

Juicio No. 947-2011

PONENCIA DEL DR. WILSON ANDINO REINOSO

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

Quito, a 12 DE DICIEMBRE DE 2012. Las 09h30. ✓

VISTOS: Dr. Jorge Andrade Avecillas por los derechos que representa del Banco Machala S.A. interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro el 18 de julio del 2011 que confirma la sentencia subida en grado, que acepta parcialmente la demanda de daños y perjuicios. Para resolver, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** El Tribunal tiene jurisdicción en virtud de haber sido constitucional y legalmente designados mediante Resolución N° 004-2012; y la competencia, en mérito a lo dispuesto por el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo 1 de la Ley de Casación; y, por el sorteo de rigor cuya acta obra del proceso. **SEGUNDO: ELEMENTOS DEL RECURSO, NORMAS INFRINGIDAS.** Estima el recurrente que las normas de derecho que se han infringido es el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador; los artículos 2024, 2028, 2033, 1624, 1626, 1628, 1567, 1573 del Código Civil; artículos 15, 16, 22, 50, 56, 47, 61 de la Ley de Cheques; artículos 346, 349, 274, 275, 282, 121, 115 del Código de Procedimiento Civil; artículo 138 del Código Orgánico de la Función Judicial. Fundamenta el presente recurso en las causales: cuarta, segunda, primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. **TERCERO: ARGUMENTOS MATERIA DE LA RESOLUCIÓN.-** La objeción del recurrente en resumen se contrae a los siguientes aspectos: **3.1.** La sentencia recurrida no se pronuncia sobre la totalidad de las excepciones propuestas ni sobre todos los puntos a los que se contrajo el recurso de apelación presentado. **3.2.** La falta de aplicación del artículo 344 en concordancia 346.2 y 349 del Código de Procedimiento Civil han viciado el proceso de nulidad insubsanable provocando indefensión de su representada y que ha influido en la decisión de la causa. **3.3.** Aplicación indebida de los artículos 2024, 2028 y 2033 del Código Civil y falta de aplicación de los artículos 15 y 16 y 22 de la Ley de Cheques que ha sido determinante en su parte dispositiva, así también

existe falta de aplicación de los artículos 50 y 56 de la Ley de Cheques que han sido determinantes en su parte dispositiva; falta de aplicación en la sentencia de las normas de derecho contenidas en el artículo 47 de la Ley de Cheques y en los artículos 1624, 1626 y 1628 del Código Civil que ha sido determinante en su parte dispositiva; falta de aplicación del artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, artículo 61 de la Ley de Cheques y artículo 42 del Reglamento a la Ley de Cheques; falta de aplicación de la norma jurídica contenida en el artículo 7 regla 6 del Código Civil; falta de aplicación de los artículos 1573 y 1567 del Código Civil. **3.4.** De acuerdo a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, la falta de aplicación de las normas procesales contenidas en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que han viciado el proceso de nulidad insanable y provocado indefensión e influido en la decisión de la causa; falta de aplicación de las normas procesales contenidas en los artículos 274 y 275 del Código de Procedimiento Civil que han viciado al proceso de nulidad insanable provocando indefensión y ha influido en la decisión de la causa. **3.5.** La sentencia no contiene el requisito exigido en el artículo 138 del Código Orgánico de la Función Judicial. **CUARTO:- ALGUNOS ELEMENTOS EL RECURSO DE CASACIÓN:** Con la expedición de la Constitución de la República del 2008 que tutela en nuestro país un Estado Constitucional de derechos y justicia, se instaura un marco constitucional que cambia absolutamente la orientación de la administración de justicia, con ello se establecen disposiciones para que los jueces garanticen en todo acto jurisdiccional los derechos fundamentales de los justiciables. Se recuerda que, respecto de la casación, la Corte Constitucional ha declarado que *“El establecimiento de la casación en el país, además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y/o legales, en alguna de las formas establecidas en dicha Ley de Casación...”* (Sentencia No. 364, 17, I, 2011, pág. 53). **QUINTO: EXAMEN DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS OBJECIONES PRESENTADAS. DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.-** El Presidente y el Gerente General de la Compañía Frutas Frescas de Exportación Cía. Ltda., mediante acción ordinaria como consagran la Constitución y la ley, demandan el pago de daños y perjuicios en contra del Banco de Machala S.A., en la persona de su Representante Legal. La indemnización de daños y perjuicios tiene como objetivo tutelar y reparar el derecho que ha sido vulnerado.

