pone fin al litigio que es la única que puede ser impugnada mediante ese medio que, en puridad técnico jurídica, es una acción contra la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada."*⁶².
- Resolución No. 255-2003, de fecha -3-XII-2003, publicada en el R.O. 266, 04-II-2004: *"SEGUNDO.- ...el recurso de casación no procede contra las sentencias o autos dictados por los "jueces" sino solamente contra las dictadas por las "cortes superiores" y "los tribunales distritales"*⁶³

⁶¹ Ley de Casación Art. 1

⁶² www.fielweb.com, Ediciones Legales

⁶³ www.fielweb.com, Ediciones legales

3. LEGITIMACIÓN: Al respecto debemos dejar en pleno manifiesto, que para tener legitimación en este recurso, se considerara lo siguiente:

- 1) La interposición corresponde a la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto.
- 2) No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia.
- 3) No podrá interponerlo quien no se adhirió a la apelación de la contraparte.
- 4) No será admisible la adhesión al recurso de casación.

Al respecto la Corte Nacional de Justicia manifiesta en la resolución publicada en el R.O. 243, 26-I-98 lo siguiente: *"...es admisible al trámite el escrito contentivo del Recurso de Casación, presentado con la sola firma del abogado defensor del recurrente, siempre que en el mismo escrito constare que lo hace a ruego de la parte que recurre y que hubiere venido actuando como defensor de la misma parte debidamente autorizado. La presente Resolución, entrará en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial y será generalmente obligatoria mientras no se disponga lo contrario por la ley."*⁶⁴.

4. CAUSALES: El recurso de casación es limitado por tanto, solo puede ser interpuesto por una o más de las causales detalladas a continuación, para lo cual se deberá considerar que cada una es independiente de la otra:

"1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva."

2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente."

3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto;"

4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis;"

*5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles"*⁶⁵.

⁶⁴ www.fielweb.com

⁶⁵ Ley de Casación, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo del 2004 – Corporación de Estudios y Publicaciones - Quito. 2012. Art. 3

Mucho se han analizado estas causales por los tratadistas del derecho, sin embargo quienes pretenden recurrir al fallo concuerdan que estas deberían ser más claras en su fondo, pues actualmente causan confusión al proponerlas, sin embargo y por cuanto los legisladores han considerado que no corresponde cambio alguno, en el nuevo Código Orgánico General de Procesos se establece como casos las mismas solamente que difiere en el orden, pues ahora lo instituyen de manera lógica, así el Art. 268 dice “El recurso de casación procederá en los siguientes casos:

- 1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.*
- 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.*
- 3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia*
- 4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.*
- 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”⁶⁶.*

Por tanto, en base a las causales invocadas, corresponde a los jueces de la Corte Nacional revisar con profundidad, probidad y celeridad, la forma como las Cortes Provinciales, los tribunales de apelación y los juzgados de instancia, de donde emanan las sentencias susceptibles de casación, han aplicado el derecho, a fin de que a través de sus facultades corrijan las fallas, yerros, errores cometidos y reflejados en la sentencia, lo que equivaldría decir que se deberá actuar en base a los preceptos de derecho positivo.

- 5. REQUISITOS FORMALES:** Los requisitos del escrito de interposición de este recurso se encuentran establecidos en la ley de casación y ahora en el Código Orgánico General de Procesos, estos buscan el sometimiento de las partes recurrentes, pues, son imperativos lo que equivale decir que son de cumplimiento obligatorio, por lo cual el proponente por ningún punto de vista puede dejar de establecer en su escrito de casación lo siguiente:

⁶⁶ Código Orgánico General de Procesos

1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;
3. La determinación de las causales en que se funda;
4. Los fundamentos en que se apoya el recurso.

Requisitos estos que, al analizarlos con los constantes en el Código Orgánico General de Procesos, se verifica una gran similitud, sin cambios profundos que requiera una nueva interpretación, conforme consta en el Artículo 267 que dice *"El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:*

- 1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacué la solicitud de aclaración o ampliación.*
- 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*
- 3. La determinación de las causales en que se funda.*
- 5. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada"*⁶⁷.

Al respecto en la Resolución No. 163-94 del 25-I-95, R.O. 636, 17-II-95, emitida por la Corte Suprema de Justicia dice: *"TERCERO: En el escrito de interposición del recurso de casación se debe precisar: 1.- Cuáles son las normas violadas por la sentencia o las solemnidades sustanciales de procedimiento que se han omitido. No es pertinente ni esclarecedor decir en forma genérica que no se ha valorado la prueba presentada, pues, hay que precisar las normas de derecho y las de valoración de la prueba violadas por el juzgador de instancia. 2.- Se debe además precisar el concepto de la violación, es decir, en función de que existan los siguientes elementos: error, consistente en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación o lo que es lo mismo, error en la selección de la norma por parte del juez, error en la existencia de la norma y error en el significado de la norma. No sirve afirmar en el escrito de interposición del recurso que se ha dejado de apreciar una prueba sino que debe precisarse el tipo de error y que ese error condujo al juez a violar la norma de derecho o de valoración de la prueba, ya sea directa o indirectamente."*⁶⁸. Así también la Resolución No. 59-94, de 23-VIII-95 R.O. 901-S, 11-III-96 indica: *"TERCERO: ... el Art. 6 de la Ley de Casación de manera imperativa exige determinar los fundamentos en los que se apoya el recurso en forma clara y sucinta, esto es, argumentos jurídicos que van a servir para la hipótesis que se case la sentencia.*

⁶⁷ Código Orgánico General de Procesos.

⁶⁸ www.fielweb.com, Ediciones Legales

*La práctica y la sana razón enseñan que no se puede invocar en conjunto fallas de aplicación, la aplicación indebida y la interpretación errónea, porque son conceptos diferentes e incompatibles entre sí ...*⁶⁹

Importante es considerar que en el escrito de fundamentación respecto al requisito constante en el numeral 4 del Art. 6 que dice *"Los fundamentos en que se apoya el recurso"*⁷⁰, Los proponentes deberán determinar a norma o normas jurídicas que han sido quebrantadas en la sentencia emitida por la Autoridad encargada de administrar justicia, es decir indicar el yerro o violación in iudicando o in procedendo. Conforme así lo determina la Corte Suprema de Justicia Actual Corte nacional cuando en su resolución No. 451, de fecha 13-VI-96 R.O. 3, 14-VIII-96 dice: *"TERCERO.- (...) Según la norma primera citada, es obligación del proponente identificar las causales contenidas en el artículo 3 de la Ley en referencia y en relación a ella cumplir con el mandato del numeral cuarto del artículo 6 ibídem y señalar con toda claridad y exactitud la norma o normas jurídicas violadas, según el caso, los fundamentos en los que se apoya y la incidencia o influencia que ha tenido sobre la sentencia. (...) La importancia de la fundamentación del recurso es tal, que el procesalista Hernando Devis Echandía dice: "La Corte no puede examinar causales no alegadas, ni errores de la sentencia no alegados aunque puedan corresponder a una de las causales escogidas por el recurrente..."*⁷¹

6 LA CAUCIÓN: Cuando la parte que interpone este recurso requiere que se suspenda la ejecución de la sentencia, podrá solicitar CAUCIÓN, el monto de la esta será fijada en consideración de la materia y el perjuicio que ocasione la eventual demora de ejecución causada por la interposición y tramitación del recurso de casación, pero jamás podrá ser fijada respecto al monto de la obligación, en relación a este punto existen varios Fallos de Casación que manifiestan:

- Resolución No. 301-94 de fecha 4-X-95, R.O. 859, de fecha 10-I-96 *"QUINTO: ... la fijación del monto de la caución no debe hacerse, como lo ha hecho la Sala de Apelación, en función de la cuantía del juicio, sino, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de Casación; esto es, en base a los posibles perjuicios que la demora en la ejecución de la resolución pueda causar a la contraparte, perjuicios que los estimará ecuanímente el juzgador."*⁷²
- Resolución No. 272-95, de fecha 8-XI-95, publicada en el R.O. 881, de fecha 9-II-96: *"CUARTO.- Este Tribunal de Casación no puede pasar por alto el error en que han incurrido los señores Ministros de la Corte de Azogues al aceptar la solicitud de fianza y determinar la cuantía respectiva que ha sido sufragada por la actora. Al respecto se les recuerda que de conformidad con lo que expresamente estatuye el Art. 16 de la Ley de la materia, la caución debe rendirse cuando se estima que la demora*

⁶⁹www.fielweb.com, Ediciones Legales

⁷⁰ Ley de Casación, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo del 2004 – Corporación de Estudios y Publicaciones - Quito. 2012 Art. 6 numeral 4

⁷¹www.fielweb.com, Ediciones Legales

⁷²www.fielweb.com, Ediciones Legales

*en la ejecución de una sentencia o acto pueda causar perjuicios a la contraparte. En el caso sub júdice ningún perjuicio podía devenir para la parte demandada en cuyo favor curiosamente se rindió la caución, debido a que la sentencia de última instancia al igual que la de primer grado le fueron enteramente favorables; pues, no otra cosa puede inferirse del hecho de que fue desestimada la demanda, reitérese en decirlo, en ambos niveles jurisdiccionales."*⁷³

7. LA CONDENA EN COSTAS y MULTAS: La condena en costas a los recurrentes y multa a los funcionarios procederá en los siguientes casos:

- a) Cuando se declare desierto el recurso
- b) Cuando aparezca en forma manifiesta que lo ha interpuesto sin base legal
- c) Cuando se lo proponga con el propósito de retardar la ejecución del fallo.

➤ Adicionalmente, la disposición prevé que pueda imponerse, según la importancia del asunto, una multa de hasta el equivalente de 15 salarios mínimos vitales a la parte recurrente, e igual multa a los jueces o magistrados que expidieron el fallo casado. Esta oportuna y bien traída caución, conlleva a que quien recurra a este recurso no sea con el único fin de dilatar la ejecución del fallo, sino por el contrario sea para hacer prevalecer los derechos conculcados. Criterio que tiene relación con lo manifestado por la Corte Nacional de Justicia en Fallo de Casación, resolución No. 134-95, de fecha 4-XII-95, publicado en el R.O. 898, 6-III-96 cuando manifiesta: *"PRIMERO.- Constituye precedente jurisprudencial obligatorio el criterio de aplicación de los Arts. 7 y 18 de la Ley de Casación, cuyo sentido es el siguiente: que si bien el juzgador ante quien se interpone el recurso de casación, es quien califica inicialmente el cumplimiento de las circunstancias de admisibilidad, primordialmente los aspectos materiales o formales previstos en los Arts. 6, 2, 3 y 4, esto es: la procedencia, causalidad, oportunidad, legitimación y más requisitos formales, no es menos cierto, que en definitiva la Sala Especializada de Casación, en atención a lo dispuesto en el Art. 18, tiene la facultad de revisar o volver a examinar los aspectos materiales o circunstanciales de admisibilidad del recurso concedido, que de estimarlos acatados, adquiere el deber de pronunciarse posteriormente acerca de la pertinencia de los aspectos jurídicos invocados, al compararlos con la realidad legislativa y los precedentes jurisprudenciales obligatorios vigentes ..."*⁷⁴

⁷³www.fielweb.com, Ediciones Legales

⁷⁴www.fielweb.com, Ediciones Legales

- 8. RECURSO DE HECHO:** Este cabe únicamente cuando se niegue el trámite del recurso de casación, para lo cual la parte afectada con la negativa dentro del término de tres días podrá interponer el presente recurso ante el órgano judicial que notificó la negativa, este procederá a remitir a la Corte nacional para su análisis.

El fondo de esta ley, enmarca al recurso de casación como el análisis profundo de la sentencia sobre estrictamente cuestiones de derecho, pues el aspecto dominante o principal es el interés público, sin excluir naturalmente el interés privado. A través de la interposición de este recurso, el Estado procurara que quienes administran justicia, autores de las sentencias corrijan los diferentes errores de derecho que se reflejen en ellas, lo que coadyuva al cumplimiento obligatorio de la ley.

2.2. Estudio comparado del Recurso de Casación en materia civil con otros países.

El Recurso de Casación en Colombia: En el año de 1886 a través de la Constitución se atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de actuar como tribunal de casación, es así que en la ley 61 de dicho año al recurso de casación se le atribuye las siguientes funciones:

- a) Unificar la jurisprudencia,
- b) Enmendar agravios inferidos a las partes; y,
- c) La debida aplicación de la ley.

Así mismo la Asamblea Constituyente del año 1991 estableció que el recurso de casación tendrá las siguientes características:

- 1. Carácter de formalista y limitado respecto a sus requisitos de sustentación.
- 2. Límite en la cuantía del interés deducido en el litigio, con excepción de las sentencias proferidas en los juicios ordinarios que versen sobre el estado civil y las dictadas en única instancia por los tribunales superiores, en procesos sobre responsabilidad civil de los jueces.
- 3. Se admite la casación per saltum, como recurso inmediato contra la decisión de primera instancia, sin necesidad de apelación, cuando las partes manifiesten expresa o implícitamente, dentro del término de ejecutoria del fallo, su voluntad de prescindir de la apelación. En tal caso la decisión sólo es impugnabile en casación por violación de ley sustantiva.
- 4. Los motivos de casación se reducen a los cinco que son:
 - 1) Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial. La violación de norma de derecho sustancial, puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba.
 - 2) No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la

demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.

- 3) Contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias.
 - 4) Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquélla para cuya protección se surtió la consulta siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357.
 - 5) Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140) siempre que no se hubiere saneado.
-
5. Las causales antes invocadas constituyen la base sobre la cual se debe fundamentar el recurso de casación, en referencia a la sentencia impugnada.
 6. Se considera que la primera y la cuarta causal se refieren a errores in iudicando, es decir al quebranto directo de la norma o ley sustancial o de fondo, entendiéndose como normas sustanciales las que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación.
 7. Se considera a la causal segunda, tercera y quinta como de errores in procedendo, es decir el quebranto del proceso.
 8. La interposición del presente recurso se lo hará dentro de cinco días posteriores a la notificación es decir se lo propone:
 - a) Desde la emisión del fallo
 - b) Hasta el último de los cinco días hábiles siguientes a la notificación.
 9. La concesión del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla, salvo en los siguientes casos:
 - I. Cuando verse exclusivamente sobre el estado civil de las personas;
 - II. Cuando se trate de sentencia meramente declarativa; y,
 - III. Cuando haya sido recurrida por ambas partes.
 10. Para solicitar que se suspenda el cumplimiento de la sentencia, en la interposición se deberá ofrecer caución para responder por los perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria incluyendo los frutos civiles y naturales que puedan percibirse durante aquélla. El monto y la naturaleza de la caución serán fijados por el Tribunal en el auto que conceda el recurso y ésta deberá constituirse dentro de los diez días siguientes a la notificación de aquél, so pena de que se declare desierto el recurso.

Respecto a las causales en líneas anteriores manifestadas determinadas en la normativa Colombiana, La Corte de dicho país ha indicado lo siguiente: *“violase la ley sustancial por falta de aplicación cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; y por interpretación errónea, cuando, siendo la correspondiente, se la entendió, sin embargo, equivocadamente y así se la aplicó”*⁷⁵

Se refleja que dentro de la causal primera la existencia de error de hecho lo cual alcanza, no

⁷⁵ ABREU BURELI, Aurelio y otro “La casación Civil” pag. 113

solo el falso supuesto positivo que no es otra cosa que afirmar la existencia de un hecho falso o inexacto, si no también se trata del falso supuesto negativo que significa negar la existencia de un hecho cierto de la legislación, doctrina y jurisprudencia. Para lo cual la Corte recurso a la casación ha establecido:“(…)la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición); y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba.”⁷⁶ y“(…) el error de hecho en la apreciación de las pruebas que conduce a la violación de la ley sustantiva y que permite la casación del fallo, tiene que ser manifiesto, es decir, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, de tal magnitud que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso. No es, por lo tanto, error de hecho que autorice la casación de un fallo aquel a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento”⁷⁷, “En la legislación colombiana, es la propia Corte Suprema la que, una vez dictada la sentencia de casación y si el recurso se declara con lugar, se convierte en tribunal de instancia, y en tal condición pronuncia la resolución que debe reemplazar la que ella misma ha casado; incluso puede ordenar y practicar pruebas, a fin de fallar con la mayor probabilidad de acierto la controversia planteada. Sólo cuando la Corte casa la sentencia con apoyo en una causal de nulidad, dispone la remisión del expediente al tribunal de origen)para que proceda a renovar la actuación invalidada.”⁷⁸

El Recurso de Casación en Argentina: La casación en Argentina fue contenida en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el año de 1873 que consagró el recurso de inaplicabilidad de la ley, reglamentado en los Códigos procesales civiles de 1878, 1880 y en el vigente de 1905, así como en el de procedimiento penal de 1915. La Provincia de Mendoza tuvo brevemente una institución similar, desde 1896 hasta 1900. Sin embargo fue en el año de 1949 en la Constitución cuando se estableció la casación nacional y se ordenó su aplicación como obligatoria de las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia. Y como en la mayoría de los territorios es al Congreso de la Nación en uso de las facultades otorgadas por la Constitución de Argentina a quien correspondió dictar los códigos de fondo, pero este reserva su aplicación a las diferentes provincias, lo que equivale decir que la legislación de fondo se uniforma, pero su aplicación va dirigida a los Tribunales locales, por ello en Argentina se consagra la diversidad de normas procesales.

⁷⁶ ABREU BURELI, Aurelio y otro “La casación Civil” pag. 115

⁷⁷ ABREU BURELI, Aurelio y otro Ob. Cit. pag. 116

⁷⁸ ABREU BURELI, Aurelio y otro “La casación Civil” pag. 120

La casación es entendida como un medio de impugnación y sus características son:

1. Su ámbito es limitado al examen de los errores de derecho;
2. Su carácter es público pero no diverso del que tiene el mismo derecho procesal
3. Corresponde a la Corte de casación juzgar ese recurso.
4. Guardan celosamente la independencia de las provincias en la aplicación de la ley.

Es importante manifestar que en la legislación de la Provincia de Buenos Aires se establece la existencia de dos recursos que son:

1. *El recurso extraordinario de nulidad*: Es aquel que se refiere a ciertos vicios formales, vinculados a la infracción de las formas establecidas por la Constitución para la sentencia.
2. *El recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal*: Procede por violación de ley o doctrina legal, sin distinguir entre ley sustancial o procesal.

El Recurso de Casación en Uruguay: Aparece la casación a partir del 8 de enero de 1979, pero en este país únicamente existe la casación en materia civil. Por ello es necesario resaltar que si la Corte casa la sentencia, esta resuelve en mérito, para lo cual se dictará una sentencia en lugar de anularla. Las principales características del recurso de Casación en Uruguay son:

- a. La casación es un recurso y no una acción autónoma.
- b. La interposición debe hacerlo la parte agraviada.
- c. Es un recurso extraordinario.
- d. Se admite solo en casos extremos;
- e. Procede únicamente de ciertas sentencias;
- f. Se basará su interposición en las causales taxativamente determinadas en la ley.
- g. La resolución del recurso concierne a la Corte Suprema de Justicia, la cual sólo reenvía cuando la casación se acuerda por razones de forma, y dicta la nueva sentencia cuando la casación se refiere al fondo.

El Recurso de Casación en Venezuela: En el año 1830, a raíz de la separación de Venezuela de la Gran Colombia, la Constitución instituyó la Corte Suprema de Justicia como cabeza de uno de los tres Poderes de la Nación, la misma que únicamente podría realizar lo siguiente:

1. Oír las dudas de mantenían los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley;
2. Consultar sobre ellas al Congreso por conducto del Poder Ejecutivo.

3. Conocimiento de los recursos de nulidad contra las sentencias definitivas dadas en última instancia por las Cortes Superiores

En la Ley del 31 de junio de 1876 se estableció el recurso de casación para mantener la unidad de la jurisprudencia nacional, este recurso nació bajo los siguientes parámetros:

1. Prohibición constitucional de inmiscuirse en los juicios que cursaban en los Tribunales de instancia.
2. Este recurso se instauraba contra todas las sentencias definitivas, y contra las interlocutorias con fuerza definitiva ejecutoriadas, cuyo fallo haya sido dictado en segunda o ulterior instancia,
3. No tenía efecto suspensivo de la ejecución del fallo, exceptuando el remate de bienes, el cual sólo se practicaba una vez desechado el recurso.

Con fecha 7 de mayo de 1881 se establecieron las siguientes reformas respecto a la casación:

- a. Se eliminó el requisito de la apelación del fallo exceptuando los juicios civiles cuya acción principal no excedía de 2.000 bolívares.
- b. Se estableció el efecto suspensivo que tiene el recurso hasta el presente.
- c. Sustituyó la ejecución por una cautela, para que no quedara ilusoria la ejecución de la sentencia.
- d. Se estableció la casación de instancia: Declarado con lugar el recurso, por ser la sentencia definitiva o interlocutoria contraria a la Ley expresa, la Corte decidirá en el mismo fallo sobre el punto discutido. Si se declarare con lugar el recurso por quebrantamiento de fórmulas o trámites esenciales del procedimiento, se repondrá la causa al estado en que se cometió la primera falta.

Actualmente las características del recurso de casación en Venezuela son:

1. No procede contra los fundamentos, o parte expositiva de la sentencia, sino contra la parte dispositiva de ellas cuando quebranta ley expresa.
2. Este Tribunal no puede entrar a examinar pruebas.
3. Se limita a reconocer si a los hechos establecidos en la sentencia, se ha aplicado bien el derecho.
4. Es un recurso Supremo y extraordinario.
5. Sirve para enmendar el abuso, exceso o agravio en las leyes,
6. Velará por la Uniformidad en la interpretación y en su aplicación.

El tratadista Alirio Abreu trae a colación lo que manifiesta la Corte de dicho país respecto al recurso de casación: *“El objeto principal de este Recurso de Casación en Venezuela es: Mantener a todos los Tribunales y Jueces en la estricta observancia de las leyes e impedir toda falsa aplicación de*

éstas y su errónea interpretación, a la par que uniformar la jurisprudencia"⁷⁹

2.3. Causales para interponer el Recurso de Casación en materia civil en el Ecuador.

Para desarrollar este punto, es necesario indicar que, el interponer el recurso ante la Corte Nacional de Justicia, implica que la controversia se entabla sobre la falsa aplicación, incompleta aplicación o incorrecta aplicación de una o varias normas jurídicas, por ello se dice que este recurso se basa estrictamente al análisis profundo del derecho, es decir su campo de acción es limitado, concreto y específico pues lo único que se verifica es, si en la sentencia existen violaciones a una o más disposiciones legales, cabe por ello reflexionar sobre las condiciones sustanciales del recurso de casación, pues sin causal este deviene en improcedente, conforme así se manifiesta en los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia actual Corte Nacional de Justicia *"...quien pretende atacar una providencia judicial mediante el recurso supremo y extraordinario de casación debe cumplir exactamente con los requisitos formales necesarios, es decir determinar a qué se refiere específicamente con la causal que señala. Por otra parte tampoco se cumple con el requisito de determinar en forma sucinta como la posible causal en relación a cada artículo mencionado, ha influido en la parte dispositiva de la sentencia"*⁸⁰

Con este preámbulo se puede indicar que la interposición del Recurso de Casación, versa única y exclusivamente bajo las causales previstas en la Ley de Casación vigente y ahora en el Código Orgánico General de Procesos, normas que contemplan únicamente cinco casos, basadas sobre errores sean estos in procedendo o errores in iudicando.