Chiovenda señala que la acción de reclamar daños y perjuicios es *“Una voluntad de ley subjetivada”*. El autor español Quintano Repollies al tratar sobre el concepto del daño precisa que se requiere de la concurrencia de tres elementos mínimos para que el daño exista en el Derecho Penal o Civil: a) El objetivo de que el bien sea de los bienes jurídicamente protegidos; b) El objetivo de la atribución mediata o inmediata a una persona capaz; y, c) El de relación de causalidad dolosa o culposa. Por consiguiente, estas exigencias de la doctrina, en el presente caso del ámbito civil son producto de algunas situaciones jurídicas. Algunos doctrinarios precisan que –El daño jurídico, elementalmente caracterizado, es en el titular del bien lesionado, quien adquiere el valor abstracto de destinatario de una norma jurídica, norma que proviene de un inmemorial precepto denominado *“juis naturalista”*-. Principio jurídico cristalizado en varias legislaciones, como en la nuestra, es así que el artículo 2214 del Código Civil determina que: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*. René Abeliuk Manasevich en su obra *“Las Obligaciones”*, Tomo I, pág. 174, explica que: *“Podemos decir a modo de síntesis que las legislaciones actuales se caracterizan por un criterio pragmático en la materia. Predomina la idea de la defensa de la víctima, y de procurarle que en todo caso obtenga un resarcimiento eficaz y oportuno del daño que ha sufrido; se reconoce la existencia de un deber social y de justicia en este punto, pero no se acepta integralmente la responsabilidad objetiva, sino para ciertos casos y efectos, buscándose otras alternativas para la consecución del fin señalado y evitar los inconvenientes de la responsabilidad subjetiva”*. En la presente acción se materializa la finalidad del reclamo de daños y perjuicios previsto en la ley en las sentencias dictadas en primera y segunda instancia. **PRIMERA OBJECIÓN 5.1.-** Por razones de orden lógico y técnica jurídica debe ser analizada en primer lugar la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, que se refiere a la: *“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”*. La causal segunda, exhortada por el casacionista, tiene lugar cuando la sentencia ha sido dictada sobre un proceso viciado de nulidad insanable o que ha provocado indefensión. Acorde el principio de especificidad existe nulidad procesal únicamente por las causales señaladas en la ley, de ahí que: *“Según la doctrina, acogida por nuestra jurisprudencia, para la nulidad procesal deben cumplirse las*

Kant

siguientes exigencias: a) vicio formal que quite eficacia al acto impugnado; b) interés jurídico e inculpabilidad; c) falta de convalidación, cuyos referentes pueden examinarse a la luz de los cinco principios cardinales: de especificidad, de convalidación, de trascendencia, de protección y de conservación>> (...) Sin embargo, como ya anotamos para que la omisión de esta notificación sea considerada como una causa de nulidad procesal deben certificarse el cumplimiento de los principios que rigen a las nulidades y determinar si procede o no el declararla, para lo cual hacemos las siguientes consideraciones: a) En cuanto a la primera exigencia referente a la especificidad, es decir, que la causa de nulidad esta prevista en la ley, nuestro sistema legal establece los motivos para declarar la nulidad en el artículo 355 (346) del Código de Procedimiento Civil, que concierne a la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, y en el artículo 1067 (1014) ibídem que se refiere a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que está juzgando...” (Resolución No. 472-2000, juicio No. 263-97 (Cumbicus vs. Salazar), R.O. 282 de 12 de febrero de 2001). El artículo 346 del Código de Procedimiento Civil determina que son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios: 1) La jurisdicción de quien conoce el juicio; 2) La competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila; 3) Legitimidad de personería; 4) La citación de la demanda al demandado o 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. “Las nulidades procesales son taxativas y de interpretación estricta y restrictiva, y fuera de las solemnidades sustanciales, comunes a todos los juicios e instancias, determinadas expresamente en el Art. 355 (346) del Código de Procedimiento Civil, cuya omisión de cualquiera de ellas, cuando influye o pueda influir en la decisión de la causa, ocasiona la nulidad del proceso, no existen otras que lo invaliden, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia a partir de la sentencia publicada en la Gaceta Judicial Serie X No. 15, pág. 4139” (Fallo de casación 104-96, publicada en el Registro Oficial 72, 26-V-97). 5.2. El artículo 344 del Código de Procedimiento Civil, establece que: “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.” El recurrente señala en su recurso que el Juez de Primera Instancia no se ha pronunciado respecto a su alegación de que no se ha justificado como asumió la competencia el Juez. 5.3. La competencia nace de la ley; es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y

juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados. (Artículo 1 del Código de Procedimiento Civil). La competencia por lo tanto es el fragmento de jurisdicción que ha sido otorgado a un juez, es de este modo que cuando surge un conflicto en una relación sea este de índole comercial, familiar, laboral, etc.; en busca de una solución las partes se someten a los jueces correspondientes, quienes están investidos de autoridad para resolver un conflicto, es entonces cuando el juez tiene el deber de administrar justicia, y, debido a la cantidad de relaciones jurídicas que pueden existir ha sido necesario que los jueces se especialicen en determinadas áreas. Víctor Manuel Peñaherrera indica que: *“Es la facultad que tiene el juez para administrar justicia dentro de los límites de su jurisdicción”* El artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, último inciso determina que: *“Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.”* El artículo 11 del referido cuerpo legal explica que: *“La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia.”* (Principio de especialidad). La regla general, es que será competente el juez en razón del territorio y de conformidad con la especialización o el juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado. En sí, la jurisdicción y la competencia constituyen presupuestos procesales para la validez de un proceso, por cierto, lo relativo a la competencia viene después de la cuestión eventual relativa a la jurisdicción que debe, por tanto, ser decidida en primer lugar. A fojas 26 del proceso consta la demanda presentada por Ernesto Pesantes Orellana y Fabricio Espinosa Valverde en calidad de Presidente y Gerente General de la compañía Frutas Frescas de Exportación Cía. Ltda., respectivamente en contra del Banco de Machala S.A por daños y perjuicios mediante la vía ordinaria y de conformidad con los artículos 1588, 1594, 1596, 2047, 2048, 2055, 2060, 2065, 2086 del Código Civil y los artículos 1, 13, 25, 50 y 51 de la Ley de Cheques. **5.4.** El artículo 240 del Código Orgánico de la Función Judicial otorga competencia a los jueces de lo civil para *“3. Conocer de la indemnización de daños y perjuicios, derivados de delitos cuando en el juicio penal no se hubiese deducido acusación particular;”* En tal virtud, la competencia de acuerdo a la materia ha sido perfectamente instituida como la del territorio, que serían en este caso los únicos motivos por los cuales se puede declarar la nulidad en el proceso y no por las formas como arguye el

casacionista; por lo que resulta inoficiosa su alegación. Finalmente, en la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Décimo Cuarto de lo Civil de Machala, el 30 de julio de 2007 (Fs. 434 a 438), consta el análisis de la competencia, en el considerando Tercero de la sentencia, así también en la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de El Oro el día 18 de julio de 2011(258 a 261), en los considerandos Primero y Segundo señalan su competencia, sentencia que además en el considerando Quinto se analiza la alegación de falta de competencia en forma clara y precisa. **5.5.** Respecto a la falta de aplicación de los artículos 274 y 275 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, determina que: *“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.”* Norma que no corresponde a ningún tipo de nulidad sustancial, cuando existe violación de esta norma corresponde analizarla por una causal diferente a la invocada. El artículo 275 del referido cuerpo legal dispone que: *“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.”* Norma que tampoco contiene una causa de nulidad, y que se refiere a la forma en como deben ser expedidas las sentencias. Las causas para declarar la nulidad en un proceso son taxativas conforme se analiza en este considerando. Por otro lado, el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil dispone: *“La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la exigencia o validez de ciertos casos”.* Esta disposición legal contiene dos obligaciones para los juzgadores, la primera de valorar la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, y la segunda, la de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas actuadas dentro del proceso. Tal norma evidentemente se refiere al método de valoración probatoria, cuya infracción procede acusarla con cargo a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación y no a través de la causal segunda de esa norma, como erróneamente propone el recurrente. Finalmente se debe recalcar que el recurso de casación es una demanda contra la sentencia de segunda instancia y no contra la de primera instancia. Por lo expuesto y siendo el proceso válido se desecha el cargo formulado. **SEXTO.- SEGUNDA OBJECCIÓN.-** Siguiendo el orden lógico de las causales y por así haberla planteado el Banco emplazado corresponde estudiar la causal quinta del