Al referirnos al error, el tratadista Humberto Bello manifiesta que es: *"la disconformidad de las ideas y representaciones con la naturaleza de las cosas, tratándose una apreciación falseada de lo que realmente ocurre, una falsa idea que se tiene de algo que no resulta tal cual como se cree o piensa; es la deformidad o disconformidad entre lo que se cree y lo que realmente es, entre lo pensado y lo real, todo lo que en materia de recursos puede considerarse como la disconformidad, o deformidad entre lo establecido en el proceso o en el acto sentencial y la realidad de lo debatido, entre el conocimiento, verificación y la verdad, lo que puede estar reflejado en los actos del proceso o en el propio acto de la sentencia, bien "en" la sentencia o "con" la sentencia, producto de las actividades de las partes y del órgano jurisdiccional, de manera que resulta permisible el análisis bifronte de los errores judicial, cuando estos son in procedendo o in iudicando"*⁸¹

⁷⁹ ABREU BURELI, Alirio, Ob. Cit. pag. 130

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 540 de 1997 RO No. 222 Suplemento, 24 de diciembre 24 de 1997, pag. 8

⁸¹ BELLO TABARES, Humberto Enrique III, "La Casación Civil propuesta para un Recurso Eficaz y Constitucional" pag. 90

Por tanto el error no es otra cosa que el defecto, la falla, o vicio que se puede presentar en uno u otro asunto, sin embargo si nos referimos al error en el campo jurídico respecto de una sentencia, podemos decir que es la falta de conciencia, o la voluntad de violar una norma expresa o jurisprudencia obligatoria. Estos errores pueden nacer de una sentencia emitida por un Juez que si bien es cierto se encuentra investido de la potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no es menos cierto también, que el Juez o Jueza es un ser humano, susceptible a incurrir en errores, los cuales dentro de la doctrina y jurisprudencia son conocidos como in judicando e in procedendo:

1. **IN JUDICANDO**: Son los yerros o errores en los cuales incurre el juez cuando al emitir una sentencia inobserva el secundum jus, en otras palabras su juzgamiento lo realiza sin sujeción a las disposiciones legales determinadas para cada caso, lo cual conlleva a que se configure una injusticia, Según Miguel Macías Hurtado dice: *“Vicios de juzgamiento (errores in judicando) cuando el sentenciador declara en su fallo una voluntad que no es la que realmente contempla la ley”*⁸². Este vicio se produce según Galo García Feraud cuando: *“cuando se elige mal la norma, se utiliza una norma impertinente o se omite la aplicación de la norma pertinente o cuando se le atribuye a una determinada norma un significado o sentido realmente equivocado, allí se produce este error o vicio de juzgamiento que da oportunidad a la reclamación a través de la defensa del derecho objetivo, que se vincula o que lo relacionamos con una determinada relación o situación subjetiva”*⁸³

Estos yerros se pueden producir por:

- a. Una elección incorrecta de la norma sustancial, dejando de aplicar la norma correcta y conduciéndole a aplicar un texto normativo impertinente.
- b. Una elección correcta de la norma, pero le atribuye un sentido o alcance que no posee o diferente a la norma.

Este tipo de error de juicio o de yerro en la actividad intelectual del juzgador puede presentarse en cualquier etapa del proceso, lo cual conlleva a que la conclusión de la sentencia sea errada. Es así que el tratadista Humberto Murcia al respecto manifiesta *“Los errores de juicio o in judicando pueden ocurrir en cualquiera de las etapas de dicho proceso; es decir, en la premisa mayor, en la menor o en la conclusión así:*

⁸² MACÍAS HURTADO, Miguel “La Casación” Quito 1994, pag. 24

⁸³ GARCÍA FERAUD, Galo “La Casación” Quito- 1994 pag. 46

- *Premisa mayor: cuando el juez se equivoca sobre la validez o existencia, en el tiempo o en el espacio, de una norma jurídica; o cuando yerra al apreciar el contenido o el significado de esta.*
- *Premisa menor del silogismo, cuando no se acierta en la calificación o definición jurídica del caso concreto que ha de acogerse a la voluntad abstracta de legislador contenida en la norma elegida; o cuando se yerra al determinar la relación entre el caso particular concreto y la norma jurídica.*
- *Conclusión del silogismo, que en el caso de la sentencia es su parte resolutive o dispositiva, más que errores de derecho son generalmente yerros de razonamiento, por cuanto el juez desacierta al sacar de premisas correctas una conclusión de deducción que lógica y racionalmente no se ajusta a ellas”⁸⁴*

Al verificar estas tres premisas, podemos concluir lo siguiente:

1. PREMISA MAYOR: No es otra cosa que LA LEY (quaestio iuris) en este parámetro la equivocación se atribuye a:
 - a. La validez o existencia a una norma jurídica que no existe o no vale o no tiene vigencia en los momentos actuales.
 - b. A Dar un contenido o significado diferente a lo que establece la norma jurídica que deba ser aplicada.

Lo cual significa el desconocimiento de la voluntad actual y abstracta del ordenamiento jurídico.
2. PREMISA MENOR: Es la materia de estudio, el HECHO (quaestio facti, factum) la descripción, apreciación valorada y calificada de los hechos y se puede presentar por falla en la calificación o definición jurídica que se presenta cuando al tratar de analizar una determinada situación jurídica, le damos una interpretación o significación que no corresponde a esa situación fijada o fáctica sobre la cual se debe emitir un fallo.
3. CONCLUSIÓN: No es otra cosa que la parte resolutive de la sentencia, surge a consecuencia de las dos premisas antes descritas, en si es la decisión final al que llego el juez sobre un hecho, se presenta por un error de lógica o de razonamiento.

Es necesario aclarar que el error para ser sujeto de recurso de casación, tiene que encontrarse o reflejarse en la parte dispositiva de la sentencia o auto así lo prevé la ley, sin embargo con la finalidad de determinar a que nos referimos con parte

⁸⁴ MURCIA BALLEEN, Humberto, ob. Cit, pag. 268-269

dispositiva de la sentencia es considerable estudiar que es la sentencia y cuáles son sus partes, para lo cual el Art. 269 del Código de Procedimiento Civil es: “La decisión de la jueza o el juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio.” Y Art. 88 del Código Orgánico General de Procesos “*La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso*”, para el Tratadista Luis Tolosa es “*la medida o norma dictada por el órgano jurisdiccional del Estado, para resolver un conflicto, mediante la aplicación de una regla jurídica o del derecho, por la cual se decide sobre el objeto del proceso, y se culmina una instancia, bien sea en única, primera o segunda instancia o poniendo fin a proceso por virtud de un recurso extraordinario o excepcional*”⁸⁵

Por lo tanto, podemos decir que la sentencia es el medio por el cual el Juez en merito a la lógica jurídica, de la valoración de la prueba, y del cumplimiento de la normativa legal y jurisprudencia existente para cada caso, llega a emitir su fallo.

- **PARTES DE LA SENTENCIA:** En forma general la sentencia puede dividirse en tres partes que son:
 1. **RESULTADOS:** Considerada como, la descripción tanto de la exposición de los fundamentos de hechos constantes en la demanda como de las excepciones y pretensiones de la contestación a la demanda. Ya que sobre estos hechos se constituye el desarrollo del proceso.
 2. **CONSIDERANDOS:** Es el análisis y por ende argumentación que el Juez debe realizar y hacer constar en la sentencia, ya que sobre esta se sienta o se basa la parte resolutive.
 3. **PARTE DISPOSITIVA O RESOLUTIVA:** Es la parte donde el Juez plasma la materialización concreta de su decisión.

De lo anotado podemos colegir que el error in iudicando (in judicando), no es otra cosa que el mal proceder del juez quien basa su resolución en normas ajenas a la litis o a una mala exégesis de la norma citada.

2. **ERROR IN PROCEDENDO:** Estos son los llamados doctrinariamente como errores de procedimiento o de actividad, se presentan al realizar cada acto externo del proceso. Según el Doctor Macías al referirse a este error dice: “*vicios de actividad, cuando se infringen por acción u omisión las normas procesales*”⁸⁶; tratadista que tiene igual criterio es Galo García que manifiesta: “*errores de vicio o vicios in procedendo, cuando se producen una*

⁸⁵ TOLOSA VILLABONA, Luis Armando “Teoría y Técnica de la Casación” Bogotá Colombia 2008, pag. 123

⁸⁶ MACÍAS HURTADO, Miguel “La Casación” Quito 1994, pag. 24

causa trascendente e insanable de nulidad que influye en la decisión de la causa”⁸⁷. Este tipo de yerros, de acuerdo a lo manifestado por el tratadista Humberto Murcia, “han sido agrupados en tres clases, a saber:

- a. Los que atañen a la constitución de la relación jurídico-procesal, como son los defectos relacionados con los presupuestos sin los cuales esta no puede desarrollarse válidamente (incompetencia, falta de capacidad, falta de citación o emplazamientos, etc)
- b. Los errores relativos al anormal desenvolvimiento de la relación procesal, que pueden generarse en los mismos aspectos de los anteriores pero por causas sobrevinientes a la normal constitución del proceso, o por la infracción de una norma de procedimiento que es preciso acatar, so pena de nulidad; y,
- c. Decisoria del litigio, o sea aquellos que consisten en la violación de normas procedimentales que le imponen al juez un determinado comportamiento al proferir la sentencia. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se está ante una sentencia incongruente.”⁸⁸

Respecto al error in procedendo la Corte Suprema en el juicio No. 181-98, de fecha 24-VI-98, publicada en el R.O. 127, 10 de febrero de 1999, manifiesta: “CUARTO.- En resumen la resolución judicial debe ser respuesta a lo pedido por el demandante y a las defensas del demandado, no puede exceder esos límites y tampoco puede dejar sin resolver los precisos temas que fueron sometidos a su decisión, de tal modo que **si el Juez o el Tribunal A Quo falla en este sentido por fuera de lo pedido o condena a más de lo solicitado o deja sin resolución materias que le fueron sometidas oportuna y legalmente comete un yerro in procedendo y quebranta el principio de la congruencia de la sentencia** en virtud del cual el fallo debe ser una respuesta acompañada con cada una de las pretensiones deducidas y de las excepciones propuestas, por esta razón en doctrina esta Causal se llama CAUSAL POR INCONGRUENCIA GENÉRICA, porque consiste que el fallo no concuerda o no coincide con la solicitud de las partes, o sea en conclusión el fallo es INCONGRUENTE cuando decide sobre puntos ajenos a la controversia, esto es hay EXTRA PETITA; o cuando prevé más allá de lo pedido esto es ULTRA PETITA o cuando deja sin decidir algún punto de la demanda o de las excepciones esto es MÍNIMA PETITA.”⁸⁹

En palabras simples, el error in iudicando: Es el agravio por la emisión de una sentencia injusta, es decir vicio en el juicio; y, el error in procedendo: Es lo que en derecho conocemos como nulidad en el proceso, vicio en la actividad.

⁸⁷ GARCÍA FERAUD, Galo “La Casación” Quito- 1994 pag. 46

⁸⁸ MURCIA BALLEEN, Humberto, ob. Cit. Pag. 275

⁸⁹ www.fielweb.com – Ediciones Legales.

Distinguido que ha quedado lo referente a los errores o yerros que se pueden presentar en una sentencia, ahora conviene dilucidar a que se refieren los siguientes términos: “*Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*”:

a. **APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY:** Es someterse a lo expresado en la norma en forma obligatoria y uniforme a todos los casos, actuando bajo el principio de equidad y justicia, sin embargo al resolver basado en contra de lo establecido en la ley constituye indebida actuación o aplicación a la ley. En tal virtud, el vicio de aplicación indebida de las normas de derecho, se comete por el juez en el proceso intelectual de dictar sentencia, al equivocadamente atribuir una disposición legal -sustantiva, general, impersonal y abstracta, que regula una relación jurídica sustancial, un alcance que no tiene, utilizándola para declarar, reconocer o negar un derecho, en un caso particular, determinado y concreto, que es diferente a la relación sustancial del precepto y que por tanto no debió emplear.

b. **FALTA DE APLICACIÓN DE LA LEY:** Es aquella incurrida por los jueces que pese a existir la norma sea por desconocimiento o por el actuar intencionadamente la ignora o deja de usarla. En este punto, es preciso indicar que en caso de que no exista norma expresa respecto al caso a resolver, el juez con el fin de administrar justicia deberá basar su resolución en la norma con la cual se han juzgado casos análogos y no habiéndola se procederá conforme a los principios del derecho universal.

Además se debe considerar que cada norma viene de manera intrínseca apegada a uno o varios principios, los cuales deben ser analizados de manera conjunta para así poder administrar justicia correctamente, sobre este tema el tratadista Luis Cueva Carrión manifiesta: “*consideramos que el no aplicar los principios generales que emanan de una norma de derecho positivo equivale a no aplicarla o aplicarla a medias, pero, en todo caso se contraviene a lo expresamente estipulado por la ley y, si de hecho ocurre, será también causal de casación. Porque la norma no es una entidad abstracta así a secas; no, toda norma tiene un contenido que está constituido por uno o varios principios, de acción o de omisión; de tal manera que, no aplicarlos, equivale a no aplicar su contenido y, en consecuencia a no aplicarla o aplicarla en solo una parte y no en su integridad. Por lo tanto, por falta de aplicación de las normas de derecho positivo debemos entender tanto el hecho de no aplicarlas, como no aplicar sus principios generales que constituyen la esencia de ellas*”⁹⁰

⁹⁰ CUEVA CARRIÓN, Luis “La Casación en Materia Civil” Tomo I Ed. Ecuador – 1993 pag. 141

- c. **ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY:** Para recurrir a un fallo vía recurso de casación, no únicamente es por una falta de aplicación o la aplicación indebida de la o las normas legales, sino que también es motivo de casación, el interpretar de manera errónea una norma de derecho, es por ello que se cree meritorio analizar que se entiende por interpretación, es así que el diccionario de la Lengua española lo determina como: *“Explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad”*⁹¹

Consiste en la falta que incurre el juzgador al dar desacertadamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador, que utiliza para resolver la controversia judicial. Por lo tanto la interpretación no es otra cosa que, buscar la explicación de un contenido o texto cuya redacción se encuentra oscura e incomprensible.

Sin embargo para entender a qué se refiere la interpretación de la norma jurídica debemos referirnos a la definición que hace Guillermo Cabanellas en su diccionario elemental al indicar que la interpretación jurídica es *“la aclaración fundada de la letra y del espíritu de las normas legales, para conocer su verdadero sentido y determinar su alcance o eficiencia general o en un caso particular”*⁹²

En tal sentido al indicar la existencia de errónea interpretación, no precisamente nos referimos a la aplicación de la norma sino por el contrario estamos haciendo alusión al proceder técnico de cada juzgador, en el cual se involucra la lógica jurídica, conocimiento, alcance y eficiencia que coadyuva a obtener una comprensión completa de la verdad procesal que conlleve a la correcta administración de la justicia.

Conocidos entonces los términos usados en las causales determinadas en el art. 3 de la ley de casación, de manera profunda entramos al análisis integro de cada una de estas:

CAUSAL PRIMERA: “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”⁹³.

⁹¹ Diccionario de la lengua Española, pag. 75

⁹² CABANELLAS, Guillermo “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” tomo IV, Editorial Heliasta, Buenos Aires – 1989- pag. 472

⁹³ Ley de Casación, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo del 2004 – Corporación de Estudios y Publicaciones - Quito. 2012.

Al referirnos a esta causal traemos a colación lo manifestado por Jorge Zavala Egas que dice: *“Se trata de los típicos errores de juicio in iudicando en que **el juez aplica, en sentencia la norma indebida, deja de aplicar la debida o interpreta erróneamente el sentido de la correctamente escogida** ...”*⁹⁴. (las negritas me pertenecen).

Por tanto esta causal hace referencia al error in iudicando, cometido por el Juez, reflejando en la sentencia una o más violaciones a la norma del derecho o a la jurisprudencia obligatoria determinada para cada caso, lo que conlleva a emitir un fallo injusto, totalmente ajeno a derecho y en desmedro de la verdad. Conforme así manifiesta la Corte Suprema actual Corte Nacional en fallo de casación, Resolución No. 53-94, de fecha 26-I-95, publicada en el R.O. 635, de fecha 16-II-95 que dice: *“CUARTO: La Primera causal del Art. 3 de la Ley de Casación se refiere a errores o vicios in iudicando, esto es, cuando el juez de instancia elige mal la norma, utiliza una norma impertinente o cuando se le atribuye a una norma de derecho un significado equivocado. Lo que trata de proteger esta causal es la esencia y contenido de la norma de derecho que son las que constan en cualquier código o Ley vigente, incluido los precedentes jurisprudenciales. Recae sobre la pura aplicación del derecho. Si la sentencia viola conceptos de una Ley sustantiva o de fondo, hay error de juicio del juzgador, por eso, se llama violación directa de la Ley. La casación por esta causal enmienda los errores de derecho que los Jueces de Instancia cometen y que resultan determinantes en la parte dispositiva de la sentencia.”*⁹⁵

Esta causal encierra dos causales independientes y suficientes para ser eficaz el recurrir a este recurso, que son:

a) “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación” que va en contra de la Ley es decir a la norma expresa, la cual se produce cuando:

- 1) Tanto la falta de aplicación, la aplicación indebida o la errónea interpretación de las normas, consten en la sentencia de la cual se pretende recurrir, pues es únicamente en este momento en el cual un Juez puede infringir en uno o más de los tres presupuestos.
- 2) Tanto la falta de aplicación, la aplicación indebida o la errónea interpretación de las normas, hayan sido determinante de la parte dispositiva de la sentencia o Auto, es decir que el Juez haya errado en la conclusión.

⁹⁴ ZAVALA EGAS, Jorge ob. Cit. Pag 39

⁹⁵www.fielweb.com – Ediciones Legales.

b) “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación” que va en contra de los precedentes jurisprudenciales obligatorios desarrollada por los jueces de Casación.-Está a diferencia de la antes estudiada, la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación nace de los PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES OBLIGATORIOS, para ello es necesario indicar que precedente jurisprudencial obligatorio es la triple reiteración de un fallo de casación siendo este vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Nacional, conforme así lo indica el Art. 19 de la Ley de Casación. lo cual tiene concordancia con lo manifestado por la Corte Suprema actual Corte Nacional en la resolución emitida en el juicio No. 296-98, publicada en el R.O. 318, de fecha 15 de mayo de 1998 en su parte pertinente dice: *“SEXTO.- ... c) En efecto, a partir de la vigencia de la Ley de Casación, esto es, desde el 18 de mayo de 1993, los fallos de casación constituyen precedentes, y la triple reiteración de los mismos constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes. Esto significa que si se trata de uno o dos fallos de casación, la parte puede invocar como fundamento de su acción o de su excepción, y el juzgador de instancia está en el deber de considerar esta alegación como fundamentos de la pretensión del actor o del demandado, y deberá referirse en su resolución al fallo invocado, no necesariamente para aceptarlo, porque puede estar en desacuerdo, pero ha de argumentar debidamente sea para admitir o para rechazar el criterio expresado por esta Corte Suprema en el fallo invocado como precedente, y si no es objeto de la consideración por el juzgador de instancia, la parte que invocó el precedente desatendido podría proponer recurso de casación invocando la cuarta causal del artículo 3, ya que el fallo será diminuto por no haber resuelto en el mismo todos los puntos de la litis. En cambio, si hay tres o más fallos de casación concordantes el juzgador de instancia está en el deber de interpretar y aplicar la ley al tenor de lo que aparezca de tales fallos, ya que los mismos son vinculantes para tales efectos, y si no interpreta o aplica la ley de conformidad con estos precedentes jurisprudenciales obligatorios, la parte que sufre el agravio puede interponer recurso de casación”⁹⁶.*

La jurisprudencia se clasifica en:

Jurisprudencia Obligatoria: Es aquella que la Ley de Casación así como el Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 182 dice: *“Precedentes jurisprudenciales.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un*

⁹⁶www.fielweb.com – Ediciones Legales

*precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.”*⁹⁷. Es decir se trata de aquellos que en mérito de la ley se han instituido como precedentes jurisprudenciales de cumplimiento obligatorio.

Jurisprudencia no Obligatoria: sin embargo existe también la jurisprudencia no obligatoria que conforme lo determina el tratadista Luis Cueva es aquella que: *“Esta constituida por la serie de fallos uniformes que pronuncia un tribunal sobre un mismo asunto jurídico; tiene el carácter de jurisprudencia indicativa; es decir, señala simplemente la forma de proceder en una caso similar, pero no obliga al juzgador, de tal manera que queda a su arbitrio pronunciar su fallo conforme al criterio jurisprudencial o contra este”*⁹⁸. Por tanto son aquellas que si bien son emitidas por la Corte Nacional de Justicia estas no han sido calificadas como fallos de triple reiteración sino que únicamente tienen el carácter de uniformes y no tienen el carácter de obligatorios.

El estudio de esta causal ha conllevado a deducir que procede en los siguientes casos:

1. Si el juez da por vigente una norma que no existe, sea porque no se ha tipificado o porque fue derogada con antelación, lo que equivale decir, que yerra en cuanto a la validez de la norma, recayendo en error de juicio, pues se evidencia la contravención a la norma jurídica por aplicación indebida.
2. Cuando el juez pese a seleccionar de forma correcta la norma en cuanto a su vigencia, le da un significado distinto del que le corresponde, aplicándolo a una situación no ajena a la que se ventila, cometiendo un evidente error de interpretación viabilizando así la casación.
3. Cuando el juzgador no alcanza a valorar el hecho correctamente y subsumirlo en la norma que le toca, y lo hace en otra como, por ejemplo, si el juez determina como contrato de compraventa, tratándose de una donación. Aquí también hay indebida aplicación de la norma, pero, al mismo tiempo, falta de aplicación de la norma debida.

⁹⁷ Código Orgánico de la Función Judicial Art. 182

⁹⁸ CUEVA CARRIÓN, Luis Ob. Cit. pag. 158 - 159

Por tanto es obligación de la parte recurrente que al basar su recurso en la causal primera, proceda a fundamentar atacando a las normas jurídicas de derecho o jurisprudencia obligatoria violada, a fin de demostrar al Tribunal de Casación lo siguiente:

- a. Que la infracción de la norma o jurisprudencia ha sido determinante de su parte dispositiva;
- b. Individualizar el vicio recaído en cada una de las normas legales que considera infringidas, para demostrar este punto el recurrente deberá considerar que los vicios por su naturaleza son excluyentes, pues no puede presentarse indebida aplicación o errónea interpretación y al mismo tiempo falta de aplicación de una misma norma, pues estos son criterios diferentes, ya que cada uno de ellos proceden de fuentes distintas.

Al respecto la Corte Nacional en la Resolución No. 47-2002, de fecha 18-II-2002, publicada en el R.O. 569, de fecha 6-V-2002 que dice: *"PRIMERO.- El recurrente, en su escrito de interposición del recurso de casación manifiesta: "2.- La causal que invoco en el recurso de casación, es la establecida en la 1ra. del Art. 3 de la Ley de Casación, pues, existe Aplicación indebida o errónea interpretación de normas de derecho que se indican en la sentencia...". ... La fundamentación del recurso por la parte demandada, no satisface los requerimientos de la Ley de Casación, pues el recurrente indica conjuntamente dos vicios de la causal primera, invocada como fundamento de su recurso, situación que no puede darse ya que, son vicios distintos, diferentes y excluyentes entre sí, esto es, son independientes y autónomos..."*⁹⁹

CAUSAL SEGUNDA: "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."¹⁰⁰.

Para esta causal se requiere que el recurrente indique o ponga de manifestó a la Corte en su escrito de casación las normas procesales que han viciado el proceso de nulidad insanable o que le haya provocado tal estado de indefensión que haya conllevado ha imposibilitar el derecho a la defensa, por ello es preciso que el recurrente analice si la sentencia a ser recurrida en base a esta causal segunda origine lo siguiente:

- a) Violación que produzca nulidad insanable o indefensión

⁹⁹www.fielweb.com – Ediciones Legales

¹⁰⁰ Ley de Casación, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo del 2004 – Corporación de Estudios y Publicaciones - Quito. 2012.

- b) Que dicha nulidad debe haber influido en la decisión de la causa
- c) Que la nulidad no hubiere sido convalidada legalmente

El estudio de la causal segunda la desglosamos para un mejor entender en tres considerandos:

PRIMERO: Violación a las normas procesales, es decir violación al derecho adjetivo que según el tratadista Luis Tolosa es: *“el conjunto de normas de actividad para el juez y las partes para el reconocimiento, tutela y eficacia de los derechos subjetivos consagrados en la ley material”*¹⁰¹, así mismo para el Dr. Hernando Morales es: *“la que establece la cosa juzgada, la obligación de declarar probadas oficiosamente las excepciones impropias en los procesos declarativos, son normas sustanciales cuya transgresión origina recurso de casación por error in iudicando”*¹⁰². Por tanto al referirnos a violación a las leyes procesales como su nombre lo vislumbra estamos hablando de que el juez en su sentencia viola aquellas normas que ayudan al desarrollo del proceso, es decir el trámite en una u otra causa.

SEGUNDO: Que el proceso de nulidad insanable se encuentre viciado: Para referirme a este punto es importante determinar en qué consiste la Nulidad Insanable a que hace referencia esta causal, para lo cual transcribo lo manifestado por el tratadista Luis Cueva en su Obra Casación en Materia Civil en la que dice *“la nulidad insanable es aquella que vicia al proceso de nulidad que no la puede remediar, que causa imposibilidad de convalidar el proceso ya por el juez o por el tribunal y cuya única forma de solucionar la injusticia cometida es solamente a través del recurso de casación”*¹⁰³.

Hay que acotar que este tipo de nulidad no existe dentro de nuestra legislación de manera expresa, sin embargo se relaciona con la nulidad por omisión de solemnidades sustanciales y por violación de trámite al respecto de manera pormenorizada digo:

- **NULIDAD POR OMISIÓN DE SOLEMNIDADES SUSTANCIALES.-** Me permito transcribir lo manifestado en el Art. 344 del Código de Procedimiento Civil que dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código”, ahora bien si hablamos de solemnidades sustanciales estas se dividen en dos que son:

¹⁰¹ TOLOSA VILLABONA, Luis Armando, Ob. Cit. Pag. 342

¹⁰² TOLOSA VILLABONA, Luis Armando, Ob. Cit. Pag. 343

¹⁰³ CUEVA CARRION, Luis Ob. Cit. pag. 161

A. Las comunes a todos los juicios determinadas en el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil las mismas que siguen contemplándose en el Art. 107 del Código Orgánico General de procesos y estas son:

1. *“Jurisdicción de quien conoce el juicio;*
2. *Competencia de la jueza o el juez o tribunal, en el juicio que se ventila;*
3. *Legitimidad de personería;*
4. *Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente;*
5. *Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término;*
6. *Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y,*
7. *Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe”*¹⁰⁴

B. Las específicas para cada trámite las cuales se determinan en los Arts. 347 y 348 del Código de Procedimiento Civil y estas son:

I. En el juicio ejecutivo, son solemnidades sustanciales:

1. Haberse aparejado a la demanda título ejecutivo; y,
2. Sustanciar las excepciones que se propongan dentro del respectivo término.

II. Las solemnidades sustanciales, en el juicio de concurso de acreedores, son:

1. Haber concurrido, para dictar el auto de formación de concurso, los requisitos determinados en este Código; y,
2. Citar, en la forma legal, a los acreedores, para la primera junta.

Conforme lo determina el Art. 352 del Código Adjetivo Civil y Art. 111 del Código Orgánico General de Procesos determina que: *“Para que se declare la nulidad por la omisión de cualquiera otra solemnidad sustancial, deben concurrir las dos circunstancias siguientes:*

1. *Que la omisión pueda influir en la decisión de la causa; y,*
2. *Que se haya alegado la nulidad, en la respectiva instancia, por alguna de las partes”*¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Código de Procedimiento Civil, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005 – Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito – 2012, Art. 346

¹⁰⁵ Código de Procedimiento Civil, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005 – Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito – 2012, Art. 352

Además el Art. 112 del Código Orgánico General de Procesos determina:
“Nulidad de sentencia. *La sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula en los siguientes casos:*

- 1. Por falta de jurisdicción o competencia de la o del juzgador que la dictó, salvo que estas se hayan planteado y resuelto como excepciones previas.*
- 2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, salvo que esta se haya planteado y resuelto como excepción previa.*
- 3. Por no haberse citado con la demanda a la o el demandado si este no compareció al proceso.*
- 4. Por no haberse notificado a las partes la convocatoria a las audiencias o la sentencia, siempre y cuando la parte no haya comparecido a la respectiva audiencia o no se haya interpuesto recurso alguno a la sentencia..”.*

- **NULIDAD POR VIOLACIÓN AL TRAMITE.-** Al respecto la Primera Sala en auto de fecha 20 de junio de 1989 manifiesta: “Con respecto al presente caso se ha violado el trámite correspondiente a la naturaleza del asunto porque no se ha cumplido con lo que ordena el artículo 682 (actual 671) del Código de procedimiento Civil, omisión que anula el proceso, puesto que influye en la decisión de la causa”, lo cual tiene relación con lo determinado en el Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil que determina “*La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Arts. 355, 356 y 357*”¹⁰⁶

TERCERA: Existencia de indefensión.- Para lo cual es necesario entender primero que es la indefensión, la cual según Guillermo Cabanellas es “*Falta de defensa, actual o permanente. Desamparo, carencia de protección. Situación de la parte a quien se niega en forma total o se regatean los medios procesales de defensa, de modo especial, el de ser oída por el juzgador y el de patrocinio por letrado*”, además de dicho criterio el tratadista Cueva Carrión Luis, respecto a este tema manifiesta “*la indefensión es un estado de desventaja jurídica en que se ubica a las partes que intervienen en el proceso con ocasión de la injusticia cometida por el juez dentro del juicio*”¹⁰⁷

Al respecto la Constitución del Ecuador dice: “Art. 75.- *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión*”.

¹⁰⁶Código de Procedimiento Civil, Ob. Cit. Art. 1014

¹⁰⁷ CUEVA CARRION, Ob. Cit. pag. 163

Esta causal segunda desemboca en un error in procedendo (de actividad), se refiere exclusivamente a que la violación de la norma procesal es decir de la norma adjetiva sea ocasionada por error en la Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación que conlleva a una violación del proceso o a dejar sin defensa a una de las partes procesales, la cual en uso de sus facultades y una vez agotadas las etapas procesales establecidas, se podrá interponer el recurso de casación con el fin de que sea subsanado el error perpetrado por el juez ad-quem. Ante ello me permito recoger lo manifestado por la Corte de Casación en Resolución No. 20, de fecha 26-IV-96 publicada en el R.O. 41, 7-X-96: *"CUARTO.- La causal invocada se fundamenta en la violación de la Ley adjetiva que produce nulidad insanable o indefensión. Para los efectos de casación, la resolución está viciada por error in procedendo en los siguientes casos: cuando el órgano jurisdiccional carece de jurisdicción o competencia, cuando los litigantes no tienen capacidad jurídica y procesal, cuando, en fin, se hubiere dejado de convocar de modo que se posibilite el ejercicio válido de los actos procesales, lo cual a la vez ocasiona una indefensión que haga ineficaz la resolución. ..."*¹⁰⁸

CAUSAL TERCERA: "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"¹⁰⁹.

El tratadista Jorge Zavala Egas respecto a esta causal dice *"esta causal tiende más bien a subsanar el error de juicio en las normas de derecho que obligan al juez a valorar con determinado alcance la prueba sobre los hechos introducida al proceso, otorgándole, aquel, otro diferente contra ley expresa. Obsérvese que se trata de error en la apreciación de la norma jurídica de valoración. Pero no solo basta que exista ese error, sino, además que este haya servido necesariamente de medio para que en la sentencia se haya inaplicado o mal aplicado normas jurídicas sustantivas"*¹¹⁰

La violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, se presentaran conforme lo determina la norma en uno o los dos parámetros que a continuación se detallan:

1. Siempre que haya conducido a una equivocada aplicación

¹⁰⁸ www.fielweb.com – Ediciones Legales

¹⁰⁹ Ley de Casación, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo del 2004 – Corporación de Estudios y Publicaciones - Quito. 2012.

¹¹⁰ ZAVALA EGAS, Jorge Ob. Cit. Pag. 40

2. Siempre que haya conducido a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto.

Esta violación o error se produce al momento de expedir el fallo, ya que es durante la redacción de la sentencia cuando el juez desestima normativa expresa respecto hechos que dentro del proceso se encuentran probados o no, es decir en este momento el juez desatiende o desvía la aplicación de normas jurídicas sustanciales.

En si esta es una violación a la norma jurídica que conlleva a la valoración de la prueba y de los hechos, por ello, es considerable que para la procedencia de esta causal debe existir legislación positiva sobre el valor de determinada prueba; pues según fallos emitidos por la Corte actualmente Nacional en resoluciones como la No. 101-95, de fecha 26-VII-95 R.O. E.E. 4, dice: "**PRIMERO.- Los accionantes fundamentan el recurso de casación en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, manifestando "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba ... SEGUNDO.- Es de advertir que la causal invocada por los recurrentes, trata los típicos errores de juicio in iudicando en que el juez aplica la norma indebida que obligan al juez a valorar la prueba sobre los hechos introducidos al proceso, otorgándose, aquél, otro diferente contra ley expresa; por lo tanto esta causal involucra el error en la apreciación de la norma jurídica de valoración y presupone expresas normas legales que la regulan, ya que la objetividad de la prueba, el criterio que el juez establece de su análisis, su grado presuntivo, no es materia de observación ni puede ser alterado por la Sala ..."**¹¹¹ (las negritas y cursivas me pertenecen). Lo que equivale decir que la observancia del juez frente a la prueba, no va a ser atendida en la casación, sino todo lo contrario al recurrente corresponde realizar su fundamentación de forma precisa, inequívoca, amparada en derecho, cumpliendo no solo los requisitos fijados en el Art. 6 de la Ley de Casación, sino también incluirá los siguientes:

1. Identificar en forma precisa (enunciarlo) el medio de prueba que ha sido erróneamente valorado en la sentencia.
2. Señalar con precisión la norma procesal sobre valoración de la prueba que ha sido violada.
3. Demostrar lógica y jurídicamente en qué forma o como ha sido violada la norma.
4. Identificar la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no ha sido aplicada por la vía o consecuencia del yerro en la valoración probatoria.

¹¹¹www.fielweb.com – Ediciones Legales

Requisitos estos que desembocaran a que la valoración de la prueba, practicada por quien se encuentra investido de jurisdicción y competencia es decir quién tiene la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sea valorada de manera correcta basada primordialmente en el marco jurídico pues ahí es en donde nace el modo, el tiempo, el lugar y la forma en la cual se deberá valorar todas las pruebas, de forma imparcial se conforme a lo determinado en el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil que establece *“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 existencia o validez de ciertos actos. La jueza o el juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas”*¹¹² lo cual tiene similitud con lo determinado por el nuevo Código Orgánico General de Procesos en su Art. 164.

Esta valoración de prueba dentro de la doctrina tiene dos sistemas que los detallo a continuación:

- a) El Sistema Legal: No es otra cosa que el apreciar o dar valor a la prueba aportada por las partes, bajo estricto mandato legal, sin posibilidad de extenderse sino únicamente regirse bajo las pautas previamente previstas en la ley.
- b) La Sana Crítica: El Tratadista Devis Echandía, nos enseña: *“Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de un contenido”*¹¹³ criterio que se relaciona con lo manifestado por Guillermo Cabanellas en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual quien dice: *“Sana crítica: Fórmula equilibrada armonía entre la libertad de criterio y la necesidad de fundarse en la experiencia y en la razón a que entrega el legislador español, ante los riesgos de la prueba tasada, la apreciación de probanzas judiciales; salvo aquellos supuestos (presunciones ‘juris et de jure’, prohibición probatoria o eficacia del juramento) en que el Juez no puede modificar la situación establecida o creada. Aunque la ambigüedad de la sana crítica pueda objetarse, no es sino consecuencia de las facultades flexibles que entraña”*¹¹⁴, lo cual guarda relación con lo que expresa Ospina Osorio y Florit al indicar que, *“frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar las pruebas, y también frente a la valoración restrictiva de la prueba legal, surge el sistema intermedio y más extendido de la sana crítica, que deja al Juez formar libremente su convicción, pero obligándolo a establecer los fundamentos de ésta. En la libre convicción entra en juego la conciencia en la apreciación de los hechos; en la sana crítica, el juicio razonado”*

¹¹² Código de Procedimiento Civil, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005 – Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito – 2012, Art. 115

¹¹³ ECHANDIA, Devis: Teoría General de la Prueba, Tomo 1.- pag. 287

¹¹⁴ CABANELLAS, Guillermo

La causal tercera contiene lo que en doctrina se denomina violación indirecta, así lo dice el autor Santiago Andrade Ubidia, cuando expresa: “...que permite casar el fallo cuando el mismo incurre en error al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; el recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de **derecho** en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación del error de **hecho** en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado **sistema de casación puro**...(…) En el caso de la causal tercera, la configuración de la llamada “proposición jurídica completa”, en el supuesto de la violación indirecta, requiere que se señale: a) La norma relativa a la valoración de la prueba que ha sido inaplicada, indebidamente aplicada o erróneamente interpretada; y, b) La norma de derecho sustantivo que, como consecuencia del vicio en la aplicación de la norma de valoración de la prueba, ha sido equivocadamente aplicada o inaplicada.”

115

De lo dicho por el tratadista para integrar la proposición jurídica completa requerida en esta causal, se debe indicar lo siguiente:

a) Señalar la o las normas relativas a la valoración de la prueba que la Corte Provincial ha infringido sea por aplicación indebida, omisión en la aplicación o interpretación errónea, en aquellos casos en los cuales el sistema de derecho positivo establece como el sistema de prueba tasada; y, además se deberá citar los principios violados de la sana crítica en los casos en los cuales se aplica la misma; y,

b) Señalar las normas sustantivas infringidas sea por aplicación indebida, omisión en la aplicación o interpretación errónea, como consecuencia del yerro en las normas y principios reguladores de la prueba, requisito indispensable para la integración de la proposición jurídica completa y para la procedencia del cargo al amparo de la causal tercera.

De lo ya explicado y analizado en las causales antes enunciadas podemos junto a esta establecer que los yerrores en la sentencia por los cuales procede el recurso de casación, son:

1. Aplicación indebida o por falta de aplicación o por errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba;
2. Por equivocada aplicación o por no aplicación de normas de derecho.

¹¹⁵ ANDRADE UBIDIA, Santiago “La Casación Civil en el Ecuador” Andrade y Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, pp. 150 y 202.

De tal modo que, para la procedencia del recurso por la causal tercera de casación, es indispensable la concurrencia de dos infracciones sucesivas: violación de los preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba; y, la violación de normas de derecho producida como consecuencia de lo anterior, con la precisión en cada caso del precepto o norma infringidos. Al respecto los fallos de Casación dicen:

- Resolución No. 7-2002, de fecha 14-I-2002 publicada en el R.O. 536, 18-III-2002:
*"PRIMERA.- ... la causal 3a. del Art. 3, fundamento del recurso, ... está dirigida a regular la interpretación y aplicación de la ley relacionada con la prueba en la apreciación de los hechos sujetos a juicio que deben ser comprobados con arreglo a la ley y a los medios probatorios establecidos. Al respecto la jurisprudencia sostiene que : "En esta causal debe explicarse en qué consiste individualmente cada prueba mal apreciada o dejada de apreciar o explicando cuál es la que se dio por existente sin que obrara del proceso, comentándola además en conjunto y en relación con las demás pruebas y que ese error ha repercutido en la decisión del Juez o Tribunal, pues si el error existe, pero el Juez o Tribunal no basó en el su decisión resulta intrascendente y por tal no procede la excepción"*¹¹⁶.
- Resolución No. 83-99, de fecha 11-II-99, publicada en el R.O. 159, de fecha 30-III-99 dice **"TERCERO.- Esta causal tiende más bien a subsanar el error de juicio en las normas de derecho que obligan al juez a valorar con determinado alcance la prueba sobre los hechos introducida al proceso, otorgándose, aquél, otro diferente contra ley expresa. Obsérvese que se trata de error en la apreciación de la norma jurídica de valoración. Pero no sólo basta que exista ese error, sino además que éste haya servido necesariamente de medio para que en la sentencia se haya inaplicado o mal aplicado normas jurídicas sustantivas. Se trata de dos errores de derecho concatenados en un vínculo de medio a fin. Se trata, como se comprenderá, de un típico error in judicando, pues no se ha violado ninguna norma que regule la forma externa del proceso, sino normas que el juez debe aplicar al momento de su juicio que es, en definitiva, cuando expide el fallo. ..., (...)aquí se trata de la existencia de error en el campo normativo de la prueba que conduce a la equivocada aplicación de normas sustantivas. Es una violación directa de la norma jurídica que impele a valorar la prueba de los hechos en una forma distinta a la que ha efectuado el juez, la misma que guía al juez a la violación, ya no directa, mas sí indirecta, de la norma sustancial. (...) Se trata, en definitiva, de demostrar por parte del recurrente, dice el Magistrado Murcia Ballén, "que frente a determinadas pruebas el juez no las apreció, o las apreció erróneamente". 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. Ese es el verdadero**

¹¹⁶www.fielweb.com – Ediciones Legales

*alcance de la causal tercera. ... (...) **Es decir, habría error en la aplicación o interpretación de las normas jurídicas referentes a la valoración de la prueba, siempre que el juez otorgue a un medio de prueba un valor que la ley niega o que niegue valor probatorio a lo que la ley sí otorga y cuando yerra en la interpretación de las normas positivas que regulan la admisibilidad, pertinencia y eficacia de los medios de prueba***¹¹⁷. "

Respecto a la valoración de la prueba que conlleve a causal de casación, Jorge Zavala Egas manifiesta que se pueden presentar los siguientes casos:

1. *"Cuando valora las pruebas que han sido introducidas al proceso sin los requisitos legales necesarios para ello, por ejemplo, luego de concluido el término de prueba. En este caso, simplemente, no hay prueba legalmente producida y, en consecuencia, es procesalmente inexistente (art. 121CPC)*
2. *A la inversa, cuando el juez considera ilegalmente actuada una prueba y la desecha no obstante haber sido legalmente introducida al proceso. (art. 119 cpc)*
3. *Cuando el juez valora una prueba que la ley prohíbe en forma expresa, por ejemplo. Valora la prueba testimonial de un extranjero que ignora el idioma castellano introducida por un intérprete que es menor de edad (art. 270)*
4. *Cuando la ley requiere de un medio probatorio específico para la demostración de un hecho y el juez acepta otro que no está previsto, como es el caso de la prueba del estado civil de casado, divorciado, viudo, padre adoptante o adoptado que se debe aprobar con las respectivas copias tomadas del Registro Civil (art. 718 cpc)*¹¹⁸

CAUSAL CUARTA: "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"¹¹⁹.

En esta causal se refleja un error in procedendo, pues al amparo de la ley y la doctrina toda sentencia o auto deberá contener en su parte resolutive de forma expresa, positiva y precisa la decisión de quien imparte justicia es decir del Juez, decisión de la causa que debe reflejar las pretensiones deducidas por las partes tanto en el libelo de demanda, como a las excepciones constantes en la contestación a la demanda, así como a la sujeción estricta de la ley, de modo que cuando existe diferencia entre lo decidido y lo controvertido, sea esto reflejando más de lo solicitado, menos de lo solicitado o diferente a lo solicitado se produce el vicio in procedendo lo que da lugar a la procedencia del recurso de casación. Respecto a este

¹¹⁷ www.fielweb.com

¹¹⁸ ZAVALA EGAS, Jorge Ob. Cit. Pag. 41

¹¹⁹ Ley de Casación, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo del 2004 – Corporación de Estudios y Publicaciones - Quito. 2012. Art. 3

tema de manera concreta Humberto Bello dice: *“El juez debe resolver solo lo pedido y todo lo pedido”*.¹²⁰

Es importante resaltar que la normativa existente en nuestro país respecto a los jueces, limitan sus facultades al estricto cumplimiento de la ley es así que el Código de Procedimiento Civil dice: Art. 273.- *“La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella.”*¹²¹, Art. 92 del Código Orgánico General de Procesos *“La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes”*, Art. 92 del Código Orgánico General de Procesos *“Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso”*.y Art. 274.-*“En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal”*¹²². Disposiciones que concuerdan con lo establecido en la Carta Magna que dispone Art. 172.- *“Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”*¹²³.

De lo descrito se concluye que los jueces jamás deberán proceder fuera de lo trabado en la litis, ante lo cual me permito recoger el criterio de Cuenca mencionado por Abreu Bureli que dice *“(...) significa que la sentencia no debe contener implícitos ni sobreentendidos; positiva, que sea cierta, efectiva y verdadera, sin dejar cuestiones pendientes, y precisa, sin lugar a dudas, incertidumbres, insuficiencias, oscuridades ni ambigüedades”*¹²⁴

Para que la parte perjudicada base su recurso de casación en esta causal cuarta debe considerar en primer orden determinar dentro de la sentencia en donde se encuentra el error de procedimiento es decir si en la sentencia se presenta una de las siguientes violaciones:

¹²⁰ BELLO TABARES, Humberto *“La Casación Civil”* Caracas- Venezuela – 2010 pag. 517

¹²¹ Código de Procedimiento Civil, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005 – Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito – 2012, Art. 273

¹²² Código de Procedimiento Civil, Ob. Cit., Art. 274

¹²³ Constitución del Ecuador - Asamblea Nacional -Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 172

¹²⁴ ABREU BURELI, Alirio y otro. Ob. Cit. Pag. 344

1. **ULTRAPETITIA:** Significa más allá de lo pedido. *“La ultrapetita es el vicio de la sentencia que consiste, en haber declarado el derecho de las partes más allá de lo que ha sido objeto de la pretensión o litigio”*¹²⁵. Al respecto Guillermo Cabanellas manifiesta: *“El fallo en que un juez o tribunal concede a la parte más de lo por ella pedido; como la propiedad en lugar de la posesión, o los intereses sobre el reclamado capital tan solo”*¹²⁶.
2. **EXTRAPEPITA:** Significa dar algo diferente a lo pedido *“se incurre cuando la sentencia decide sobre pretensiones no formuladas por el demandante en su demanda, ni en oportunidad posterior; o sobre excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas”*¹²⁷
3. **CITRAPETITA:** Cuando se deja de resolver sobre algo pedido u excepcionado. *“llamada también mínima petitia en la cual incurre el juez cuando, al dictar su sentencia, omite decidir sobre algunas de las peticiones o de las excepciones invocadas; es decir, cuando se falla con defecto de poder, y por eso a la sentencia, en tal supuesto, se la califica de fallo parcial o diminuto”*¹²⁸.

Recalquemos entonces que al verificarse cualquiera de los vicios establecidos en líneas anteriores dentro de una sentencia, significa que el Juez de la causa, se extralimitó en sus funciones y por ende esta violación será sometida al recurso de casación.

Según Alirio Abreu Burelli respecto al tema dice *“la diferencia entre los vicios al señalar que la ultrapetita y las extrapetita son vicios en los cuales puede incurrir el sentenciador al apartarse de la pretensión, dando más de lo demandado o algo diferente a lo pedido, mas no podrá incurrir el juzgado en ultrapetita respecto a las alegaciones del demandado, ya que en este caso el vicio seria la incongruencia”*¹²⁹

Ejemplos clásicos de este tipo: Se produce cuando el Juez sin haber solicitado las partes, condena al pago de costas procesales; Cuando se fija honorarios sin siquiera haberlos pretendido. Para poder coadyuvar a una mayor claridad respecto a esta causal me permito considerar la siguiente Jurisprudencia:

- *Resolución No. 244, de fecha 10-VII-96, publicada en el R.O. 33, 25-IX-96: “QUINTO.- La causal cuarta del Art. 3o. de la citada Ley consiste en la “resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuere materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis”. Los excesos o defectos de poder del juez en el ejercicio de la jurisdicción (sic) ‘ultra*

¹²⁵ ABREU BURELI, Alirio y otro. Ob. Cit. Pag. 356

¹²⁶ CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit. Pag. 319

¹²⁷ MURCIA BALLEEN, Humberto, “Recurso de casación Civil” Bogota- Colombia 2005 pag. 507

¹²⁸ MURCIA BALLEEN, Humberto, “Recurso de casación Civil” Bogota- Colombia 2005 pag. 507

¹²⁹ ABREU BURELLI, Alirio, Ob. Cit. Pag. 325 y 326

petita” cuando al resolver concede más de lo que se le pide; “extra petita” cuando resuelve sobre asuntos o hechos que no pertenecen a la materia del litigio, según ésta quedó constituida al quedar trabada la litis, y “citra petita”, por omisión de resolver todos los puntos de la litis. Cualquiera de estos extremos deben darse en la sentencia o auto para que se configure esta causal de casación. ...”¹³⁰.