artículo 3 de la Ley de Casación, que determina: “*Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.*” 6.1. Esta causal se produce cuando en la sentencia o auto adoleciere de vicios de incongruencia e in consonancia, esto es, cuando el fallo no sujeta en su organización las partes expositiva, considerativa o motiva y la resolutive, o bien, cuando de su texto se advierte que las decisiones son contradictorias con las consideraciones expresadas por el operador jurídico, por ello, uno de los requisitos en una sentencia es, sin duda, la motivación contemplada en el artículo 76 numeral 7) literal l) de la Constitución de la República del Ecuador. La motivación jurídica, es un requisito esencial de todas las resoluciones de los poderes públicos dentro de los cuales se incluyen las sentencias y resoluciones judiciales de conformidad con el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; requisito *sine que non* que comprende: a) Enumeración de antecedentes de hecho y de derecho; b) Explicación de pertinencia de la aplicación de los preceptos jurídicos a los antecedentes de hecho, esto es, por qué un determinado precepto jurídico es consecuencia jurídica directa y apodíctica de un determinado antecedente de hecho. La motivación debe ser clara, expresa, completa y lógica, pues, el juez debe observar en la sentencia las reglas del recto entendimiento humano; y que podría afectarse por la falta de sólo de uno o más de los elementos señalados, sino por la existencia evidente de conclusiones arbitrarias o absurdas resolviendo contra ley expresa o contra los principios de la lógica jurídica. Como concierne el pensamiento de la doctrina en autores como Fernando de la Rúa, Vélez Mariconde, Manzini y que obligan a motivar, racionalmente, la sentencia; por eso, debe ser coherente, derivada -respetando el principio lógico de la razón suficiente- y adecuado a las normas de la psicología y experiencia común. 6.2. El casacionista afirma que la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de El Oro ha violado lo establecido en el artículo 138 del Código Orgánico de la Función Judicial, que contempla: “*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.”* Siendo esta norma un mandato para los jueces, respecto a la forma de redactar la sentencia, no constituye en sí una norma que puede imputarse por tal a la falta de motivación en una sentencia. Por ello, el asambleísta al tratar de la administración de justicia, en el artículo 167 de la Constitución de la República

consagra este principio: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.”* Este principio tiene su origen en el segundo inciso del primer artículo de la Carta Magna, cuando distingue: *“La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.”* Lo que equivale, que por la voluntad del pueblo inserta en la norma, se administra justicia por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos del poder público. Principio regulado por el legislador en el artículo 38 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por tanto, la motivación en una sentencia no es una forma, *“es un presupuesto del control casacional del razonamiento probatorio. La articulación de un razonamiento justificativo en la sentencia representa el fundamento de toda motivación. Desde una perspectiva psicológica la motivación, designa a aquellos factores o determinantes internos, más que externos, al sujeto que desde dentro le incitan a una acción. Así, cuando un órgano jurisdiccional entra en la apreciación de las pruebas debe, no sólo establecer adecuadamente la estructura interna de la decisión, sino también el aspecto justificativo de la misma. La seguridad jurídica depende en tan alto grado de su esencialidad que algún autor ha pretendido ver en la omisión voluntaria de una motivación, la posibilidad de formar parte del tipo de delito de prevaricación. En este sentido, puede afirmarse que el poder de convicción de la sentencia es proporcional al rigor con que se examine y concrete el hecho y el derecho aplicable al caso, así como a la claridad con la que sea capaz de exponerlos explicitando su conexión con el ordenamiento jurídico. Así, se afirma que las resoluciones se motivan con más cuidado y precisión cuando su trascendencia es mayor y cuanto más imprecisas o abstractas sean las normas aplicables. La motivación es, en todo caso, uno de los elementos fundamentales en el control de la arbitrariedad. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y control frente a la arbitrariedad. La falta de motivación es un expediente de hipocresía formal establecido, por así decirlo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia. La motivación sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo, y para persuadir a la parte vencida que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y de la fuerza.* (Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. No. 2. Pág. 363. Quito, 9 de noviembre de 1999). **6.3.** Este Tribunal de la Sala de Casación considera que el fallo impugnado es claro e inteligible, tiene estructura lógica, está compuesto por parte expositiva, que contiene la individualización de las partes y del asunto controvertido;