- *Sentencia de la sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte nacional de Justicia de 16 de mayo del 2011, caso No. 476-2012 manifiesta: “3.2.- (...) la cuarta que configura el vicio de inconsonancia o incongruencia entre la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones deducidas, que puede producirse por las siguientes formas: 1) cuando se otorga más de lo pedido (ultrapetita); 2) cuando se otorga algo distinto de lo pedido (extrapetita); 3) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita); 4) Cuando se resuelve menos de lo pedido (mínima petita); causal que no ha sido invocada por los recurrentes.- Es necesario anotar que en el recurso de casación debe existir absoluta sindéresis entre la causal que se invoca y los argumentos que se esgrimen al fundamentar el recurso.- En materia de casación, cada una de las causales previstas en el Art. 3 de la Ley de la materia son autónomas e independientes, pues responde a una forma precisa y determinada de infracción a la ley, ya sea por violación directa de una norma sustantiva o material; por infracción a una norma procesal, cuando tal violación provoque la nulidad de la causa; por violación indirecta de la norma, que ocurre en una primera infracción de los preceptos jurídicos de valoración de la prueba, por resolución de aquello que no fue materia del litigio u omisión de resolver todos los puntos de la litis; y, finalmente, por cuanto la sentencia no hubiere cumplido los requisitos formales y de fondo para su validez o fuere contradictoria o incongruente(...)”¹³¹*

Por ello es necesario considerar que en caso de que las partes procesales hayan omitido alguna pretensión dentro de su demanda o contestación a la demanda esta podrá ser reformada hasta antes de recurrir el termino probatorio, así lo estipula el Código de Procedimiento Civil en su Art. 70.- *“No se podrá cambiar la acción sobre que versa la demanda, después de contestada por el demandado; pero se la puede reformar, antes que principie el término probatorio, pagando al demandado las costas ocasionadas hasta la reforma”¹³²*. Sin embargo es necesario considerar lo que al respecto manifiesta el nuevo Código General de Procesos que dice Art. 148 *“La demanda podrá reformarse hasta antes de la contestación por parte de la o del demandado. Si después de contestada sobreviene un hecho nuevo, podrá reformarse hasta antes de la audiencia preliminar”*. Si dentro de este lapso las partes no reformaren sus pretensiones, se entenderá que las que constan del proceso son intangibles, inmodificables, por tanto

¹³⁰www.fielweb.com – Ediciones Legales

¹³¹www.fielweb.com – Ediciones Legales

¹³²Código de Procedimiento Civil, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005 – Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito – 2012, Art. 70

corresponde al Juez emitir su fallo en merito única y exclusivamente de lo solicitado por las partes, su alcance se limita a lo trabado en la litis.

Es decir que si el juez diera más de lo solicitado, omitiera resolver lo solicitado, o diera algo diferente a lo solicitado se entendería que su actuación se encuentra alejada de la ley, por tanto hay un exceso de poder o denegación de justicia, lo cual contribuye suficiente causal para recurrir al Recurso de Casación.

CAUSAL QUINTA: “Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles”¹³³.

Esta causal se configura en las siguientes circunstancias:

1. La sentencia o Auto no contuviere los requisitos exigidos por la Ley: Definamos entonces que entendemos por:

Sentencia: según Guillermo Cabanellas es “*Sentencia proviene del latin sintiendo que equivale a sintiendo; por expresar la sentencia lo que siente u opina quien la dicta. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable.*”¹³⁴, lo cual guarda concordancia con lo determinado en el art. 269 del Código Adjetivo Civil que reza: “*Sentencia es la decisión de la jueza o el juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio*”. Y Art. 88 del Código Orgánico General de Procesos “*La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso*”. Por tanto la sentencia no es otra cosa que el dictamen, o la opinión, del Juez plasmada en cumplimiento de la Ley y de sus requisitos.

Auto: El Código Adjetivo Civil en su Art. 279 reza: “*Es la decisión de la jueza o el juez sobre algún incidente del juicio*”. Según Guillermo Cabanellas es “*Decreto judicial dado en alguna causa civil o criminal*”. Y Art. 88 del Código Orgánico General de Procesos “*El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. El auto de sustanciación es la providencia de trámite para la prosecución de la causa*”.

¹³³ Ley de Casación, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo del 2004 – Corporación de Estudios y Publicaciones - Quito. 2012.

¹³⁴ CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit. Pag. 292

REQUISITOS: Los requisitos de las sentencias y Autos son los que detallo a continuación:

- a. Los expresados en el Art. 287 del Código Adjetivo Civil *"Las sentencias, autos y decretos contendrán la fecha y hora en que fueron expedidos y la firma de las juezas y jueces que los pronunciaron."*
- b. Parte Expositiva, Parte considerativa y Dispositiva, mismas que fueron analizadas con antelación.
- c. Este requisito es intrínseco de la sentencia: Art. 138 del Código Orgánico de la Función Judicial dice *"Los jueces y las juezas usarán esta fórmula en las sentencias que expidieren: Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República"*

De lo anotado, concluimos que si una sentencia o Auto no cumple con uno o más de los requisitos expresamente determinados en los literales antes descritos, las partes afectadas podrán en base al Art. 3 de la Ley de Casación proponer recurso de casación en mérito de violación a la causa quinta.

2. En su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles:

En esta investigación hemos determinado a que se refiere con parte dispositiva, sin embargo de manera precisa diremos: *"Es aquella en la que se deben constar, en forma precisa, las decisiones que el juez adopta para concluir el proceso, que, necesariamente, deben referirse a los puntos sobre los cuales se traba la litis"*¹³⁵

En esta causal las decisiones no deberán ser:

- a. Contradictorias: Conviene decir que el fallo deberá ser redactado en apego a la ley, sin transgresión de ninguna naturaleza, es decir que lo que es conforme a la ley no puede dejar de serlo, ejemplo: 1. Si el contrato de donación cumple con los requisitos determinados por ley se entiende que es donación, por tanto no va a poder dejar de serlo, 2. En una demanda de daños y perjuicios no se puede aceptar la demanda pero al demandado no se le ordena a cancelar nada, pues en estos dos ejemplos se verifica contradicción fuera de la lógica y de la ley. Por lo cual en caso de que exista en la parte dispositiva de la sentencia esa contradicción, mediante el recurso de casación causal quinta, podrá ser remediado ese yerro.

¹³⁵ CUEVA CARRION, Luis, Ob. Cit. Pag. 329

- b. Incompatibles: “No compatible con otra cosa” “es aquello que no concuerda con una cosa, que distorsiona, que no guarda relación de proporción entre un objeto y otro, que no puede unirse, que se excluye” “lo incompatible es excluyente. Por tanto si se adoptan decisiones incompatibles se excluyen y cuál de las dos podrá ser ejecutada” “las decisiones incompatibles no permiten ejecutar la sentencia”¹³⁶.

Por tanto al verificarse que un fallo se encuentran decisiones incompatibles, podrá esta ser remediada a través del recurso de casación.

Según Humberto Bello Tabares este recurso se produce cuando “*el dispositivo del acto sentencial contiene pronunciamientos opuesto, discordantes, contrapuestos o incompatibles que no permiten ejecutar la sentencia o que no aparezca que sea lo decidido, como por ejemplo cuando se declara con lugar la demanda de cobro acción reivindicatoria o resolución de contrato de arrendamiento y se absuelve al demandado de pagar la deuda o se ordena que el demandado continúe ocupando el inmueble, que se declare con lugar la indemnización de daños materiales y morales y se absuelva al demandado a pagar daños por no ser responsable de los mismos, todo lo que se conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva (...) en cuanto al derecho a la ejecución de la sentencia*”¹³⁷, el Código de Procedimiento Civil en su Art. 275.- “Los decretos, autos y sentencias expresarán con claridad lo que se manda o resuelve; y en ningún caso se hará uso de frases obscuras o indeterminadas como ocurra a quien corresponda, venga en forma, como se pide, etc.”¹³⁸, al respecto me permito recordar el fallo de casación que sobre esta causal dice:

- “Resolución No. 15-96, de fecha 15-V-96, publicada en el R.O. 981, 4-VII-96: “CUARTO.- b) Respecto a la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, causal que en doctrina se le conoce con el nombre de Casación en la Forma, que se refiere a la sentencia como tal; la cual tiene tres partes: 1.- **Expositiva**, que contiene la individualización de las partes y del asunto controvertido; 2.- **Considerativa**, que consagra los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya el fallo haciendo referencia a las disposiciones legales pertinentes, y 3.- **Dispositiva o resolutive**, que contiene la decisión del asunto controvertido, todo esto conforme lo señala el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil, de tal modo que si falta alguna de estas partes es susceptible de ser impugnada vía recurso de casación en la **forma** pues entre el juicio mismo y la sentencia debe haber una conexión armónica perfecta, de otro modo no cumple con los requisitos señalados en la disposición legal antes mencionada; además la parte resolutive debe ser congruente entre sí y no destruirse los unos y los otros, pues la parte dispositiva jamás debe contener decisiones contradictorias e incompatibles. La última parte de

¹³⁶ CUEVA CARRION, Luis, Ob. Cit. Pag. 336

¹³⁷ BELLO TABARES, Humberto, Ob. Cit. Pag. 524

¹³⁸ Código de Procedimiento Civil, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005 – Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito – 2012, Art. 275

*esta causal se conoce en doctrina con el nombre de **incongruencia del fallo** y esto porque las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y si las disposiciones del fallo son contradictorias indudablemente que la sentencia no cumple con la condición de ser clara y precisa, porque su ejecución será imposible; en resumen para establecer la inconsonancia e incongruencia, se debe cotejar o confrontar la parte resolutive del fallo, con las pretensiones de la demanda y con las excepciones opuestas...*¹³⁹.

2.4. El papel de los Jueces de la Honorable Corte Nacional de Justicia respecto al Recurso de Casación.

La Corte de Casación o Corte Nacional de Justicia es el máximo organismo del poder judicial, la misma que se ocupa del derecho, lo protege, lo reformula, además de que crea el Derecho, pues tiene participación activa en el desarrollo jurídico del país, a través de sus manifestaciones denominadas jurisprudencia, la misma que desde cualquier punto legal constituyen de uso y cumplimiento obligatorio.

Su desempeño es meramente técnico pues es altamente especializada, ya que procura dar seguridad jurídica, jerarquización, uniformidad y ordenamiento para que exista analogía en las sentencias, igualdad de criterio, tal es así que Luis Cueva Carrión establece como finalidad de la Corte el: *“defender la legalidad imperante en el estado, para ello vigila que los encargados de la administración de justicia apliquen estrictamente las leyes vigentes; por lo tanto, su relación es inmediata y directa con los jueces y magistrados y no con los contendientes; desde este punto de vista su función es eminentemente publica, interesa a la colectividad como tal y no a los individuos en forma particular”*¹⁴⁰.

Por ello se entiende que los jueces gozan de:

1. Función delimitadora de la competencia de los órganos que administran justicia, pues gozan de autoridad para disponer a los órganos de la función judicial que actúen dentro de los límites de su competencia amparados siempre a la verdad procesal y a derecho.
2. Función reguladora y unificadora de la jurisprudencia, función otorgada por intermedio de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, pues a través de la jurisprudencia se busca el equilibrio e igualdad en los procesos.

¹³⁹ www.fielweb.com – Ediciones Legales

¹⁴⁰ CUEVA CARRION, Luis “La casación en materia Civil” pag. 71

3. Función de control de la actividad judicial, La Corte a través de sus fallos apegados a derecho, buscan que quienes administran justicia en este país, se alejen de todo ámbito conducente a la corrupción abuso de poder y demás arbitrariedades a los cuales puede ser sometido a través del tiempo. Procurando siempre la celeridad, cumplimiento de la ley y la jurisprudencia.

Al respecto el tratadista Hernando Morales dice: *“La Corte está limitada por ella, o sea, que siguiendo el principio dispositivo, solo está en capacidad de examinar las causales presentadas por el recurrente dentro de los aspectos planteados por el mismo. Si existe una causal viable, pero que el recurrente no aduce, la corte no puede actuar de oficio aun cuando observe objetivamente su conducencia. La Corte no puede inmiscuirse en la parte no atacada del fallo, ni en motivos no invocados expresamente, aunque fueran pertinentes. Por esta razón, no siempre que deja de casarse una sentencia, ello significa que la corte comparta las bases en que aquella está fundada, porque puede suceder que no informarla provenga de que no se propusieron las causales que procedían y en cambio se adujeron otras improcedentes, o de que las presentadas, aunque viables en principio, no se fundaron conforme a la técnica”*¹⁴¹

¹⁴¹ MORALES, Hernando “Técnica de Casación Civil” pag. 135

CAPÍTULO III
FUNDAMENTACIÓN PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN
MATERIA CIVIL

Para explicar de manera amigable como se debe realizar la fundamentación del recurso de casación en materia civil, debemos considerar que el juez de casación únicamente entrará al análisis y estricta revisión de la sentencia de segundo nivel venida en grado, por lo tanto el trabajo de los profesionales del derecho es encontrar el yerro de la sentencia, porque una vez determinado podemos vincularle con una de las causales invocadas en el Art. 3 de la Ley de Casación.

Para la procedencia de este recurso extraordinario, corresponde en primer lugar agotar los recursos ordinarios a que haya lugar. Ahora bien, en el escrito del recurso de casación se debe hacer constar lo siguiente:

1. Resumen de los hechos materia del litigio.
2. Señalar la o las causales a invocarse, mostrando de manera clara las partes de la sentencia que recaen en dicha causal, para lo cual tomará en cuenta lo siguiente:
 - a) Se debe enunciar la causal y el yerro que vayan contra la forma.
 - b) En caso de invocar varias causales, estas deberán ser invocadas una por una, determinando junto a estas el yerro y disposiciones violadas, sin olvidar que las causales de casación responden a motivos y circunstancias diferentes y por tanto gozan de individualidad propia.
 - c) Se debe determinar cuál es la justificación objetiva (infracción de fondo), la norma legalmente establecida (el incumplimiento del juez de instancia).
 - d) Se indicará las normas violadas en la sentencia o las solemnidades sustanciales de procedimiento que se han omitido, o se han violado.
 - e) Es necesario además precisar el concepto de la violación en función de que se presenten los siguientes errores, consistentes en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación o lo que es lo mismo, error en la selección de la norma por parte del juez, error en la existencia de la norma y error en el significado de la norma.
3. No basta indicar en el escrito de interposición del recurso que se ha dejado de apreciar una u otra prueba sino por el contrario hay que precisar el tipo de error y que dicho error acarreó al juez a violar la norma de derecho o de valoración de la prueba, sea de forma directa o indirecta.

4. No es procedente invocar en conjunto falta de aplicación, aplicación indebida y la interpretación errónea, porque son conceptos diferentes, excluyentes e incompatibles entre sí, hay que verificar en cuál de estos vicios recae la sentencia.
5. Sin embargo de lo expuesto, se considerara lo determinado en el Art. 6 de la Ley de Casación que establece cuales son los requisitos de para presentar el presente recurso.

Corresponde al Juez Superior, verificar si hay o no violación alguna, por tanto es necesario considerar los fallos emitidos por la Corte Superior actual Corte Nacional que dicen:

- “Resolución No. 213-98 de fecha 9 de marzo de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 319, de fecha 18 de mayo de 1998 que en su parte pertinente dice: *"SEGUNDA.- ... Si el recurrente no plantea con precisión una a una y todas las normas de derecho que estima violadas en la sentencia sino que se limita a una cita parcial o incompleta de ellas, el recurso no está debidamente formalizado.* Además, como lo exige el numeral cuarto del Art. 6 de la Ley de Casación, el recurrente tenía que determinar los fundamentos en los que se apoya. Como lo dice el *tratadista Nuñez Aristimuño* ***“La fundamentación es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia. Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y, al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. Sin fundamentación, sin razonar las infracciones denunciadas no existe formalización. La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción”...***¹⁴².
- Resolución No. 247-2002, dictada en el juicio 299-2001, publicada en el Registro Oficial No. 742 de 10 de enero del 2003 y Resolución No. 185-2006, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia,

R.O. 437, de fecha 15 de enero del 2007 que dice: ***“CUARTO.- (...)Cuando la ley exige este requisito, lo que se espera del recurrente, por medio de su defensor, es la explicación razonada del motivo o causa de las alegaciones o infracciones acusadas; la justificación lógica y coherente para demostrar, por ejemplo, que existe falta de aplicación de una norma de derecho; o errónea interpretación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Fundamental dice el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas es: “...Afirmar, establecer un principio o base. /Razonar, argumentar./...”. En consecuencia “los fundamentos en que se apoya el recurso”, no son los antecedentes del juicio, ni los alegatos impropios para este recurso extraordinario, como tampoco los razonamientos sobre asuntos o disposiciones extrañas a la litis, sino los argumentos pertinentes a la materia de alegación expuestos de manera adecuada como para sostener la existencia de la infracción o los cargos contra la sentencia recurrida”.*** (las cursivas, subrayado y negritas me pertenecen)¹⁴³.

Para Carnelutti tratadista invocado por la Corte en Resolución No. 208-94, de fecha - 25-I-95 publicada en el R.O. No. 635, de fecha 16-II-95 dice: ***“que los motivos de casación vienen a ser las razones que pueden provocarla y que necesariamente consisten en una discrepancia entre lo que el juez ha hecho y lo que hubiera debido hacer...”***¹⁴⁴. Corresponde pues al abogado patrocinador del recurrente cristalizar en la fundamentación del recurso lo contemplado en el artículo 6 de la referida Ley, pues ese es el momento preciso en el cual se establecen los términos dentro de los que se ha de plantear el litigio entre el recurso y la sentencia a debatir, por tal circunstancia los motivos que ampara la posición del recurrente ha de citarse con precisión y claridad asistido de la argumentación Legal y/o Doctrinaria, lo cual permitirá concretar con exactitud las premisas que se constituirán materia de análisis para la emisión de la resolución por parte de la Corte Nacional.

Por ello es de trascendental importancia la fundamentación del recurso pues, la simple invocación de la norma violada no es suficiente, sino que además se deberá determinar todas las normas que integran la proposición jurídica en forma completa, en otras palabras se debe señalar la causa genérica y la causa específica, pues hay que concienciar que el escrito de interposición y fundamentación del recurso es uno solo y que una vez presentado no existe la posibilidad de reformarlo o ampliarlo.

¹⁴³www.fielweb.com – Ediciones Legales

¹⁴⁴www.fielweb.com – Ediciones Legales

Por ello es preciso y necesario determinar el vicio o los vicios que comprende cada causal y que el recurrente considera han recaído sobre las normas legales, es decir se deberá detallar si ha existido indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas sustantivas y adjetivas.

3.1. Los derechos y principios existentes para interponer el Recurso de Casación en materia civil.

Hay que considerar que de acuerdo a la Constitución del Ecuador, *“Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”*¹⁴⁵, estos derechos se encuentran consignados en el Art. 76 numeral 7 de la Constitución del Ecuador que dice: *“El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”*¹⁴⁶.

En tal sentido, tanto la sentencia como el Auto deben dar estricto cumplimiento a la ley, a los derechos, garantías y principios. Estos últimos constantes en el Art. 11 de la Constitución del Ecuador y Art. 168 del Código Orgánico de la Función Judicial, entre los principios fundamentales encontramos el de tutela judicial efectiva de los derechos, establecidos en el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: *“La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso (...)”*¹⁴⁷, lo cual concuerda con el principio determinado en el Art. 11 numeral 5 de la Carta Magna que dice *“En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y*

¹⁴⁵ Constitución del Ecuador - Asamblea Nacional -Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, art. 11 numeral 6

¹⁴⁶ Constitución del Ecuador - Asamblea Nacional -Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 76 numeral 7

¹⁴⁷ Código Orgánico de la Función Judicial art. 23

*servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”*¹⁴⁸ Por tanto quienes imparten justicia deben considerar que *“todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades”*¹⁴⁹.

Entre los principios encontramos los siguientes:

1. Independencia interna y externa,
2. Autonomía administrativa, económica y financiera.
3. Unidad jurisdiccional,
4. La administración de justicia es gratuita.
5. Todas sus etapas son públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.
6. El sistema oral servirá en la sustanciación de los procesos en todas las materias, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Además de lo anotado, encontramos otros principios en el Código Orgánico de la Función Judicial, los cuales van dirigidos a los jueces y juezas a nivel nacional, quienes al emitir sus sentencias deberán dar estricto cumplimiento a lo siguiente:

1. Principio de supremacía constitucional.
2. Principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional
3. Interpretación integral de la norma constitucional y de las normas procesales
4. Principios de legalidad, jurisdicción y competencia.
5. Principio de imparcialidad
6. Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad
7. Principio de responsabilidad
8. Principios dispositivo, de intermediación y concentración.
9. Principio de la verdad procesal
10. Principio de la obligatoriedad de administrar justicia

Estos principios nos llevan a determinar que la Constitución y Normas Internacionales de Derechos Humanos son de mayor jerarquía, además de que el Juez siempre procurará el cumplimiento de la norma, al amparo únicamente de lo que traba la litis, ya que en caso de no cumplir con la norma, los principios y derechos determinados en este estudio, dará lugar a

¹⁴⁸ Constitución del Ecuador - Asamblea Nacional -Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 11 numeral 5

¹⁴⁹ Constitución del Ecuador - Asamblea Nacional -Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 11 numeral 2 inciso primero

que las partes procesales que se sientan afectadas en sus derechos, presenten el recurso de casación para que se corrijan los errores que se presenten en las sentencias y autos susceptibles de este recurso.

3.2. Como plantear el Recurso de Casación en materia civil.-

Para facilitar al entendimiento simple y didáctico de como plantear verdaderamente el recurso de casación en materia civil, es necesario considerar los puntos estudiados en esta investigación pues sin motivación, sin fundamentación legal, sin causales conexas al yerro constante en la sentencia, mal se podría hablar de un recurso de casación.

Por ello como ya explicamos, se debe establecer la existencia de vicios que pueden presentarse en una sentencia los cuales pueden ser: In procedendo o in judicando errores estos que han sido estudiados y que se refieren a la Indebida aplicación, falta de aplicación o errónea aplicación sea de normas de derecho, normas procesales o preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

Consideremos que no siempre se pueden presentar varios vicios en una misma sentencia, por ello con el análisis coherente realizado por el profesional del derecho, se debe identificar cual es exactamente el yerro y tratar de adentrarse a ese punto, pues debemos estar claros en que cada uno de los enunciados es independiente del otro, este análisis consiste en:

1. Identificar cual es la norma infringida
2. Determinar en qué parte de la sentencia está el yerro
3. Establecer como ese yerro influyo en la decisión de la causa.

Claro está que lo ya explicado, conlleva no solamente a indicar de manera fría la causal o causales infringidas determinadas en el Art. 3 de la Ley de Casación, sino que además se debe de forma categórica justificar a la Corte Nacional de Justicia en qué consiste nuestra casación.

En resumen, para el trámite del recurso de casación civil, existen dos fases dentro de las cuales encontramos:

- a. Primera fase: Dentro de esta fase encontramos lo siguiente:
 - I. Presentación del recurso de casación
 - II. Término para presentación del recurso
 - III. Calificación del recurso
 - IV. Oportunidad de la interposición del recurso

- V. Constatación de la existencia de los requisitos formales
- VI. Pronunciamiento sobre el recurso
- VII. Admisibilidad del recurso
- VIII. Inadmisibilidad del recurso

b. Segunda fase: Esta instituye lo siguiente:

- I. Recepción y traslado de Autos
- II. Audiencia facultativa
- III. Sentencia
- IV. Sentencia con reenvío

3.2.1. Bases legales en las cuales se funda el Recurso de Casación:

El recurso de casación para que tenga eficacia, se deberá basar legalmente en las siguientes disposiciones:

Dentro de la legislación ecuatoriana encontramos diversas disposiciones legales que hacen referencia al Recurso de Casación, entre los cuales se encuentra la Constitución del Ecuador, el Código de Procedimiento Civil, Código Orgánico de la Función Judicial, Código Orgánico Integral Penal, la Ley de Casación y recientemente el Código Orgánico General de Procesos.

Al referirnos al Recurso de Casación el Art. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial lo conceptualiza como uno de los “*recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia*”¹⁵⁰, cuyo conocimiento corresponde a las diferentes Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, con sede en la Capital del Ecuador - Quito, conforme se instituye en el Art. 184 de la Constitución del Ecuador, Art. 184 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación, recurso que únicamente procede de: a) Las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, es decir aquellos juicios que resuelven una controversia sometida al órgano jurisdiccional, en la que las partes solicitan se declare el derecho de la cual se crean asistidos respecto a la cosa litigiosa. b) Las providencias que se encuentren en fase de ejecución mismas que resuelvan aspectos que no fueron causa de la litis, aquellos que pese a ser solicitados por las partes no fueron resueltos en el fallo, o sobre aquellos que contradicen lo ejecutoriado. Para su nacimiento se deberá agotar todas las instancias de conformidad con lo determinado en el Art. 4 de la Ley de Casación “*No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto*

¹⁵⁰Código Orgánico de la Función Judicial

*expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquélla. No será admisible la adhesión al recurso de casación*¹⁵¹, pues solo aquellas sentencias o autos provenientes de las Cortes Superiores, Tribunales Distritales de lo Fiscal y Tribunales de lo Contencioso Administrativo, son aptos de este recurso extraordinario, así lo determina el Art. 2 de la Ley de Casación.

Como hemos manifestado a lo largo de este trabajo el Recurso Extraordinario de Casación es muy limitado, lo que equivale decir que las partes procesales que haya recibido agravio en la sentencia o auto, recurrirán a éste basándose únicamente en las causales establecidas en el Art. 3 de la actual Ley de Casación o las determinadas en el Código Orgánico General de Procesos, las cuales rigen para todas las materias excepto en materia penal que tiene sus propias causales. Casos que serán invocadas en el escrito de interposición de acuerdo al yerro existente en la sentencia o en el Auto casable, pues no cabe por ningún motivo reforma alguna a dicho escrito, y en caso de falta de causal, interposición fuera del término de 5 días para personas naturales o jurídicas y a partir de mayo del 2016 para Organismos del sector público contadas a partir de la notificación sea del auto o sentencia, significa recurso no interpuesto. Respecto a dicho término el Código Orgánico General de Procesos determina 10 días.

Por tanto el recurrente en el escrito de fundamentación hará constar de manera obligatoriamente los requisitos formales determinados en el Art. 6: *“En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria a más de la causal o causales lo siguiente: 1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales; 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido; 3. La determinación de las causales en que se funda; 4. Los fundamentos en que se apoya el recurso*¹⁵², requisitos que no difieren de los contemplados en el Art. 267 COGEP.

La interposición del Recurso de Casación no impide la ejecución de la sentencia o auto, salvo lo contemplado en los Art. 10 y 11 de la Ley de Casación, es decir exista *caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda causar a la contraparte.*

¹⁵¹Ley de Casación, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo del 2004 – Corporación de Estudios y Publicaciones - Quito. 2012.

¹⁵²Ley de Casación, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo del 2004 – Corporación de Estudios y Publicaciones - Quito. 2012.

En la tramitación o sustanciación del Recurso Extraordinario las partes procesales o recurrentes, no podrán solicitar la práctica de prueba alguna, así como tampoco los jueces podrán ordenar se evacue o practique prueba, además de que no se admitirá incidente alguno; por tanto la parte dispositiva de las sentencias de Casación serán obligatoriamente publicadas en el Registro Oficial, lo cual constituirá precedente para la aplicación de la Ley; y, en caso de existir triple reiteración en los fallos de casación constituirán precedentes jurisprudenciales obligatorios y vinculantes excepto para la propia Corte Nacional.

La nueva normativa que regirá en materia civil conlleva a cumplir lo determinado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución del Ecuador que dispone: “*La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.*”¹⁵³. Es decir que los tramites seguidos en materia civil también se llevarán a cabo a través del sistema Oral, con la finalidad de cumplir con los principios contemplados en la ley.

3.2.2. Jurisprudencia del Recurso de Casación:

Dentro de nuestro país existe diversa jurisprudencia emitida antes por la Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia estas pueden ser de tres tipos:

1. Inadmitiendo en su totalidad, para lo cual se remitirá el proceso al inferior para su ejecución.
2. Aceptando de manera parcial, aquella que es aceptada en una parte de su pretensión.
3. Aceptando de manera total, es la que por su fundamentación se logro justificar el yerro o violación, por tanto se emite una nueva sentencia o se remite al inferior para que se siga el juicio por nulidad.

3.2.2.1. INADMISION:

Resolución No. 408-98: Juicio ordinario N° 199-96 que por nulidad de escritura pública propuso Nelson Edmundo Jiménez León contra Francisca Guaranda Cando y Manuel Chimbo Chimbo: “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 02 de junio de 1998.- Las 16H00.- **VISTOS.**- El actor Nelson Edmundo Jiménez León, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de Guaranda, dentro del juicio ordinario que, por nulidad de escritura pública sigue en contra de Francisca Guaranda Cando y Manuel Chimbo Chimbo y que confirma en todas sus partes la sentencia de primer nivel que rechaza la demanda. Radicada que ha sido la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y

¹⁵³Constitución del Ecuador - Asamblea Nacional -Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 168 numeral 6.

Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en virtud del sorteo legal, para resolver considera: **PRIMERO:** El recurso de casación se ha interpuesto el 17 de abril de 1996, es decir antes de las reformas a la Ley de Casación, constantes en el Registro Oficial N°. 39 de 8 de abril de 1997, por lo tanto es menester revisar las condiciones de admisibilidad y establecer la procedencia o pertinencia de los fundamentos jurídicos que los recurrentes estaban obligados a exponer con claridad en su escrito de interposición del recurso, de conformidad con lo que disponía el Art. 6 de la Ley de Casación entonces vigente; **SEGUNDO:** En la especie que consta a fojas 31 a 32 vta. del cuaderno de segundo nivel, el recurrente estima infringidas las normas contenidas en los artículos 1597, 1588 y 1589 del Código Civil, a la vez que fundamenta su recurso en las causales primera, cuarta y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación. Sin embargo, el recurrente no toma en cuenta que los vicios contenidos en cada una de las causales son independientes y excluyentes los unos respecto de los otros, no se puede entender en igual forma la falta de aplicación y la errónea aplicación de una norma de derecho; por otra parte el recurrente no determina qué ha sido resuelto en la sentencia que no fue materia del litigio o que se ha omitido resolver en la misma, es decir que los vicios de infra petita, ultra petita y extra petita deben ser explicitados y la incongruencia del fallo debe ser evidenciada cuando se la acusa.- **TERCERO:** Cabe advertir, además, que, cuando se demanda la declaratoria de nulidad de escritura pública debe contarse, en calidad de legítimos contradictores, con el notario que autorizó el instrumento impugnado y con todas las partes que intervinieron en el contrato cuya nulidad se demanda además de fundamentar la acción en una o más de las causales de nulidad contenidas en el Art. 44 y demás pertinentes de la Ley Notarial. En consecuencia, no podía prosperar en caso alguno esta acción por no haberse fundamentado conforme a derecho y menos aún haberse accionado contra quien se debía hacerlo. El recurrente pretende invalidar una escritura contentiva de un contrato de compraventa, alegando que, previamente, entre la vendedora demandada y el accionante, hoy recurrente, se celebró un contrato de promesa de compraventa que versa o se refiere al mismo predio, promesa que, por reunir los requisitos de ley y haber entrado en posesión del inmueble, debe hacerse respetar en su integridad jurídica. A este respecto, cabe advertir que, como enseña Ramón Meza Barros, la promesa y el contrato prometido son dos actos jurídicos diferentes, aunque medie entre ambos una íntima conexión, la promesa es un contrato perfecto y obligatorio, cuya finalidad es la de relacionar a las partes en orden a la celebración de un determinado contrato futuro y su incumplimiento acarrea las indemnizaciones y sanciones estipuladas en el mismo contrato y en la ley. Sin embargo, aún bajo la tesis de que la promesa y el contrato prometido son un solo negocio, (cosa que no es aceptada por la doctrina mayoritaria ni por la jurisprudencia nacional) hay que recordar que inclusive la venta de una misma cosa a dos personas por contratos diferentes es perfectamente válida y es en virtud de este principio que el Art. 1784 del Código Civil, ha establecido la preferencia respecto a la persona que ha entrado en posesión de la cosa en virtud de la entrega o tradición; y, en el caso de los inmuebles puesto que la entrega o tradición se realiza mediante la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, será preferido el comprador en cuyo beneficio se hizo la tradición. Finalmente, hay que tener en cuenta que la prominente vendedora, mediante el contrato de promesa, nada ha transferido ya que, únicamente, contrae obligaciones de hacer, esto es, celebrar el contrato prometido; y, que frente a la venta que realiza posteriormente, al prominente comprador le asiste el derecho de intentar las acciones personales contra la prominente

vendedora que, respecto del incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, le permite la ley. Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, **RECHAZA EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por Nelson Edmundo Jiménez León respecto de la sentencia dictada por la Corte Superior de Guaranda la misma que no adolece de vicio alguno que la pueda invalidar. Con costas y la multa de un salario mínimo vital general al recurrente en conformidad con lo dispuesto por el Art. 18 de la ley de Casación, por aparecer en forma manifiesta que lo ha interpuesto sin base legal. Notifíquese y devuélvase. - (ff) **Dr. Galo Galarza Paz, Dr. Santiago Andrade Ubidia, Dr. Tito Cabezas Castillo**”¹⁵⁴.

3.2.2.2. RESOLUCIÓN ACEPTADA PARCIALMENTE:

R. O. 630 de 31-jul-02 G. J. XVII No. 10 Verbal sumario No. 232-2001 que, por resolución de contratos de promesa de compraventa y de compraventa propusieron **JORGE ENDARA MONCAYO y THALÍA CARVAJAL DE ENDARA** contra el **Arq. EMILIO LARREÁTEGUI YÉPEZ**. “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 5 de junio del 2002; las 09h:30.- **VISTOS:** Los cónyuges Jorge Endara Moncayo y Thalía Carvajal de Endara deducen recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Tercera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Quito, que revoca la sentencia de primer nivel y desecha la demanda, dentro del juicio verbal sumario que, por resolución de contratos de promesa de compraventa y compraventa propusieron los recurrentes en contra del Arq. Emilio Larreátegui Yépez. Dicho recurso fue concedido, por lo que el proceso sube a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia; habiéndose radicado la competencia en esta Primera Sala de lo Civil por el sorteo de ley, la que admitió a trámite el recurso de casación en auto de 26 de septiembre del 2001, y una vez que ha concluido la etapa de sustanciación de este proceso, para resolver se considera: **PRIMERO:** Los recurrentes expresan que se han infringido las disposiciones contenidas en los artículos 278 y 303 No. 1 del Código de Procedimiento Civil; 54 de la Ley Orgánica de la Función Judicial; 1597, 1838, 1839 y 1840 del Código Civil, y fundamentan su impugnación en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. Estos son los límites dentro de los cuales se desenvolverá la actividad de este Tribunal. **SEGUNDO:** Se procede a analizar el cargo de que el fallo casado se halla incurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de la materia: los recurrentes dicen que se ha producido nulidad de la sentencia de última instancia conforme a lo que dispone el artículo 303 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, ya que uno de los integrantes del tribunal, el conjuer de la Tercera Sala de la Corte Superior de Quito, Dr. Trajano Vargas Noriega, ha actuado sin jurisdicción en este proceso, pues “...jamás se nos notificó (no consta de autos) que el indicado Conjuer, que suscribe la sentencia ha sido llamado para actuar en reemplazo del titular, cuando el inciso segundo del artículo 54 de la Ley Orgánica de la Función Judicial dice “Ejecutoriada la providencia en que se llame al conjuer, éste intervendrá hasta que se resuelva la causa, aun cuando al tiempo de llamamiento estuviera relatada, salvo las excepciones establecidas en el inciso anterior o en el de hallarse impedido de ejercer la

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 408-98, Juicio No. 199-1996. de fecha 02 de junio de 1998.

profesión” ¿Cuándo se ejecutoria una providencia? Únicamente después de transcurridos tres días contados desde la notificación de la misma a las partes, en el presente caso, insistimos, jamás se nos notificó de tal providencia, ni existe una en la que asuma o avoque el conocimiento de la causa, antes de dictar sentencia. ...Encontramos que luego de dictar sentencia, de aceptar el recurso de apelación y desechar la demanda, el Conjuez Permanente avoca conocimiento del presente proceso, cuando debió primero avocar conocimiento para dictar sentencia, no concurre tampoco a la relación del proceso, aunque se manifieste al final de la parte resolutive de la sentencia, que se le encargó el despacho con oficio de 28 de junio del 2000, situación que no fue conocida por nosotros y a pesar de haber transcurrido más de un año dicho Conjuez no avocó conocimiento antes de dictar sentencia, sino que lo hizo después de ello. Por tanto existe falta de jurisdicción del conjuetz que no avocó conocimiento de la causa lo que produce la nulidad de la sentencia conforme al Art. 303 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, además de la incongruencia de que un conjuetz reemplace al ministro titular por tal largo tiempo.” Sobre esta acusación, la Sala anota: La norma del artículo 54 de la Ley Orgánica de la Función Judicial dice: “Los Ministros ante quienes se hubiere hecho la relación de una causa serán los que la resuelvan, excepto en el caso de pérdida o suspensión total de la jurisdicción o en los de imposibilidad física o mental; o de ausencia fuera de la República o licencia que pasare de un mes. Ejecutoriada la providencia en que se llame a un conjuetz, intervendrá éste hasta que se resuelva la causa, aun cuando al tiempo del llamamiento estuviere relatada, salvo las excepciones establecidas en el inciso anterior o en el de hallarse impedido de ejercer la profesión. Se entenderá resuelta la causa, para los fines de este artículo, ya sea que se fallen los puntos sometidos a conocimiento del Tribunal, ya sea que se declare la nulidad del proceso”. En el caso sub lite, los recurrentes acusan falta de jurisdicción del Conjuetz de la Sala, ya que nunca se les notificó con la providencia mediante la cual se llamó a dicho conjuetz para actuar en reemplazo del titular, y menos aún transcurrieron tres días a partir de dicha notificación para que la providencia estuviese ejecutoriada y así, a su criterio, cumplirse con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 54 citado. Del proceso consta, a fojas 45 del cuaderno de segundo nivel, el oficio No. 165-DDP-CNJ de 28 de junio del 2001, mediante el cual el Delegado Distrital de Pichincha del Consejo Nacional de la Judicatura comunica, tanto al Director Nacional de Personal de la Función Judicial como al conjuetz permanente de la Tercera Sala de la Corte Superior, que mientras dure la ausencia del titular, Dr. José García Falconí, del 2 al 6 de julio del 2001, “se encargará de ese despacho su Conjuetz, Dr. Trajano Vargas Noriega”; la relación de la causa se realiza ante los Ministros Jueces titulares y el mencionado Conjuetz Permanente el 2 de julio del 2001, según aparece de la razón sentada en el proceso que obra a fojas 46. El conjuetz permanente, por el hecho de su nombramiento y posesión, adquiere jurisdicción, y cuando se le llama a integrar el tribunal al tenor de lo que dispone el artículo 61 inciso tercero de la Ley Orgánica de la Función Judicial, se vuelve competente para conocer de todas las causas que le correspondería haber conocido al titular que no ocupa temporalmente su cargo, sea por ausencia, licencia, enfermedad, u otro motivo no permanente, ya que asume la totalidad de su despacho “con las mismas atribuciones y deberes del principal” según dice la norma legal antes citada, sin que sea necesario el llamamiento mediante providencia en cada uno de los procesos en que deba intervenir mientras reemplace al titular; Al conjuetz, sea permanente u ocasional, se le llama específica e individualmente para que conozca de una causa determinada

cuando no puede hacerlo el ministro juez titular por excusa o recusación del mismo y así deberá constar de la respectiva providencia. En consecuencia, en la presente causa el mencionado conjuer permanente no actuó sin jurisdicción, por lo que no cabe acusar al fallo de violación del artículo 303 No. 1 del Código de Procedimiento Civil, además de que la afirmación “se le encargó el despacho con oficio de 28 de junio del 2000, situación que no fue conocida por nosotros y a pesar de haber transcurrido más de un año dicho Conjuer no avocó conocimiento antes de dictar sentencia, sino que lo hizo después de ello...” no corresponde a la realidad ya que el encargo del despacho, como se ha indicado antes, se hizo el 28 de junio del 2001, según consta de la copia del oficio 165-DDP-CNJ suscrito por el Delegado Distrital del Consejo Nacional de la Judicatura que aparece a fojas 45 del cuaderno de segundo nivel, aunque por un evidente lapsus calami se hizo constar en la sentencia el 28 de junio del 2000 como fecha del encargo. No procede, pues, casar la sentencia porque no existe motivo alguno de nulidad procesal, con fundamento en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. **TERCERO:** En cuanto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, los recurrentes acusan infracción de los artículos 1597, 1838, 1839 y 1840 del Código Civil así como del 278 del Código de Procedimiento Civil, y fundamentan su recurso de la siguiente manera: “Existe falta de aplicación de normas de derecho, en efecto a lo largo de toda la sentencia, en ningún momento se aplica o se pretende aplicar norma alguna de derecho, es decir se dicta una sentencia cuyo contenido resolutorio carece completamente de fundamento legal, no se determina norma o disposición legal, sustantiva o adjetiva que justifique semejante decisión de desechar la demanda... igualmente con respecto al contrato de promesa de compraventa la resolución del mismo se fundamenta en el Art. 1597 del Código Civil...”. Acusan además al tribunal ad quem de que ha interpretado de manera parcializada la doctrina y jurisprudencia que se ha dictado sobre la acción de resolución de esta clase de contratos, porque existe “errónea interpretación de las normas sobre legitimidad de personería” y dicen: “Sin embargo, tratando de justificar la razón de la cita a Alessandri, en la sentencia se dice que la demanda debió estar dirigida a los dos cónyuges, como litis consortes necesarios, lo cual constituye además una errónea interpretación de las normas que regulan la legitimidad de personería, por cuanto esto está contradicho por la jurisprudencia ecuatoriana que mantiene el criterio de que la comparecencia de uno de los cónyuges constituye parte debidamente legitimada para ejercer el derecho de la defensa, fundamentalmente si tal comparecencia es la del administrador de la sociedad conyugal y así en la Gaceta Judicial Serie XVII No. 1 página 61, se encuentra la Resolución No. 372-99 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia... en la cual se establece en forma clara, determinante y fehaciente que “es el administrador de la sociedad conyugal a quien corresponde iniciar las acciones (...) o, si lo prefieren podrían los dos cónyuges de consuno, intentar la acción posesoria, aunque ello no es indispensable.” Lo que con referencia al demandado significa que igualmente el administrador de la sociedad conyugal tiene legítimamente el poder de ejercer la defensa, es decir, que en este caso existe legitimidad de personería del demandado. En la presente causa comparece el Arq. Emilio Larreátegui, quien de conformidad con el Art. 180 del Código Civil es, además, el representante de la sociedad conyugal”. Al respecto la Sala anota: Los recurrentes afirman que en esta causa, no existe lo que han dado en llamar “ilegitimidad de personería”; que, por lo tanto, el demandado estaba facultado plenamente para contestar a las pretensiones por ellos deducidas, y por ello, la conclusión

del tribunal de última instancia de que en esta causa era necesario contar con la cónyuge del demandado, es errónea, ya que según el artículo 180 del Código Civil, se presume que el administrador de los bienes de la sociedad conyugal es el marido, y como resultado de este argumento, concluyen que el demandado estaba plenamente legitimado para contestar a esta demanda de resolución de los contratos de promesa de compraventa que suscribió con los actores, hoy recurrentes. Para reforzar su argumentación, citan en forma diminuta como precedente jurisprudencial una sentencia de este Tribunal de Casación, el fallo 372-99, dándole un sentido del que carece. En efecto, los recurrentes transcriben parcialmente lo que en esa sentencia dijo la Sala: "es el administrador de la sociedad conyugal a quien corresponde iniciar las acciones (...) o, si lo prefieren podrían los dos cónyuges de consuno, intentar la acción posesoria, aunque ello no es indispensable.", de donde concluyen que igualmente es al administrador de la sociedad conyugal a quien le corresponde contestar las demandas; ahora bien, la Sala en la parte citada hizo el análisis exclusivamente desde el ángulo de la parte actora y, sobre este punto particular, hizo las siguientes reflexiones: "...El inciso primero del Art. 180 del Código Civil dice que «Tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, el cónyuge que, por decisión de los contrayentes, conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales; a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido». En la especie, no hay constancia de que la actora y su cónyuge hayan acordado que ella será la administradora de la sociedad conyugal, por lo que se presume que él tiene esta administración. Ahora bien, ¿cuáles son los actos para los cuales está facultado el administrador de la sociedad conyugal? No existe una norma específica ni en el Código Civil ni en ninguna otra ley, que precise lo que se ha de entender como actos de administración ordinaria de la sociedad conyugal, pero en varias normas relativas a la administración de bienes de otros, sí aparece lo que constituye la administración ordinaria; y de ellas, la que mejor ilustra se encuentra en el parágrafo segundo del Título XXVI del libro IV del Código Civil, en que al hablar de la administración del mandato, el Art. 2063 ejemplifica lo que son los actos ordinarios de administración, expresando que: "El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado. Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará poder especial». Por otra parte, a contrario sensu, el inciso primero del Art. 181 ibídem, enumera lo que no son actos ordinarios de administración de la sociedad conyugal, para cuya validez se necesita el consentimiento y concurso de ambos cónyuges, esto es, los actos de disposición, expresando que «El cónyuge a cuyo cargo está la administración ordinaria de los bienes sociales necesitará de la autorización expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación, constitución de gravámenes de los bienes inmuebles, de vehículos a motor y de las acciones y participaciones mercantiles que pertenezcan a la sociedad conyugal»; la Sala añadió, siempre refiriéndose a la parte actora: "es al administrador de la sociedad conyugal a quien corresponde iniciar las acciones posesorias que sean necesarias para conservar la integridad de los bienes sociales, o, si lo prefieren, podrían los dos cónyuges, de consuno, intentar la

acción posesoria, aunque ello no es indispensable. Pero no la puede intentar por su cuenta el cónyuge que no tiene la administración de la sociedad conyugal, ni aún alegando que comparece por sus propios derechos, pues si bien puede ser verdad que esté en posesión del inmueble, no posee únicamente para su patrimonio, sino para el de la sociedad conyugal". Pero el análisis respecto de la parte demandada no tiene porqué coincidir con el relativo a la parte actora. En la misma sentencia se dice, al tratar sobre la falta de legitimación en la causa —luego del completo análisis y distinción que se realiza sobre la falta de legitimación de personería o legitimación ad processum— que la legitimación en la causa o legitimatio ad causam "Determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en él de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda.. puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litis consorcio necesario. Como ejemplos pueden mencionarse las demandas de nulidad o rescisión de un contrato, que deben comprender a quienes figuran como partes en el mismo contrato y a sus causahabientes a título singular o universal (compradores o cesionarios del primer comprador), ya que la decisión produce efectos contra todos. En el caso inverso, es decir, el de concurrencia necesaria para demandar, se presenta cuando son varios los vendedores o cedentes y se quiere demandar para que se declare nula la venta o cesión; pero si alguno de ellos se niega a demandar, los otros pueden hacerlo y pedir que se les cite al proceso, en el auto admisorio de la demanda, para que la sentencia los vincule, con lo cual se produce el correspondiente litis consorcio. Es decir, no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso". Este Tribunal ha analizado extensamente en varias resoluciones, entre ellas, la No. 405-99 de 13 de julio de 1999, Registro Oficial No. 273 de 9 de septiembre de 1999, No. 484-99 publicada en el Registro Oficial 333 de 07 de diciembre de 1999, No. 516-99 de 15 de octubre de 1999, R.O. No. 335 de 9 de diciembre de 1999, N°. 139-2000, publicada en el Registro Oficial 65 de 26 de abril del mismo año, No. 314 de 25 de julio del 2000, Registro Oficial No. 140 de 14 de agosto del 2000, y 248-2001, publicada en el Registro Oficial 380 de 31 de julio del 2001, lo relativo a la necesidad de que se integre debidamente tanto la parte actora como la parte demandada, respecto de la cual existe litis consorcio necesaria cuando se pretende privar a la sociedad conyugal de un bien que lo posee, como en los casos de demandas reivindicatorias y posesorias, así como de resolución de compraventas, etc., ya que al ser actos de disposición y no de mera administración, no es suficiente el

que se cuente únicamente con el cónyuge administrador sino que forzosamente se ha de contar con marido y mujer. En la especie, el análisis que ha realizado el tribunal de última instancia respecto al vicio de incompleta integración de la parte pasiva en la pretensión de que se resuelva el contrato de compraventa porque únicamente se ha demandado al Arquitecto Emilio Larreátegui y no se ha contado también con su cónyuge, señora Catalina Vega Jiménez, lo cual ha determinado la falta de "legítimo contradictor" o de "falta de "legitimación a la causa" en la parte demandada, (y no la ilegitimidad de personería como, equivocadamente, señalan los recurrentes) se halla en todo ajustada a derecho, ya que con propiedad señala que la "legitimación en la causa" consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial; advirtiéndose que esta legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, porque "lejos de referirse al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, contempla la relación sustancial que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso. Se trata de presupuestos materiales o sustanciales para la sentencia de fondo" (Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I: Teoría General del Proceso, Editorial ABC, 1996, p. 266). Es decir que el juzgador, para poder dictar sentencia de mérito o de fondo —que afecte a la pretensión de una u otra parte procesal— está en la obligación de analizar si se ha constituido debidamente esa relación jurídica de la que habla el tratadista citado. En la especie, como bien ha concluido el tribunal de última instancia, al pronunciarse sentencia en un caso de resolución de contrato de compraventa, ha de tomarse muy en cuenta este aspecto, ya que de pronunciarse sentencia condenatoria en contra de la parte demandada, al estar frente a una decisión que afecta a la sociedad conyugal —pues el contrato cuya resolución se pide fue celebrado por el demandado de estado civil casado e intervino también su cónyuge— la demanda de resolución del contrato de compraventa debía dirigirse en contra de los dos cónyuges. Si bien el inciso primero del artículo 180 del Código Civil dice que "Tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, el cónyuge que, por decisión de los contrayentes, conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales; a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido", sin embargo, de proceder la acción resolutoria, como bien anota el tribunal ad quem "como la acción resolutoria comporta la devolución del inmueble y su exclusión del haber común, estamos ya ante un acto extraordinario para el cual se requería contar con los dos cónyuges, como litis consortes necesarios...", coincidiendo con los razonamientos expresados por esta Sala en múltiples fallos sobre el tema y que están transcritos en líneas precedentes.. No procede, por lo tanto, la acusación de los recurrentes de que se han violado las normas sustantivas citadas, así como el artículo 278 del Código de Procedimiento Civil.- **CUARTO:** Los recurrentes alegan que la sentencia de última instancia incurre en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, por no haberse resuelto todos los puntos sobre los que se trabó la litis ya que, según manifiestan, el tribunal analiza todo menos el asunto por el cual se ha iniciado esta demanda de resolución de los contratos de compraventa suscritos entre los recurrentes y el demandado, y "...tales considerandos y argumentos (de la sentencia) no son aplicables para el contrato de promesa ya que en éste ni siquiera se requiere que el promitente vendedor sea

dueño de la cosa prometida en venta, por lo cual no es necesaria la comparencia del cónyuge ni de ninguna otra persona y cualquier otra actitud que deba tomar el promitente vendedor para cumplir con este contrato, es de su exclusiva responsabilidad” Examinado el libelo de demanda, se advierte que, efectivamente, la pretensión de los cónyuges Endara- Moncayo fue la de que se resuelvan tanto la compraventa que celebraron con los cónyuges Larreátegui-Vela como la promesa de venta que celebraron exclusivamente con el Arquitecto Emilio Larreátegui ; ahora bien, en el fallo de última instancia únicamente se analiza la demanda de resolución de la compraventa, pero no se refiere para nada a la promesa de venta, no obstante ser parte del objeto del controvertido, por lo que el fallo impugnado ha incurrido en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación y debe ser casado.