considerativa, que consagra los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya el fallo haciendo referencia a las disposiciones legales pertinentes; dividido en cinco considerandos y resolución o parte dispositiva que contiene la decisión del asunto litigioso; pues, en el mismo se enuncia las normas aplicables en que se funda y se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, por lo que es un fallo motivado, al tenor del artículo 76 numeral 7, literal l), de la Constitución de la República del Ecuador. Por tales motivos, se desecha el cargo. **SÈPTIMO.- TERCERA ACUSACIÓN.-** Continuando con el orden lógico de las causales corresponde examinar la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación que establece: "*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;*", es decir cuando en la sentencia o auto, se resolviere algo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ellos todos los puntos de la controversia. Así entonces podemos hablar de *ultra petita, citra* o *mínima petita y extra petita*, según el fallo contenga en su resolución más de lo reclamado o que deje de otorgar algo o parte de lo demandado o si se otorga algo distinto a lo reclamado. El principio de congruencia simboliza consonancia, oportunidad, conveniencia, lógica, sensatez, concordia, afinidad, armonía. Guillermo Cabanellas sostiene que la: "*Oportunidad, conveniencia entre-una respuesta y una pregunta. Conformidad entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes. Las sentencias deben ser congruentes con las súplicas de las demandas, de su contestación o de la reconvencción, sin que hechos posteriores a la discusión escrita puedan modificar los términos en que fue trabada la litis. La discrepancia entre sentencia y demanda permite los recursos establecidos por los códigos de procedimiento. La incongruencia absoluta no crearía la excepción de cosa juzgada*". (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, pág. 472). Principio que ha sido acogido por nuestra legislación, particularmente en los requisitos de la sentencia que es a la que debe sujetarse el juez, el cual ha dado origen a un verdadero sistema de *límites* de la potestad del juzgador para conocer de las disidencias de las partes procesales. Por ello, el operador jurídico no puede dar más ni menos de lo que las partes pidan tampoco otorgar algo diferente de lo requerido. Este principio atañe al *límite* que la ley le impone al juzgador, a su libertad frente a lo que las partes lo aducen o proponen. Tiene que concurrir la compatibilidad jurídica entre lo acaecido y lo decidido, se trata, pues, *del principio de congruencia en la aplicación de la sentencia*. Lo adverso, la incongruencia, que conlleva la ausencia de varios elementos, como la falta de armonía en la sentencia, de oportunidad, de conveniencia, de lógica, de sensatez, de concordia o afinidad,

etcétera. **7.1.** De fojas 5-20 del cuaderno de segunda instancia consta el extenso escrito de apelación propuesto por el Banco de Machala, en el numeral I) fundamenta su recurso alegando: a) *Omisión de Solemnidad Sustancial por Ilegitimidad de Personería Activa* la cual es analizada por la Corte Provincial de El Oro en el considerando Quinto. b) *Sobre la competencia del Juez para conocer el proceso y sobre el objeto de la litis* consta también en el considerando Quinto de la sentencia expedida por la Corte Provincial de Justicia de El Oro el respectivo análisis así como en el considerando Quinto de la presente resolución. A continuación realiza un resumen de los considerandos de la sentencia dictada por el juez *a quo* y analiza las pruebas aportadas en el proceso. De lo expuesto se concluye que la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro ha resuelto en forma puntual las alegaciones a las cuales se contrajo el recurso de apelación presentado por la parte demandada. **7.2.** El artículo 273 del Código de Procedimiento Civil estatuye que la sentencia debe decidir únicamente los puntos sobre los cuales se traba la *litis*. El artículo 408 del mismo Código determina que la apelación se contrae a los puntos que han sido alegados. El proceso civil se rige por el principio dispositivo. Los recursos que franquea la ley como medios de impugnación, pedido o súplica al justiciable por verse afectado por una resolución, auto o sentencia, previo estudio deben ser técnicos, precisos, claros y lógicos, para que en otra instancia procesal el Tribunal examine con fundamento de los méritos del proceso y las reglas de la sana crítica, dando la razón a quien le ampara la ley y el derecho, ya sea revocándola, reformándola o declarando la nulidad, reivindicando su derecho, aunque generalmente más que por la visión jurídica del juez se lo hace por dilatar la causa causando perjuicios a las partes procesales, recursos y pérdidas de tiempo a la administración de justicia, ante lo cual el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial consagra el principio de lealtad procesal evitando dilaciones innecesarias y que sacrifican a la justicia. Por los razonamientos expuestos se desecha este cargo formulado también. **OCTAVO.- CUARTA ACUSACIÓN.-** Por último, corresponde analizar la causal primera argumentada por el casacionista, esto es por: *“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 en su parte dispositiva”*. **8.1.** El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios,