QUINTO: Asumiendo momentáneamente las atribuciones de tribunal de instancia, la Sala procede a hacer el análisis de la demanda de resolución de la promesa de compraventa, pretensión que, efectivamente como señalan los recurrentes, no era necesario dirigirla a los cónyuges Larreátegui-Vega, sino que debía proponerse exclusivamente contra el Arquitecto Emilio Larreátegui, ya que se trata de una obligación de hacer que vincula exclusivamente al promitente vendedor con los promitentes compradores y que de ninguna manera compromete a la sociedad conyugal o a la cónyuge del promitente vendedor. Habiéndose acumulado en un mismo libelo de demanda las pretensiones de resolución de la compraventa y de resolución de la promesa de venta, es necesario analizar si procedía o no tal acumulación, tanto más cuanto que el demandado propuso la excepción de indebida acumulación de acciones (excepción sexta a fojas 73 vta.). El artículo 75 del Código de Procedimiento Civil dice: “Se puede proponer en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias o incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación; a menos que, en este último caso, el actor pida que todas se sustancien por la vía ordinaria.” A su vez el artículo 76 ibídem dispone: “No podrán demandar en un mismo libelo dos o más personas, cuando sus derechos o acciones sean diversos o tengan diverso origen. Tampoco podrán ser demandadas en un mismo libelo dos o más personas por actos, contratos u obligaciones diversos o que tengan diversa causa u origen”. La doctrina señala que “cabén en el procedimiento tres clases de acumulaciones: de acciones, de personas y de juicios. Hay la primera, cuando en la misma demanda, se deducen dos o más acciones; la segunda, cuando, en el mismo juicio, son dos o más los actores o los demandados; y la tercera, cuando, propuestas separadamente dos o más demandas, esto es, promovidos dos o más juicios, se reúnen los procesos, para que los puntos discutidos en todos ellos sean decididos por una sola sentencia.” (Peñaherrera, Lecciones, t. III p. 207). En la especie, hay acumulación de acciones, ya que se pide en un solo libelo la declaratoria de resolución de una compraventa, con fundamento en lo que dispone el artículo 1840 del Código Civil, e igual declaratoria respecto de una promesa de venta, con fundamento en lo que previene el artículo 1532 ibídem. Para que en un mismo libelo de demanda se puedan acumular dos o más pretensiones (acciones, en la terminología del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil), es necesario que concurran los siguientes requisitos:-a) Que las pretensiones (acciones) no sean contrarias ni incompatibles ni que requieran de distinta sustanciación; b) Que haya identidad de las partes litigantes (Peñaherrera, cit. t. III, p. 209), o sea, para que haya acumulación de pretensiones (acciones), al amparo de lo que dispone el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, es imperativo que sean unos mismos actores y unos mismos demandados. “Es libre para el actor

acumular en una demanda dos o más acciones que tenga contra la misma persona, por extrañas que sean entre sí; pues de ello no resulta sino economía de gastos y atenciones para los litigantes que, de otra manera, tendrían que seguir dos o más juicios distintos. A la sociedad misma, por otra parte, le interesa la disminución de los litigios, que ordinariamente suscitan enemistades y disturbios, capaces, a veces, de comprometer el orden público...” (Peñaherrera, cit. t. III, p. 207). Los únicos casos en que no puede realizarse la acumulación de pretensiones (acciones) son los señalados en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil. Pero, debe anotarse que “para la acumulación de acciones no exige la ley sino la identidad de las partes litigantes”, por lo tanto, si resultan ser distintos los actores o los demandados en las diversas pretensiones propuestas en un mismo libelo, la acumulación de pretensiones sería inepta. En la presente causa se ha determinado que, respecto de la acción resolutoria de la compraventa, debieron ser demandados el Arquitecto Emilio Larreátegui y su cónyuge Catalina Vega Jiménez, como litis consortes pasivos, pero se omitió demandar a la señora Vega Jiménez por lo que no se integró debidamente a la parte demandada por lo que el proceso adolece de falta de legítimo contradictor, en la doctrina conocida como falta de legitimación en la causa o “legitimatío ad causam”, por lo que no pudo prosperar la demandada resolución de la compra venta. Ahora bien, respecto de la resolución de la promesa de compraventa, efectivamente como señalan los recurrentes, no era necesario demandar a los cónyuges Larreátegui-Vega, se debía dirigir la acción exclusivamente contra el Arquitecto Emilio Larreátegui, ya que se trata de una obligación de hacer que vincula exclusivamente al promitente vendedor con los promitentes compradores y que de ninguna manera compromete a la sociedad conyugal o a la cónyuge del promitente vendedor. Pero debe anotarse que, debiendo ser los demandados en la resolución de la compraventa los cónyuges Larreátegui-Vela y en la resolución de la promesa únicamente el Arquitecto Larreátegui, no existe la identidad de partes actora y demandada que es requisito fundamental para que pueda realizarse la acumulación de pretensiones (acciones) al tenor de lo que dispone el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, por lo que se produjo una indebida acumulación de pretensiones (acciones), y por cuanto no han de ser las mismas personas las demandadas en una acción resolutoria de la compraventa y en la acción resolutoria de la promesa, tampoco cabe la acumulación subjetiva al tenor de lo que dispone el artículo 76 del mismo cuerpo legal, sino que necesariamente deberán presentarse por separado las demandas resolutorias. Por lo tanto, al haberse producido una indebida acumulación de pretensiones (acciones) las mismas no proceden. Por las consideraciones que anteceden, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, casa parcialmente la sentencia pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Quito, y se rechaza la demanda de resolución de la promesa de venta otorgada por el Arq. Emilio Larreátegui Yépez a favor de Jorge Endara Moncayo y Thalía Carvajal Piedra el 25 de agosto de 1994, ante el Notario Público Vigésimo Tercero del cantón Quito, Dr. Roberto Arregui Solano, por haberse acumulado indebidamente esta pretensión (acción) con la de resolución de la compraventa otorgada por los cónyuges Larreátegui-Vega a favor de los cónyuges Endara-Carvajal, celebrada 25 de agosto de 1994, ante el Notario Público Vigésimo Tercero del cantón Quito, Dr. Roberto Arregui Solano. No se casa la sentencia en la parte que rechaza la resolución del contrato de compraventa antes referida, por hallarse ajustada a derecho. Se deja a salvo los derechos de los

actores para que intenten en debida forma las acciones de las que se crean asistidos. Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.- ff.) **Doctores Ernesto Albán Gómez, Santiago Andrade Ubidia y Galo Galarza Paz, MINISTROS JUECES.-**

3.2.2.3. RECURSO ACEPTADO TOTALMENTE:

Resolución No. 483-99: G.J. No. 2 Serie XVII R.O. 333 de 7-dic-99.- Ordinario No. 78-94 por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio propuesto por Juan Estévez Vega y María Sánchez contra María Estévez Vega y de los herederos de Eufrasia Vega Báez: “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL .- Quito, 09 de Septiembre de 1999; las 15:00.- “**VISTOS:** Juan Eliecer Estévez Vega, por sus propios derechos y como procurador común de María Consolidación Sánchez interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, dentro del juicio ordinario que, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio siguen en contra de María Estévez Vega y de los herederos de Eufrasia Vega Báez, confirmatoria de la de primer nivel, que rechaza la demanda y la reconvención. Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal ad quem, sube el proceso a conocimiento de esta Corte Suprema de Justicia y en virtud del sorteo de ley, se radica la competencia en la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la cual para resolver considera: **PRIMERO:** El recurso de casación se ha interpuesto dentro del término legal respecto de una sentencia ejecutoriada que pone fin a un proceso de conocimiento sustanciado por la vía ordinaria, por quien ha recibido agravio en la misma y el escrito de interposición y fundamentación del recurso reúne los requisitos de forma exigidos por el Art. 6 de la ley de casación en su texto vigente a la época de interposición del recurso, y a este proceso de casación se le ha dado el trámite dispuesto por la Ley de la materia.- **SEGUNDO:** El recurrente ha señalado como normas infringidas las contenidas en los Arts. 734 y 748 del Código Civil. Fundamenta su recurso de casación en la causal primera del Art. 3 de la Ley de la materia, en cuanto hay errónea interpretación e indebida aplicación de las normas de derecho. Al análisis de estos cargos formulados contra la sentencia de última instancia se contrae la competencia de este Tribunal de Casación. **TERCERO:** El cargo contra el fallo recurrido se contrae a la errónea interpretación e indebida aplicación del Art. 734 del Código Civil, que define la posesión como la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño, por cuanto a pesar de que la escritura de promesa de compraventa otorga la posesión a los actores, la Corte Superior rechaza la pretensión por estimar que no han tenido sino la mera tenencia del bien.- La sentencia impugnada, en su considerando cuarto dice: “A fojas 33 y 34 se ha adjuntado copia de la escritura de promesa de compraventa otorgada por Vega Báez Eufrasia a Juan Eliecer Estévez Vega y María Consolidación Sánchez, sobre el lote materia de la demanda, que acredita la situación de los demandantes de ser mero tenedores y no de poseedores aunque en dicha escritura se les haya otorgado la posesión; pues, reconocen dominio ajeno, esto implica, que aunque estando el lote en poder de los accionantes, el dueño no ha perdido la posesión como bien lo analiza la señorita juez a quo, se trata de un acto de mera tenencia y mera tolerancia que no puede servir de fundamento para la prescripción adquisitiva”.- **CUARTO:** El tema discutido es si la escritura pública de promesa de compraventa, que otorga la posesión, constituye una

situación de mera tenencia al amparo del Art. 748 del Código Civil, como lo estima el tribunal de última instancia, o por el contrario, y según los actores, ahora recurrentes, otorga la posesión a la cual se refiere el Art. 734 del Código Civil. El Art. 734 del Código Civil determina como elementos constitutivos de la posesión: el corpus y el ánimos domini. El corpus es el elemento físico o material de la posesión; es la aprehensión material de la cosa y el hecho de estar la misma a potestad o discreción de la persona. El corpus es la relación de hecho existente entre la persona y la cosa; el conjunto de actos materiales que se están realizando continuamente durante el tiempo que dure la posesión. El corpus constituye, pues, la manifestación visible de la posesión, la manera de ser comprobada por los sentidos. El ánimos es el elemento psíquico, de voluntad que existe en la persona, por el cual se califica y caracteriza la relación de hecho; sirve por así decirlo, de respaldo a los actos posesorios ejercidos sobre la cosa; es la voluntad de tener la cosa para sí de modo libre e independiente de la voluntad de otra persona y en función del derecho correspondiente; es la voluntad de conducirse como propietario sin reconocer dominio alguno. La posesión y la mera tenencia se distingue en que mientras la primera existe con independencia de toda situación jurídica, “se posee porque se posee” según dispone el Código Civil argentino (cita del doctor Víctor Manuel Peñaherrera en su obra “La Posesión”), la tenencia, en cambio, surge siempre de una situación jurídica, supone en su origen un título jurídico. Aquí el tenedor reconoce el derecho real del propietario. La posesión es, pues, el poder de hecho, la tenencia, el poder de derecho. Por ello a pesar de tener la posesión y la mera tenencia un elemento común, cual es el material o corpus, se diferencian en que en la tenencia se realiza por el sujeto de la misma, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (Art. 748 del Código Civil), en cambio en la posesión el poderío sobre la cosa se ejerce con animo de señor y dueño, es decir con animus domini.- Lo dicho sobre la mera tenencia se evidencia en los contratos de usufructo, de arrendamiento, comodato, entre los más comunes, en todos ellos el que tiene una cosa (corpus), lo hace reconociendo dominio ajeno (sin ánimos); en todos estos contrato, el poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquier otro título no translativo de dominio (Art. 759 del Código Civil). Sólo se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúa (Art. 760 del Código Civil).- **QUINTO:** Sobre si el contrato de promesa de compraventa otorga la posesión o la mera tenencia, la jurisprudencia en nuestro país ha acogido el siguiente criterio: “el que se posesionó de un terreno en virtud de contrato de promesa de venta, no es poseedor sino mero tenedor, porque no puede tener ánimo de señor y dueño, ya que solamente podía llegar a serlo por la correspondiente enajenación” (jurisprudencia tomada de la obra Derecho Civil del Ecuador, Tomo VII: “El Dominio y Modos de Adquirir”, Reimpresión de la Segunda Edición de Juan Larrea Holguín, p. 326), lo dicho tiene su razón de ser en que, en efecto, no basta la promesa de celebrar un contrato de compraventa, para que el inmueble a que se refiere entre a formar parte del patrimonio del promitente comprador; el mismo criterio había sido mantenido tradicionalmente por la Corte de Colombia “fundando su doctrina fundamentalmente en el hecho de que el promitente comprador no tenía ánimo de dueño ya que en forma clara y consciente conocía a perfección que el propietario era su promitente vendedor, además por el hecho mismo de la promesa tenía plena conciencia de que aún no era ni se sentía propietario sino en sentido metafórico ‘pre propietario’”. Este fue el camino seguido por la Corte

Superior de Quito al juzgador el caso.- **SEXTO:** Sin embargo, el criterio tradicionalmente adoptado, además de ser, a todas luces, carente de equidad, omite realizar el análisis del elemento característico de la posesión que lo distancia de la mera tenencia: el ánimo; y, que a criterio de este Tribunal está presente en quien ha celebrado un contrato de promesa de compraventa y además ha pagado la totalidad del precio. Juan Larrea Holguín, refiriéndose a estos casos dice: “estos casos son muy frecuentes y más difíciles de juzgar, porque, si bien la costumbre no constituye derecho, y se presume que la ley es conocida por todos, sin embargo, hay que reconocer una especie de error común que sufren innumerables personas que pagan todo el precio de un inmueble, entran en posesión material de él, celebran una escritura que consideran que les da el dominio, y que en realidad solamente les promete la venta, y después de quince años de posesión pública, pacífica y con buena fe subjetiva, resultaría inicuo que no se les reconociera haber adquirido por prescripción extraordinaria, siendo así que no ha habido ningún acto de reconocimiento del dominio ajeno durante los quince o más años, sino únicamente en el momento inicial, cuando se hizo la promesa de compraventa, y aún allí, como queda descrito, en una forma confusa e interpretada diversamente por el poseedor (Ob. citada p. 326).- El autor colombiano Luis A. Acevedo Prada, también dice: “Una de las formas más comunes de adquirir la posesión material de los bienes es mediante una promesa de compraventa o de permuta en desarrollo de la cual se pacta dentro de sus cláusulas la entrega anticipada de la posesión a ciencia y paciencia de los contratantes” y “Afortunadamente la interpretación jurisprudencial anterior cedió su paso a otra más acorde jurídica y psicológicamente con la realidad que refleja la situación fáctica que se desprende de la celebración de una promesa de contrato en el que se pacta la entrega anticipada de la posesión material”(La Prescripción Y Los Procesos Declarativos de Pertenencia, “Acciones e Interdictos Posesorios”, tercera Edición, Ed. Librería El Foro de la Justicia, Bogotá, 1987, p. 121). Uno de los fundamentos, que ha dado la Corte Colombiana, para sostener el criterio de que la promesa de compraventa es generadora de posesión material dice: “Tiénese, entonces, que en el caso de la litis en que las partes, por haberlo pactado así, anticiparon desde el principio la ejecución de las prestaciones propias del contrato prometido, la situación del promitente comprador que recibió materialmente la cosa, no era la de quien viniese a tener ésta para el promitente vendedor, sino la de quien entraba a ocuparla por cuenta propia, es decir, con ánimo de señor y dueño, y a la espera de que por aquel se le otorgase la escritura pública de la venta, única formalidad faltante en orden al perfeccionamiento del negocio. Vale decir que la situación del promitente comprador era, desde el momento en que la cosa objeto de la venta prometida le fue materialmente entregada, la de un verdadero poseedor, así fuera irregular, porque al recibir para sí en cumplimiento anticipado de la prevista compraventa, infundió a su tenencia el ánimo de dueño. Es por esto por lo que la antigua doctrina de la Corte, que consideraba como mero tenedor a quien había recibido la cosa con base en una promesa de compraventa, no tuvo perduración. Y la Corte, al estudiar la posición del promitente comprador que ha recibido la cosa, dijo, ‘En realidad, N.N. recibió las cosas en posesión material, no como simple tenedor a nombre de otro y sobre esta base sí puede fundarse la acción de dominio o reivindicatoria’ (jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, G.J. LXXXVII, 696, citada en la obra de Luis A. Acevedo Prada, p. 124). El profesor Arturo Valencia Zea, en su obra La Posesión, al estudiar los requisitos de la prescripción extraordinaria enseña lo siguiente: “El simple hecho de poseer sirve de fundamento para

esta clase de prescripción. No se exige la buena fe en la adquisición de la posesión, como tampoco un título idóneo de transferencia de la propiedad, dada la circunstancia de que el poseedor puede iniciar una posesión totalmente nuevo, es decir, originaria... No indica lo expuesto que quien alega la prescripción extraordinaria sea necesariamente un poseedor de mala fe o un poseedor originario, pues podría suceder que adquirió de buena fe, pero no se formalizó la transmisión de la propiedad. En este caso se encuentra la persona a quien se le entrega la posesión de un inmueble que ha comprado, más por una u otra circunstancia no se lleva a efecto la formalización del negocio jurídico".(Tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1983, p. 416).- **SEPTIMO:** La Sala comparte el criterio expresado por los tratadistas y encuentra que el cargo de errónea interpretación e indebida aplicación del Art. 734 del Código Civil es procedente en cuanto ha omitido analizar un elemento primordial de la posesión, cual es el *ánimus*; razón por la cual, le corresponde a este Tribunal de Casación subsanar el error en que ha incurrido el tribunal ad quem al dictar el fallo recurrido y dictar el que corresponde, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 14 de la Ley de Casación, asumiendo esta Sala, desde este momento, las facultades de un Tribunal de instancia conforme, así lo expresa la doctrina y entre ellos el autor español Manuel de la Plaza, quien en su obra "La Casación Civil" dice: "una vez dictada la sentencia que se llama de fondo, dicta la de instancia y, por un momento, se convierte en Tribunal de esa clase, y señala en la expresada resolución, los efectos que la casación ha determinado en la resolución de los Tribunales a quo", coincidente con este criterio es lo expresado por Fernando de la Rúa, que dice: "Si el Tribunal estimare que la resolución impugnada ha violado o aplicado erróneamente la ley, la casará y resolverá el caso conforme a la ley y a la doctrina cuya aplicación se declara..." "se concede al tribunal de casación la función francamente positiva de aplicar concretamente la norma debida al caso sometido a su decisión, a la manera de una tercera instancia *in jure*" ("El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino", editor Víctor P. De Zavala, Buenos Aires, 1968, pág. 250) y lo escrito por el autor colombiano Alvaro Pérez Vives, que manifiesta: "Cuando la Corte halla que es del caso invalidar el fallo recurrido, así lo declara y procede a continuación a dictar la sentencia de instancia. En tal evento, la parte resolutive estará compuesta por una decisión de casación y un fallo de instancia".("Recurso de Casación", Editorial Centro-Instituto Gráfico Limitada, Bogotá, 1946, pág. 144, 145).- **OCTAVO:** Para que opere la prescripción adquisitiva de dominio, conforme lo señala la doctrina (véase: Alessandri y Somarriva, Curso de Derecho Civil, T. II, De los Bienes, editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1957, p. 524), han de concurrir tres requisitos: 1) una cosa susceptible de esta prescripción; 2) Existencia de posesión; 3) Transcurso de un plazo; pero ha de anotarse que la jurisprudencia de esta sala de lo Civil y Mercantil ha establecido además otro presupuesto para el ejercicio eficaz de la acción de prescripción extraordinaria de dominio, a fin de que la sentencia que declare la prescripción surta efectos plenos efectos una vez inscrita, este presupuesto es que el fallo se haya pronunciado dentro de un proceso contencioso, con legítimo contradictor (Resolución 129-99 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dictado el 25 de febrero de 1999, dentro del juicio ordinario N° 251-98 que, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, siguen Heriberto Estrella y otra en contra de Antonio Carrillo y otros, publicada en el Registro Oficial N° 161 de 01 de abril de 1999; Resolución 265-99 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dictado el 27 de abril de 1999, dentro del juicio ordinario N° 26-96 que, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio

sigue Olga Pascal en contra de María Rosario Pascal y otros).- Sobre este último requisito, esta Sala, en los fallos citados, ha dicho: “es verdad que el Art. 2434 del Código Civil en su numeral primero declara que cabe prescripción extraordinaria contra título inscrito, pero esta norma no puede llevarnos al error de considerar que se puede proponer la controversia contra cualquier persona (peor todavía que se la pueda plantear contra persona indeterminada) sino que necesariamente se lo deberá dirigir contra quien conste en el registro de la propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende ha prescrito, ya que la acción va dirigida tanto a alcanzar la declaratoria de que ha operado este modo de adquirir la propiedad a favor del actor, cuanto a dejar sin efecto la inscripción que aparece reconociendo el derecho de propiedad a favor del demandado porque se ha operado la prescripción, ´que ha producido la extinción correlativa y simultánea´ del derecho del anterior dueño. De lo anterior se concluye que en los juicios de declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio se ha de dirigir la demanda contra la persona que, a la época en que al proponerla, aparece como titular del dominio en el registro de la propiedad, ya que se va a contradecir su relación jurídica sustancial, porque si se propone contra otra persona no habrá legitimación pasiva en el demandado, no habrá la legitimatio ad causam ya que no será la persona ´a quien conforme a la ley corresponde contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declara la relación jurídica sustancial objeto de la demanda´ (Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, T. I, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1993, p. 270)”. Por lo expuesto, una parte fundamental de la actividad probatoria en el juicio de prescripción adquisitiva de dominio debe conducir a demostrar la titularidad del dominio de la parte demandada, prueba que, dada la organización de nuestro sistema registral, se cumple de modo eficaz exclusivamente gracias a la presentación en juicio del certificado extendido por el Registrador de la Propiedad en el que aparezca que la parte demandada consta en el libro de registro de propiedad a su cargo, como titular de dominio del inmueble, cuya propiedad se pretende haberse adquirido por el modo de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y solo así se puede acreditar que está cumplido el cuarto presupuesto, esto es, contar en el juicio con legítimo contradictor. En la especie, los actores han dirigido su acción contra María Regina Estévez Vega, los herederos de Mercedes y Efraín Estévez Vega y demás herederos presuntos y desconocidos de la señora Eufrasia Vega Báez; sin embargo, no aparece del proceso el certificado del registro de la propiedad correspondiente, única prueba capaz de acreditar eficazmente la titularidad del dominio de una persona sobre un bien inmueble, por lo que este Tribunal estima que no hay legítimo contradictor. La razón para lo dicho radica en el deber del juez de asegurar que la sentencia dictada sea eficaz y surta los efectos de ley respecto de las partes intervinientes en el proceso. Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, casa la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito y en su lugar desecha la demanda presentada por Juan Eliecer Estévez Vega, por sus propios derechos y como procurador común de María Consolidación Sánchez por falta de legítimo contradictor (o falta de legitimación en la causa de la parte demandada) dejando a salvo el derecho del actor para intentar la acción correspondiente .- Notifíquese

y devuélvase.- ff) **Dr. Tito Cabezas Castillo, Dr. Santiago Andrade Ubidia y Dr. Galo Galarza Paz, MINISTROS JUECES**¹⁵⁵.

3.2.3. Modelos de Recurso de Casación en materia civil, los cuales han sido obtenidos de la doctrina existente en nuestro país:

PRIMER EJEMPLO:

SEÑORES JUECES DE LA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, LABORAL Y MATERIAS RESIDUALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RÍOS

LEONEL CONTRERAS MINDA en el juicio ordinario de nulidad de escritura pública iniciado por **JOSÉ PACHECO RAMOS** y otros, respetuosamente, les digo: Dentro del término de la Ley interpongo el recurso de casación para ante la Sala de lo Civil, mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en la forma siguiente:

IDENTIFICACION DEL PROCESO Y DE LA SENTENCIA:

Presento este recurso de casación contra la sentencia dictada por ustedes **SEÑORES JUECES DE LA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, LABORAL Y MATERIAS RESIDUALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOS RÍOS**, en el juicio N°12101-2006-0529, el 8 de febrero del 2010, a las 9H05, que revoca la sentencia de primera instancia, Mediante auto pronunciado el día 20 de abril de 2010, a las 8H45, se negó la aclaración y ampliación de la sentencia que propuse.

LAS NORMAS DE DERECHO INFRINGIDAS: Las normas de derecho infringidas en la mencionada sentencia son las siguientes:

Arts. 1481, 1570 y 2174 el Código Civil; los arts. 169 y 178 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida.

Arts. 1461, 1478, 1480, 1481, 1482 y 1740 del Código Civil y los art. 25 de la ley de Modernización del Estado y el art. 18, numeral 5, de la ley Notarial, por errónea interpretación de estas normas.

Arts. 702 y 1699 del Código Civil y el art. 321 de la Constitución por falta de aplicación.

Asimismo, en la sentencia se violó los arts. 164 y 165 del Código de Procedimiento Civil por errónea interpretación.

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 483-99, Juicio No. 78-1994. Gaceta Judicial No. 2 Serie XVII, Registro Oficial No. 333 de 07 de diciembre de 1999, de fecha 09 de septiembre de 1999.

LAS CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN.- Al presente recurso de casación lo fundo en las siguientes causales: primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.

RELACIÓN DE LOS HECHOS: El día 27 de diciembre de 2004, mediante escritura pública celebradas ante el Notario Quinto del Cantón Babahoyo, el Comité Especial de Trabajadores de la Hacienda Sole María me vendió un lote de terreno de 56.7712 hectáreas ubicado en la Parroquia La Unión, del Cantón Babahoyo, Provincia de los Ríos, la mencionada escritura pública fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 12 de enero de 2005, con el N° 52 y anotado en el repertorio bajo en N° 73. Los señores: José Iván Pacheco Cortez, Federico Francisco Ramos Villalba, Oswaldo Saca Cayambe, Jorge José Toapanta Contreras y Juan Enrique Contreras Fernández, ante el Juzgado Segundo de lo Civil de Babahoyo, propusieron el juicio de nulidad de esta escritura pública y también de la suscrita entre el mencionado Comité Especial y Miguel María Márquez Ramírez; la demanda fue propuesta contra Víctor Manuel San Lucas Cortez, contra mí y otras personas. El juez de primera instancia desechó la demanda; la Sala de lo Civil, Mercantil, Laboral y de Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos revocó la sentencia y declaró la nulidad absoluta de las dos escrituras públicas. Contra esta sentencia, ante ya identificada, propongo el presente recurso de casación.

PROBLEMATICACIÓN: Expuestos los hechos es necesario encuadrarlos en lo jurídico. El caso sometido a juzgamiento es el de nulidad absoluta de escritura pública. Pero, ¿es real y jurídicamente nula la escritura pública que celebré con el Comité Especial de Trabajadores de la Hacienda Sole María? No, no lo es, y paso a demostrarlo.

LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: Fundamento el presente recurso de casación en la forma siguiente:

En primer lugar hago notar a la H. Sala que en la fundamentación de este recurso de casación solamente me voy a referir a mi escritura pública.

- **APLICACIÓN INDEBIDA DE NORMAS DE DERECHO**

La Sala de lo Civil, Mercantil, Laboral y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, en la sentencia mencionada, aplicó, indebidamente, los arts. 1481, 1570, 2174 del Código Civil; y los arts. 169 y 178 del Código de Procedimiento Civil.

Los arts. 1481, 1570 y 2174 del Código Civil se refieren al pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, a la promesa de celebrar un contrato y al contrato de renta vitalicia, respectivamente; pero, como dejo expuesto el problema sometido a este juzgamiento jurídico

no alude a estas materias sino, única y exclusivamente, a la nulidad absoluta de mi escritura pública.

Los arts. 169 y 178 del Código de Procedimiento Civil están normado: las partes esenciales del instrumento y al instrumento falso, en su orden; pero, el problema planteado en la demanda no fue relativo a estas materias, sino como lo expresé, a la nulidad absoluta de mi escritura pública.

Por lo tanto, en la sentencia ni siquiera se debió mencionar estos artículos, menos aplicarlos; al haberlo hecho se incurrió en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación que prescribe que el recurso de casación procede cuando en la sentencia exista aplicación indebida de normas de derecho y, en este caso, se ha aplicado en forma indebida estas normas jurídicas; es decir, normas que nunca debieron ser aplicadas se las aplicó y, con esta acción, se violó la Ley, se perjudicó mis intereses y se cometió una grave injusticia contra mí, porque esta aplicación indebida resultó ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia. En cambio, si no se hubiera aplicado estas normas, no se hubiera revocado la sentencia de primera instancia, ni se hubiera declarado la nulidad absoluta de mi escritura pública.

- **NO EXISTE OBJETO NI CAUSA ILÍCITA EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA QUE CELEBRÉ CON EL COMITÉ ESPECIAL DE TRABAJADORES DE LA HACIENDA SOLE MARÍA**

La sentencia contra la que propongo este recurso de casación, en el considerando Noveno dice, en forma textual: “9.4.- La nulidad absoluta de dichas escrituras celebradas el 27 y 28 de diciembre de 2004, devienen principalmente de objeto y causa ilícita, es decir, defecto de fondo y de forma, porque a la fecha de su celebración no se encontraba registrada la escritura de protocolización del auto de adjudicación, que se perfeccionó el dominio a partir de su inscripción (12 de enero de 2005) y al haberse inscrito estas escrituras que se impugnan el mismo día 12 de enero de 2005, no tiene en consecuencia los efectos jurídicos que exige nuestra legislación civil, y en conclusión las tres escrituras (...) aparecen registradas el mismo día 12 de enero del 2005”.

La H. Sala confunde entre nulidad del contrato de compraventa y nulidad de la escritura pública.-

Como se puede observar, la H. Sala, en la “escritura pública” existe objeto y causa ilícita y sobre ella funda la nulidad absoluta. ¿Por qué existe objeto y causa ilícita?. Según la H. Sala “Porque a la fecha de su celebración no se encontraba registrada la escritura de protocolización del auto de adjudicación”.

Aquí la H. Sala confunde los conceptos: en la escritura pública no existe objeto ni causa ilícita, estas categorías jurídicas se aplican al acto o contrato, no al instrumento público llamado escritura pública. El art 1461 del Código Civil prescribe que, para que una persona se obligue

para con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que, ese acto o declaración de voluntad, recaiga sobre un objeto lícito. ¿Sobre qué debe recaer el objeto lícito?. Sobre el “Acto o declaración de voluntad” y no sobre un instrumento. Entonces: si el acto o declaración de voluntad son lícitos el objeto también es lícito; en caso contrario, el objeto será ilícito y, en este caso, el contrato será nulo, de nulidad absoluta. Digo: el “Contrato será nulo”, no la escritura pública, como equivocadamente sostiene la H. Sala.

En cambio, ¿cuándo un instrumento público es nulo?. “Cuando no se han observado las solemnidades prescritas por la ley, o las ordenanzas y reglamentos respectivos”, así lo ordena el art. 170 del Código de Procedimiento Civil. Entonces, el instrumento público llamado escritura pública es nulo, no por objeto ni causa ilícita, sino porque no se observan la solemnidades a las que alude el mencionado artículo.

Nótese bien unas son las causas de nulidad del acto o contrato y otras la del instrumento, la de la escritura pública.

Entonces, de debe distinguir entre nulidad del acto y nulidad de la escritura pública tal como lo hace la Ley y la jurisprudencia; nunca se puede confundir estos conceptos porque al hacerlo se contraviene a ley expresa como en este caso: aquí se ha aplicado la categoría jurídica “objeto ilícito” a la escritura pública cuando se la debió aplicar al acto, nunca a la escritura pública.

La jurisprudencia nacional establece esta diferencia en la forma siguiente; “Una cosa es la escritura pública y otra el contrato, como son diversos los motivos o causas legales para que se declare la nulidad de uno y otro. Así el Art. 1481 del Código Civil, establece que” contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”; mientras que el Art. 26 de la Ley Notarial establece que “escritura pública es el documento matriz que contiene los actos o contratos y negocios jurídicos ordenados por la ley o acordados por voluntad de los interesados”. La nulidad y rescisión de los actos y contratos se contemplan en el Título XX del Libro Cuarto del Código Civil, mientras que la nulidad de los instrumentos públicos tienen que ver con las solemnidades prescritas por la ley (artículo 174 de Código de Procedimiento Civil), sienta normas específicas de nulidad de las escrituras públicas las establecidas en el capítulo IV de la Ley Notarial”. (Gaceta Judicial: Serie XVI, N°7, pág. 1784).

Al haber confundido nulidad del acto y nulidad de escritura pública y haberse aplicado las normas que debían aplicarse al acto y no a la escritura pública, la H. Sala ha hecho una errónea interpretación de normas de derecho que resultaron ser determinantes en la parte dispositiva de la sentencia puesto que, por esta equivocación, se resolvió declarar la nulidad absoluta de

mi escritura pública. Concretamente, se erró en la interpretación de los arts. 1461, 1480, 1481 y 1482 del Código Civil.

Regreso a la opinión equivocada de la H. Sala y me pregunto: ¿la inexistencia de inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura pública constituyen el objeto y la causa ilícita del contrato de compraventa que celebré?. De ninguna manera y, para saberlo, debemos analizar en qué consiste el objeto y la causa ilícita.

En primer lugar analizaré el objeto lícito.

1. El objeto lícito

De conformidad con lo que prescribe el art. 1461 del Código Civil, para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que, ese acto o declaración de voluntad, recaiga sobre un objeto lícito.

¿Qué es el objeto lícito? “Objeto lícito es el que se conforma con la ley, es reconocido por ella y lo protege y ampara” (Luis Claro Solar: Explicaciones de Derecho Civil, Chileno y Comparado, tomo XI, N°864, pág. 264).

Ahora bien, el predio que adquirí mediante el mencionado contrato de compraventa ¿es lícito?. Si lo es, por las razones jurídicas siguientes: porque es real y determinado; porque no está fuera del comercio, ni embargado; porque se lo puede transferir ; porque no es un objeto prohibido por la ley ni por la moral; ni contrario a la naturaleza o a las buenas costumbres o al orden público. Ni el contrato de compraventa que celebré está prohibido por las leyes. Por lo mismo, tanto el predio que adquirí como el contrato de compraventa, se conforman con la ley y ésta los reconoce como objetos lícitos y los protege jurídicamente.

2. El objeto ilícito

El art. 1478 del Código Civil prescribe que: “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”. El art. 1480 dispone que: “Hay objeto ilícito en la enajenación: De las cosas que no están en el comercio; De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y, De las embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello”. El art. 1482 del mismo Código Civil dice: “Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones,

audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes". El art. 1477 expresa: "No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.- la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público"

Entonces, ¿a qué se denomina objeto ilícito?. "Entendemos, pues, por objeto ilícito el que versa sobre cosas in comerciables o sobre hechos o contratos prohibidos por las leyes, o sobre hechos contrarios a las buenas costumbres o al orden público" (Avelino León Hurtado: El Objeto en los Actos Jurídicos.- Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958, pág. 44)

¿Existe objeto ilícito en el contrato de compraventa del inmueble que adquirí?. No existe, porque no contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. ¿Qué es el Derecho Público? Es el conjunto de normas jurídicas que organizan el Estado, que fijan las atribuciones y competencias del Poder Público. En el caso en cuestión, el contrato de compraventa que celebré no contraviene el Derecho Público Ecuatoriano porque en su celebración no se violó ninguna de las normas jurídicas que organizan el Estado ecuatoriano, ni a las que fijan atribuciones y competencias del Poder Público.

Tampoco existe objeto ilícito porque no se cumplen las demás condiciones establecidas en los artículos que transcribí más arriba.

En consecuencia, si el objeto no es ilícito, debemos concluir, necesariamente, que el contrato de compraventa del inmueble que adquirí tiene como base un objeto lícito.

3. La causa lícita

El art. 1461 del Código Civil prescriben que, para que una persona se obligue para con otra un acto o declaración de voluntad, se requiere que, ese acto o declaración de voluntad, tenga una causa lícita.

El art. 1483 del mismo Código Civil dispone: "No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura libertad o beneficencia

es causa suficiente.- Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato (...)"

¿Qué es la causa lícita?. Es la que se funda en la ley, es conforme a la moral vigente y al orden público.

El contrato de compraventa tantas veces mencionado ¿tiene como base una causa lícita?. Sí, la tiene, porque el motivo que indujo a compradores y vendedores a celebrar el contrato se fundó en la ley y estuvo y está de acuerdo con la moral y con el orden público.

4. La causa ilícita

¿Qué es la causa ilícita?. Según el inciso segundo del 1483 del Código Civil se entiende por "Causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público". El mismo artículo, en el inciso tercero trae varios ejemplos de causa ilícita: "La promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita", así dice, en forma expresa esta norma jurídica.

Ahora bien: en el contrato de compraventa que celebré no existe causa ilícita porque en él no me comprometí a "Dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral", sino a adquirir un inmueble y la adquisición de inmuebles no está prohibida por la ley, ni es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

5. ¿Constituye objeto y causa ilícita el hecho de que las tres escrituras públicas se hubieren inscrito, en el mismo día, en el Registro de la Propiedad?

Se debe recordar que para la H. Sala el objeto y la causa ilícita en el hecho de que el momento de la celebración de mi escritura pública no se encontraba registrada la escritura de protocolización de auto de adjudicación del predio mencionado; pero, como ya vimos, esto no constituye ni objeto ni causa ilícita porque estos conceptos responden a otras acusas, tal como prescriben los arts. 1478, 1480, 1481, 1482 y 1483 del Código Civil.

Para poner de relieve la equivocación de la H. Sala al sentenciar este juicio voy a precisar la forma y la manera cómo se efectuó la tradición del dominio de los predios, cuándo y en qué orden.

En primer lugar señalamos que la tradición de los tres pedidos se efectuó en forma legal y oportuna tal como lo prescribe la Ley puesto que se inscribió el título en el Registro de la Propiedad del Cantón Babahoyo y esta es la forma de efectuar la tradición tal como lo ordenan los arts. 702 y 1740 del Código Civil; por lo tanto, se cumplió estrictamente con la prescripción legal y, al estar legalmente inscrito mi título de propiedad, la venta se reputa perfecta (art. 1740 del Código Civil) y nada hay que objetar ni al acto o contrato ni a la escritura pública.

¿Cuándo se efectuó la inscripción en el Registro de la Propiedad de las tres escrituras públicas?. El día 12 de enero de 2005, y en esto es lo único en lo que no se equivoca la H. Sala; pero, en cambio, no reparó en el orden de inscripción y por esta omisión se equivocó totalmente al sentenciar.

Si bien en el mismo día se inscribieron las tres escrituras públicas, no se las inscribió el mismo momento ni a la misma hora, hubo una prelación, en la forma siguiente: primero se inscribió el auto de adjudicación del predio Sole María, con el N°51 del Registro de la Propiedad y se anotó en el repertorio bajo el N°72 el día 12 de enero del 2005. En cambio, mi escritura pública fue inscrita después con el N°52 del Registro de la Propiedad y se anotó en el repertorio bajo el N°73, el mismo día.

Esto significa que primero se efectuó la tradición del dominio del predio principal (Sole María) y, en consecuencia, se perfeccionó plenamente la adjudicación; luego una vez consolidado el dominio a favor del Comité Especial de Trabajadores, inscribí mi escritura pública en el registro de la Propiedad con lo que culminó el acto de la compraventa y se perfeccionó tanto el contrato como la escritura pública.

Entonces, me pregunto. ¿Dónde está y en qué consiste el objeto y la causa ilícita?. No existen, porque todos los actos jurídicos fueron efectuados conforme lo dispone la Ley y en el orden y la prelación cronológica que se requiere en estos casos; en consecuencia, el contrato de compraventa por el que adquirí mi predio se reputa perfecto porque se lo celebró mediante escritura pública y ésta se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad luego de haberse inscrito el predio que contenía una superficie mayor, predio del cual formó parte mi actual propiedad.

En la sentencia no se aplicó el art. 702 del Código Civil porque de haberse aplicado se hubiera concluido que si se efectuó en mi favor la tradición del predio que adquirí y no se hubiera declarado la nulidad absoluta de mi escritura pública; por lo tanto, procede también el recurso de casación por la falta de aplicación de esta norma jurídica que fue determinante en la parte dispositiva de la sentencia (causal primera del art. 3 de Ley de Casación).

También procede el recurso de casación por la errónea interpretación del art. 1740 del Código Civil puesto que, en la sentencia se debió investigar y afirmarse que la venta se reputó perfecta porque se la celebró mediante escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad (causal primera del art. 3 de la Ley de Casación).

EL ACTA DE LA ASAMBLEA DEL 22 DE DICIEMBRE DEL 2004 ¿ES UNA COPIA

SIMPLE? La H. Sala también se equivoca al sostener que el acta de 22 de diciembre de 2004 “Es una copia simple que no tiene ningún valor jurídico”.

A fojas 753 del proceso se ha adjudicado el acta original del 22 de diciembre del 2004 por la que se resolvió adjudicarme y venderme el mencionado lote de terreno, en dicha acta constan las firmas originales de todos los asistentes a la sesión. Asimismo, en la escritura pública se adjuntó esta misma acta en copia certificada por el Secretario de Actas y Comunicaciones. Por lo tanto, ambos documentos son auténticos y no adolecen ni de nulidad ni de falsedad alguna. Este documento no es una copia simple como afirma la H. Sala y surtió plenos efectos jurídicos.

El inciso primero del art. 164 del Código del Procedimiento Civil prescribe: “Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado”. El art. 165 del mismo Cuerpo de Leyes dispone: “Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, o sea todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo”.

¿Acaso el acta mencionada no estuvo autorizada por el competente empleado?. ¿Acaso el Secretario de Actas y Comunicaciones que autenticó dicha acta no lo hizo en su calidad de encargado de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo?. En este caso ocurrió que, no sólo que el acta fue autorizada por el competente empleado sino que, además, se presentó el original auténtico de dicha acta; por lo tanto, esa acta es auténtica, es instrumento público y surte todos los efectos jurídicos que la Ley asigna y los jueces están obligados a darle el valor de prueba plena que tiene.

En cambio, en el presente caso, la H. Sala procedió al revés: al acta auténtica le negó su valor jurídico y probatorio y, al negárselo, violó los arts. 164 y 165 del Código de Procedimiento Civil y, por efecto de esta violación, declaró en su sentencia la nulidad absoluta de mi escritura pública desconociendo la validez que ella posee y la perfección de la venta efectuada en mi favor, por lo que, la violación de las mencionadas normas, produjo también la violación del art. 1740 del Código Civil.

En consecuencia, cabe también el recurso de casación por la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación.

Aquí, además, la H. Sala aplicó mal los arts. 25 de la Ley de Modernización del Estado y el art. 18, numeral 5, de la Ley Notarial al exigir que, necesariamente, el acta mencionada debió haber sido autenticada por un notario y no por el Secretario. El art. 25 dispone que: “El Estado y las entidades del sector público que conforman la administración pública admitirá como prueba las fotocopias de documentos originales, públicos o privados, si es que se encuentran certificadas de conformidad con el numeral 5 del artículo 18 de la Ley Notarial”, pero de ninguna manera obliga que se admita como prueba los demás documentos, tanto los auténticos, los originales, como los certificados por el competente empleado o por quien es responsable de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo.

Insistimos: el acta original que fue presentada en el proceso y la copia que fue autenticada por el Secretario son instrumentos públicos y auténticos y no hacía falta que la autentique un notario.

FALTA DE DERECHO DE LOS ACCIONANTES PARA DEMANDAR LA NULIDAD ABSOLUTA DE MI ESCRITURA PÚBLICA.-

Los accionantes carecen de derecho para presentar esta demanda y exigir que se declare la nulidad absoluta de mi escritura pública, porque ellos no son los propietarios de la hacienda Sole María, ni tienen su representación legal, ni, individualmente, tienen la facultad de ejercer los derechos que le corresponde al Comité Especial. El propietario y representante legal es el Comité Especial de Trabajadores de dicha hacienda; por lo tanto, ellos, y ninguna otra persona a título personal y siempre que no hubiere ocurrido lo prevenido por el art 1699 del Código Civil.

Este artículo prescribe que: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (...)”

Los que ejecutaron el acto de la compraventa fueron los miembros del mencionado Comité Especial y si ese acto estuvo viciado, como afirma la H. Sala, entonces, ni siquiera ellos pudieron haber presentado la demanda de nulidad pro expresa prohibición del art. 1699 del Código Civil. Nótese que, en este caso, ni siquiera los propietarios pueden iniciar una demanda de este tipo, menos los accionantes que no son propietarios; por lo tanto, debió desecharse la demanda por falta de derecho de los accionantes.

Más aún: el señor José Iván Pacheco Cortez asoma suscribiendo la demanda, luego de haberme cedido legalmente sus derechos; este acto no sólo que es de mala fe, sino que raya en lo doloso porque

ni siquiera piensa devolverme el dinero que recibió por dicha cesión. Entonces: ¿cómo luego de cederme sus derechos me demanda a sabiendas de que no podía demandarme?

Y, efectivamente, no podía demandarme por expresa prohibición del art. 1699 del Código Civil, porque nadie puede beneficiarse de su propia culpa para evitar las consecuencias que le resultarían perjudiciales.

La H. Sala, en su sentencia, cita este artículo pero no lo aplica, si lo hubiera aplicado hubiera desechado la demanda. Por lo tanto, también cabe el recurso de casación contra esta sentencia por falta de aplicación del art. 1699 del Código Civil (causal primera del art 3 de la Ley de Casación).

VIOLACIÓN DE MI DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROPIEDAD.- La sentencia no solamente ha violado normas jurídicas como lo dejo señalado sino también las normas constitucionales que protegen mi derecho y el del Comité Especial de Trabajadores a la propiedad; el art. 321 de la Constitución expresamente garantizan este derecho al prescribir: “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta y que deberá cumplir su función social y ambiental”

Por lo tanto, cabe también este recurso de casación por la violación de esta forma constitucional (causal primera del art. 3 de la Ley de Casación).

CONCLUSIONES: Para un mejor conocimiento de la H. Sala resumo todo lo expuesto en las siguientes conclusiones:

- a) Los accionantes carecen de derecho para proponer esta demanda.
- b) No es nula, menos de nulidad absoluta, mi escritura pública.
- c) Tampoco es nulo el contrato de compraventa que celebré con el Comité especial de Trabajadores de la hacienda Sole María.
- d) La sentencia confunde entre nulidad del contrato de compraventa y nulidad de la escritura pública.
- e) En consecuencia: tanto el contrato de compraventa como la escritura pública que lo contiene gozan de plena validez jurídica.
- f) La sentencia viola mi derecho de la propiedad. Preocupación

CAUCIÓN: Con el objeto de que se suspenda la ejecución de la sentencia ofrezco rendir caución, solicito se fije el monto de la misma y que se me conceda el término para constituirla.

PETICIÓN: Por todo lo expuesto, pido a la Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia que case la sentencia dictada en segunda instancia y, en su lugar, dicte otra aplicando estrictamente las normas legales vigentes. Expresamente reclamo el pago de costas judiciales.

Solicito que se califique el presente recurso de casación, que se lo conceda y que se suspenda la ejecución de la sentencia hasta que la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia resuelva lo que en derecho procede.

Las notificaciones que me corresponda las recibiré en la ciudad de Quito en la Casilla Judicial N°... y autorizo al doctor N.N., Abogado, para que, a mi nombre y en mi representación, suscriba todos los escritos posteriores que fueren necesarios hasta la terminación del presente juicio y asista a la audiencia de estrados en caso de que fuere necesario.

SEGUNDO EJEMPLO: Libro Teoría General de los Recursos Procesales, obra del Dr. Jaime Rubiales, Segunda Edición actualizada, Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito-2003. Pag. 95 a 101.

ESCRITO RECURSO DE CASACIÓN

SEÑORES MINISTROS DE LA QUINTA SALA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE QUITO:

Yo, General Paco Moncayo Gallegos, Alcalde Metropolitano de Quito, conforme consta en el acta de posesión que en copia certificada adjunto, y como tal Presidente del Directorio del Fonsal, dentro de la causa 53-2001, propuesta por el Arquitecto Patricio Valencia Debenais, en contra del Municipio Metropolitano de Quito-Fondo de Salvamento del Patrimonio Cultural FONSAL, vengo ante usted e interpongo el siguiente recurso de casación para ante la Sala especializada de lo Civil y Mercantil de la Excm. Corte Suprema de Justicia.

I

La sentencia de la que estoy interponiendo recurso de casación, fue dictada por la Quinta Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Quito, el 20 de junio de 2001, a las 08h30, en el juicio No. 53-2001 propuesto ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo por el Arq. Patricio Valencia Debenais en contra del Municipio de Distrito Metropolitano de Quito-Fondo de Salvamento de Patrimonio Cultural, FONSAL.

II

Considero que la sentencia de la que interpongo el presente recurso de casación ha omitido las siguientes normas de derecho: Falta de aplicación de lo previsto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, que de modo imperativo dispone que los jueces y Tribunales declaren nulidad, aunque las partes no hubieran alegado la omisión cuando se trate de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios; es de resaltar que existe ilegitimidad de personería; además a falta de competencia por lo que tampoco se aplicó lo previsto en el artículo 355 ibídem, reglas 2ª. y 3ª.

También ha incurrido en la falta de aplicación de los artículos 273 y 280 del Código de Procedimiento Civil.

Existe falta de aplicación de lo dispuesto en el artículo 75 también del Código de Procedimiento, que señala “Se puede proponer en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles ni que requieran necesariamente diversas sustanciación, a menos que, en este último caso, el actor pida que todas se sustancien por la vía ordinaria”.

III

Las causales en las que fundamento mi recurso de casación son las siguientes:

- a) Numeral primero del artículo 3 de la Ley de Casación, en lo que hace referencia a la falta de aplicación de normas de derecho, que han influido de manera determinante en la parte resolutive, concretamente del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil que dispone que los jueces y tribunales declararán la nulidad, aunque las partes no hubieran alegado la omisión, cuando traten de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios. En el presente caso existe falta de competencia de la H. Sala para dictar la sentencia materia del presente recurso, por cuanto no aplicó el artículo 16 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana publicada en el Registro Oficial 144 del 18 de agosto de 2000, que dispone que: “Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos...suscritos o producidos por las instituciones del Estado...”, por consiguiente, la H. Sala no tenía competencia para continuar conociendo el recurso de apelación planteado por el actor, pues en cumplimiento de la norma legal antes indicada debió inhibirse de continuar conociendo el proceso y remitirlo al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo para que resuelva el recurso de apelación interpuesto.

También fundamento el presente recurso de casación en el numeral 4º, del artículo 3 de la Ley de Casación, en lo referente a la omisión en la sentencia de los puntos planteados en la litis. Recordemos que la pretensión del actor en la demanda fue la de que se declare la ilegitimidad del acto administrativo en virtud del cual el Fondo de Salvamento resolvió declarar terminado el contrato de manera anticipada y unilateral, no resolviendo la H. Sala sobre este punto en la sentencia.

IV

El artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, prescribe: “Los jueces y tribunales declararán la nulidad, aunque las partes no hubieren alegado la omisión cuando se trate de las solemnidades 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª y 7ª, comunes a todos los juicios e instancias, siempre que puedan influir en la decisión de la causa, salvo que conste en el proceso que las partes hubiesen convenido en prescindir de la nulidad y que no se trata de falta de jurisdicción”. Por lo mismo, tanto el inferior como la H. Sala debieron analizar si en la tramitación del proceso se ha incurrido en alguna de las solemnidades mencionadas, que corresponde al artículo 355 ibídem, lo que no lo han hecho como paso a demostrar.

En relación a la ilegitimada de personería consta de autos copia debidamente certificada del nombramiento del Procurador del Municipio Metropolitano de Quito, quien es el representante judicial y Procurador del Municipio Metropolitano de Quito, conforme lo determinan los artículos 4 y 11 de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, calidad por la cual compareció el Procurador en la presente causa, más no como pretende la parte contraria en atribuirle la calidad de procurado o representante judicial Fondo de Salvamento. Por consiguiente, al haberse propuesto la demanda en contra del Procurador Metropolitano de Quito, como en efecto lo hizo el actor en su libelo de demanda, existió ilegitimidad de personería, ya que el Procurador Metropolitano de Quito, no forma parte del Fondo de Salvamento, ni ostenta la representación legal ni judicial de dicha institución, aspecto este que, inclusive, fue motivo de excepción conforme consta en el escrito de contestación a la demanda que obra de autos, y que, por tanto, debió ser analizado tanto por el juez inferior como por la H. Sala en su sentencia, quienes no lo hicieron, incurriéndose por tanto, en la omisión de la solemnidad prevista en la regla 3ª, del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil. Téngase en cuenta, además, que el Municipio Metropolitano de Quito y el Fondo de Salvamento tienen personería jurídica y que el contrato lo suscribió el actor con el Alcalde Metropolitano de Quito en su condición de Presidente del Directorio del Fonsal.

- b) En relación a la competencia, la demanda fue deducida ante los señores Ministros del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito. En este punto es necesario precisar que la demanda, habiéndose presentado el 18 de junio de 1998, debió proponerse ante el Juez de lo Civil en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley Reformatoria de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicio Público por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial 290 del 3 de abril de 1998, que dispone que: “Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado y otros organismos o entidades del sector público serán conocidas y resueltas por los juzgados y cortes superiores...”, por tal motivo, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo debió inhibirse de conocerla.

Por otro lado, constando del proceso, el oficio 222-CSQ-P-99, del 18 de febrero de 1999, enviado por la Dra. Genoveva Roldán Nájera, secretaria de la Presidencia de la Corte Superior de Quito, al señor Jefe de la Oficina de Sorteos y Casilleros Judiciales de la Función Judicial,

en la que hace alusión a la resolución dictada por la Excma. Corte Suprema de Justicia en pleno, el 13 de enero de 1999, publicada en el Registro Oficial 120, del 1 de febrero de 1999, se remite a dicha oficina el juicio antes mencionado para que por el sorteo de ley, se radique la competencia en uno de los jueces de lo civil. Es decir, señores magistrados, al haberse aceptado a trámite la demanda aludida, sin que exista previamente un decreto inhibitorio del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, determino que se haya avocado conocimiento de una causa sin que exista jurisdicción, ya que la misma como lo mencionado Tribunal en relación con la demanda dirigida a otro Tribunal, por falta de inhibición de éste; considero que no es el señor Secretario o Secretaria de la Presidencia de la Corte Superior de Quito, el o la funcionaria competente para señalar la autoridad que debe o no conocer una demanda dirigida ante los Magistrados de este Tribunal y consecuentemente se ha violado lo preceptuado en la norma ya invocada, en su regla 2ª.

- c) Pero además, existe falta de competencia de la H. Sala para dictar la sentencia materia del presente recurso, por cuanto no aplicó el artículo 16 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, publicada en el Registro Oficial 144 del 18 de agosto de 2000, que dispone que: “Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos...suscritos o producidos por las instituciones del Estado...”; por consiguiente, la H. Sala no tenía competencia para continuar conociendo el recurso de apelación planteado por el actor, ni mucho menos para dictar sentencia de segunda instancia del 20 de junio de 2001, pues el cumplimiento de la norma legal antes indicada debió inhibirse de continuar conociendo el proceso y remitirlo al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo para que resuelva el recurso de apelación interpuesto.
- d) Cuando el juzgador avoca conocimiento de cualquier causa, tiene que asegurar su competencia y si al momento de resolver, en relación con la norma ya mencionada encuentra que no es competente para conocer de una acción deducida en estos términos, de oficio como lo señala el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil en relación con la regla 2a. del artículo 355 ibídem, debió inhibirse del conocimiento de la causa, pues de la simple revisión de la demanda que ha sido transcrita en la sentencia de la cual recurre, se establece que lo que se pretende según consta del acápite quinto y del libelo inicial “es para que en sentencia se declare: a) que tanto la resolución 010 del 16 de marzo de 1998, que para la ejecución de la obra “Restauración del Inmueble ubicado en la esquina de las calles Guayaquil y Mejía (Casa de los Presidentes)”, como la que niega mi pedido de revocatoria, contenida en el oficio 902 del 28 de abril de 1998, son ilegalidad o ilegitimidad de un acto administrativo, es el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, sin que para esta declaratoria sea competente el Juez de lo Civil y al haberse aceptado a trámite la demanda para resolver entre otros este aspecto, resulta que actuó sin competencia, lo que debió ser analizado por la H. Corte Superior, más aún cuando fue materia de la excepción como se menciona en el considerado tercero de

la sentencia motivo de este recurso, sin que en la sentencia la Sala hubiera analizado esta excepción y conscientes los Ministros de la H. Corte Superior, de que no eran competentes para conocer este pedido expreso contenido en la demanda, nada absolutamente nada dicen en cuanto a ilegalidad de los actos administrativos que son materia de la demanda, por lo que se ha infringido también lo previsto en los artículos 723 y 280 del Código de Procedimiento Civil, ya que no se analizó el asunto principal de la demanda, ni se tomó en cuenta la traba de la litis; la Sala en su sentencia pasa a resolver otro reclamo.

Es decir, que la pretensión fundamental de este juicio consiste en obtener la declaratoria de ilegalidad de dos actos administrativos; pero esta declaratoria no es de competencia de la Corte Superior de Justicia de Quito, porque en ninguna norma legal se establece que aquella sea competente para declarar la legitimidad o ilegitimidad de un acto administrativo, por cuanto los jueces de lo civil no son los llamados para esta declaratoria que tienen que ver con las potestades administrativas del Estado; que es de competencia de los Tribunales Distritales respectivos de lo Contencioso Administrativo. Por lo expuesto, y al haberse resuelto el recurso de apelación sin tener competencia para resolver el asunto así propuesto, mal podía en sentencia declarar la validez procesal y tampoco lo podía hacer la H. Corte Superior de Quito, cuando señala en el considerado Primero del fallo recurrido: "La competencia se halla legalmente radicada en esta Sala en virtud del sorteo efectuado. En el juzgado se ha radicado legalmente también la competencia, por virtud de la resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, del 13 de enero de 1999..." lo que es improcedente, en razón de que como se dijo anteriormente los Ministros de la Corte Superior de Quito no son competentes para esa declaratoria; y, la pretensión contenida en la demanda como hecho principal es ésta. De esta manera al haber avocado conocimiento indebidamente el juez de primer nivel y la H. Corte Superior al no haber tomado en consideración dicha omisión ha violado las normas de derecho ya señaladas.

- e) La consecuencia de declaratoria de ilegitimidad es la que hubiere podido darle derecho al actor al pago de las demás prestación a las que hace mención en su demanda, pero no consta de autos que se haya declarado ilegítimo ningún acto administrativo, que es el punto sobre el que se traba la litis y pese a que no existe tal declaratoria, se deducen tres demandas incompatibles y contradictorias unas con otras en una sola causa, contraviniendo a lo dispuesto por el artículo 75 también del Código de Procedimiento Civil, que señala "Se puede proponer en una misma demanda, acciones diversas o alternativas pero no contrarias ni incompatibles ni que requieran necesariamente diversa sustanciación, amenos que, en este último caso, el director pida que todas se sustancien por la vía ordinaria".

En este juicio el actor demanda: a) "Recurso de plena jurisdicción o subjetivo en contra del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito-Fondo de Salvamento Cultural para que en sentencia se declare: a) que tanto el contrato suscrito el 28 de diciembre de 1995..."; b) Que

como consecuencia de lo anterior y por el permanente incumplimiento contractual en que ha incurrido la entidad demandada, está obligada a pagarle el trabajo ejecutado, más la devolución de las multas, los gastos realizados con la finalidad de ejecutar el contrato, todos estos reclamos se fundamentan en la Ley de Contratación Pública, por lo que si estos pagos pretenden el actor, debió demandarlos al amparo de la Ley ya citada y cuyo trámite es especial; c) también reclama el pago de daño y perjuicios y dentro de ellos el lucro cesante y el daño emergente, lo que debió hacerlo en juicio verbal sumario, ante el motivo del juicio, es decir la ilegalidad de los actos administrativos que aduce; d) también reclama los daños morales que dicen le causaron la terminación unilateral del contrato, que debía demandar en juicio ordinario.

Por todo lo expuesto, resulta incongruente se haya aceptado una demanda por hechos diversos e incompatibles, que debían ser demandados los unos antes una jurisdicción distinta, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y los otros ante el juez de lo civil y no podía ser resueltos por la Corte Superior de Justicia de Quito.

La falta de aplicación y errónea interpretación de las normas aplicadas en la sentencia objeto del recurso de casación que interpongo, ha causado a la institución un grave daño, puesto que, por un lado, se impone obligación al Municipio Metropolitano de Quito que constituye una persona jurídica diferente del FONSAL y por otro, el Fondo de Salvamento del Patrimonio Cultural tendría que desembolsar ingentes cantidades de dinero a favor del accionante que las reclama en razón de un contrato que no lo cumplió y cuya demanda y sustanciación se han efectuado al margen de la ley.

V

Por los fundamentos expuestos en este recurso de casación, se dignaran señores Ministros casar la sentencia dictada por la Quinta Sala de la H. Corte Superior de Quito y, rechaza la demanda propuesta por ilegal, improcedente e inadmisibile y declara la nulidad de lo actuado.

VI

Por el FONSAL una institución del sector público, así como el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, no están obligados a rendir caución, de acuerdo al Artículo 16 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; en tal virtud señores Ministros, se dignarán disponer la suspensión de la ejecución de la sentencia.

Firmo conjuntamente con mi abogada defensora.

3.3. Motivación para la procedencia del Recurso de Casación:

Al ser este un recurso meramente legalista, extraordinario, discrecional, reglado y taxativo, para realizar una debida motivación en el escrito de casación, debemos considerar que no solo las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales deben ser motivados conforme

lo dice el Art. 76 numeral 7 literal I de la Constitución del Ecuador que dispone “Art. 76.-*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: I) 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. (...) Las servidoras o servidores responsables serán sancionados*”¹⁵⁶, norma legal que va a tener coherencia con que el nuevo proyecto denominado Código Orgánico General de Procesos, que al respecto manifiesta: “Art. 89.- **Motivación.** Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.”¹⁵⁷.

Al respecto debemos considerar que para proceder a una adecuada fundamentación, esta deberá basarse en la norma escrita, en el análisis total de la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia, la misma que según la doctrina existente deberá contener lo siguiente: “La resolución debe contener al menos lo siguiente: 1. Respecto a las reglas de la lógica deductiva, 2. Respecto a los principios de la racionalidad práctica y racionalidad lógica; 3. No eludir premisas jurídicas vinculantes, 4. No emplear criterios políticos o similares, que no estén previstos en el ordenamiento jurídico”. Requisitos estos que en el Código Orgánico General de Procesos, ya se encuentran normados conforme lo determina el Artículo 90.- “Además del contenido especial que la ley señale para determinados autos o sentencias, todo pronunciamiento judicial escrito deberá contener:

1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie.
2. La fecha y lugar de su emisión.
3. La identificación de las partes.
4. La enunciación resumida de los antecedentes de hecho.
5. La motivación de su decisión.
6. La decisión adoptada con precisión de lo que se ordena.
7. La firma de la o del juzgador que la ha pronunciado. En ningún caso será necesario relatar la causa.¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Constitución del Ecuador - Asamblea Nacional -Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 76 numeral 7 literal I).

¹⁵⁷ Proyecto del Código Orgánico General de Procesos

¹⁵⁸ Proyecto al Código Orgánico General de Procesos

Requisitos estos que, deberán constar en la sentencia de primera y segunda instancia, sin embargo refiriéndonos al Recurso Extraordinario de Casación se establecen como requisitos para la sentencia los siguientes: “Art. 273.- Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en este Código, la que contendrá:

1. Cuando se trate de casación por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, la Corte Nacional de Justicia declarará la nulidad y dispondrá remitir el proceso, dentro del término máximo de treinta días, al órgano judicial al cual corresponda conocerlo en caso de recusación de quien pronunció la providencia casada, a fin de que conozca el proceso desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándola con arreglo a derecho.
2. Cuando la casación se fundamente en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia o el auto recurrido y pronunciará lo que corresponda.
3. Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.
4. El Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia deberá casar la sentencia o auto, aunque no modifique la parte resolutive, si aparece que en la motivación expresada en la resolución impugnada se ha incurrido en el vicio acusado, corrigiendo dicha motivación.
5. Si se casa la sentencia totalmente dejará sin efecto el procedimiento de ejecución que se encuentre en trámite.”¹⁵⁹.

Una vez analizada la sentencia, procede realizar nuestra fundamentación del recurso de casación de forma motivada que consiste en:

1. Revisar las causales del recurso de casación en forma lógica con la sentencia
2. Verificar si en la sentencia existen vicios in procedendo o in judicando
3. Considerar que si existe un vicio in procedendo, resultaría innecesario el estudio de los vicios in judicando.
4. En caso de que su motivación sea sobre la valoración de la prueba se considerará:
 - a. La violación de una norma aplicable a la valoración de la prueba
 - b. La disposición sustantiva o material vulnerada por efecto de la primera infracción, lo cual se deberá demostrarse a través del nexo de causalidad entre una y otra a fin de que prospere el recurso.

La motivación entonces, no consiste ni debe consistir en una mera declaración de un conocimiento, mucho menos en una manifestación de voluntad, sino que debe ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema del litigio, a ser utilizado por el interesado

¹⁵⁹ Proyecto Código Orgánico General de Procesos

de realizar una debida y adecuada fundamentación del recurso de casación. Es decir que nuestra motivación, se basará entonces en la lógica jurídica, en los principios legales, en la doctrina, en la ley y jurisprudencia, lo cual conllevará a que nuestra fundamentación basada en derecho tenga validez procesal para el recurso de casación.

CAPÍTULO IV
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones:

- I. En aproximadamente un noventa y dos por ciento de causas recurridas son inadmitidas por cuanto los casacionistas no dotan en su fundamentación de los elementos necesarios para que proceda el recurso de casación.
- II. El término para la interposición del recurso de casación en la actualidad es efímero en relación al estudio o análisis profundo que deben realizar los profesionales del derecho, para lograr interponerlo en legal y debida forma.
- III. Se puede anotar que el recurso de casación siendo un recurso extraordinario, esta siendo mal usado por las partes procesales pues en su mayor parte buscan únicamente dilatar la administración de justicia, es decir alargar la ejecución de la sentencia.
- IV. En un mínimo número de recursos se ha determinado que su interposición la realizan por cuanto efectivamente han sido violentados sus derechos.
- V. El recurso de casación busca hacer efectivos los derechos garantizados en la Constitución, enmendar éstos yerros, hacer efectiva la realización de la justicia, sentar precedentes jurisprudenciales obligatorios, que alcancen fuerza obligatoria y vinculante.

4.2 Recomendaciones:

- I. Que los recurrentes al efectuar la fundamentación del Recurso de Casación, realicen la explicación razonada del motivo o causa de las alegaciones o infracciones acusadas, la justificación lógica y coherente para demostrar los cargos alegados y principalmente determinen el yerro o violación que contiene la sentencia, para que así la Corte Nacional de Justicia, case la sentencia.
- II. Que los recurrentes deben observar que el plazo para interponerlo es limitado por tanto el realizarlo fuera de este acarrearía la no interposición.
- III. Tomar en consideración a la casación, como una demanda contra la sentencia por lo cual la litis se traba con relación a las normas de derecho, normas procesales y preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que se estimen aplicados indebidamente, erróneamente interpretados y no aplicados: dichas circunstancias deben quedar expuestas en forma clara por el recurrente para que proceda la impugnación.
- IV. Considerar que los vicios que se encuentren dentro de una sentencia, son excluyentes entre sí; por lo cual no pueden concurrir simultáneamente la aplicación indebida, falta de aplicación y errónea interpretación de una misma norma de derecho, de una misma norma procesal o de un mismo precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.
- V. Que la mera enunciación de las causales no constituye la fundamentación del recurso, por tanto se recomienda efectuar un análisis del vicio en relación a la norma de derecho, norma procesal y precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA Y NET GRÁFICAS

BIBLIOGRÁFICAS

1. MURCIA BALLEEN, Humberto "RECURSO DE CASACIÓN CIVIL" 6ta Edición Bogotá-Colombia – 2005.
2. MORALES, Hernando "TÉCNICA DE CASACIÓN CIVIL", Ed. LENER, Bogotá-Colombia.
3. CARDOSO ISAZA, Jorge "MANUAL PRACTICO DE CASACIÓN CIVIL" Ed. TEMIS Bogotá 1984.
4. VESCOVI, Enrique, "LA CASACIÓN CIVIL" Primera Edición Montevideo 1979.
5. ANDRADE UBIDIA, Santiago, "LA CASACIÓN CIVIL EN EL ECUADOR" Fondo Editorial Andrade & Asociados Quito – 2005.
6. ALBAN GÓMEZ, Ernesto; ANDRADE UBIDIA, Santiago; CORONEL JONES, Cesar; EGAS PENA, Jorge; FLORES, Fabián; GARCÍA FERAUD, Galo; MACÍAS HURTADO, Miguel; PÉREZ PATINO, Carlos; TOYA JARAMILLO, José Vicente; ZAVALA EGAS, Jorge; "LA CASACIÓN", Corporación Editora Nacional, Quito 1994.
7. FLOR RUBIANES, Jaime, "TEORÍA GENERAL DE LOS RECURSOS PROCESALES, Segunda edición Corporación de estudios, Quito – 2003.
8. BELLO TABARES, Humberto E.T. "LA CASACIÓN CIVIL"- Ediciones Paredes, Caracas – Venezuela 2010.
9. TOLOSA VILLABONA, Luis Armando "TEORÍA Y TÉCNICA DE LA CASACIÓN"- Segunda Edición – Bogotá – Colombia 2008.
10. CUEVA CARRIÓN, Luis "LA CASACIÓN EN MATERIA CIVIL" 2da. Edición Cueva Carrión. Ecuador -2011.
11. CUEVA CARRIÓN, Luis "LA CASACIÓN" Quito - Ecuador Cinco Tomos años 1993 a 1997.
12. ABREU BURELLI, Alirio y MEJÍA ARNAL, Luis Aquiles "LA CASACIÓN CIVIL" 3ra. Edición- Ediciones Homero – Caracas – Venezuela 2008.
13. Corte Nacional de Justicia "EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA", Ecuador 2013
14. GUARDERAS IZQUIERDO, Ernesto Rodolfo "GUÍA DIDÁCTICA IMPUGNACIONES" Loja – Ecuador – 2012.

15. CABANELLAS, Guillermo "DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL" 8 Tomos, Editorial Heliasta- Buenos Aires – 1989.
16. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Asamblea Nacional -Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.
17. LEY DE CASACIÓN, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo del 2004 – Corporación de Estudios y Publicaciones - Quito. 2012.
18. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005 – Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito - 2012.
19. CÓDIGO INTEGRAL PENAL, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero del 2014 – Asamblea Nacional - Quito.
20. CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 038 de 14 de junio del 2005 – Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito - 2012.
21. CÓDIGO DE TRABAJO, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de diciembre del 2005 – Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito – 2013.
22. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 0544 de 09 de marzo del 2009 – reforma Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 038 de 17 de julio del 2013 Corporación de Estudios y Publicaciones – Quito - 2014.
23. CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, BIBLIOTECA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

NET GRÁFICAS

1. www.google.com
2. www.fielweb.com, Ediciones Legales, 2013