prescindiendo de los hechos y la valoración probatoria, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha originado la conexión lógica de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética y genérica efectuada de antemano por el legislador; yerro que se puede provocar por los tres diferentes tipos de infracción ya señalados, lo que el recurrente debe fundamentar adecuadamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo, lo que efectivamente no es aplicable al caso que se decide. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley. Aspectos que los recurrentes no han dado cumplimiento en su escrito de interposición del recurso como se pasa a examinar. **8.2.** En el libelo de casación se afirma que existe indebida aplicación de los artículos 2024, 2028 y 2033 del Código Civil. El artículo 2024 del Código Civil establece que si un negocio interesa juntamente con el que hace el encargo y lo acepta constituye un verdadero mandato. Cuando el mandante obra sin autorización constituye un cuasicontrato. El artículo 2028 del referido cuerpo legal explica que el mandato se perfecciona con la aceptación; que la aceptación puede ser expresa o tácita. Y el artículo 2033 *ibídem* indica que el mandatario responde por culpa grave. El casacionista explica que no se señala *"...cuáles son los recaudos procesales a los que se refieren en la sentencia, sin analizar una sola prueba de las presentadas por las partes..."* La anterior Corte Suprema de Justicia en la Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 publicada en el Suplemento del Registro Oficial 211 de 14 de junio de 1999 explicó en forma muy acertada que la causal primera *"...llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente"*. Por otro lado, cuando se alega una errónea interpretación de una norma el casacionista está en obligación de indicar cual era entonces la norma que debía aplicarse (Resolución No. 497-2000 de 14 de diciembre de 2000 juicio No. 227-99; Nafy vs. Silva; R.O. 284 de 14 de marzo de 2001).

De la revisión del recurso en el numeral 3.3. no se evidencia que el demandado haya señalado que normas debían aplicarse en vez de las normas denunciadas. **8.3.** Respecto a la falta de aplicación de los artículos 15 y 16 de la Ley de Cheques. El artículo 15 de la Ley de Cheques determina que el endoso debe escribirse en el cheque o en una hoja añadida el cual debe ser firmado por el endosante y puede o no designarse en el beneficiario. El endoso transmite los derechos resultantes del cheque y se prohíbe los endosos en blanco o al portador. A fojas 298, nuevamente en su recurso el casacionista se refiere a la prueba cuando indica *“Pero ni en la sentencia de primera instancia, ni en la que se refiere este recurso, consta que aquellos documentos y pericia hayan sido analizados y valorados, hecho éste que por cierto es otra de la causales de esta casación y trata más adelante”* Efectivamente cuando en un recurso no se han valorado las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica o ha existido vicios en esta la causal primera, no es la pertinente pues *“Al invocar la causal primera el recurrente está reconociendo que el tribunal de instancia acertó en las conclusiones sobre los hechos contenidos en las pruebas. En cambio, cuando se acusa a la sentencia por la causal tercera, se está desconociendo o discrepando sobre las conclusiones de los hechos. En virtud, no es conducente que se acuse a la sentencia, de hallarse afectada de la violación prevista en la causal primera y, simultáneamente, acusarse por los mismos motivos por la causal tercera, porque existiría contradicción. No se puede estar de acuerdo con las conclusiones sobre los hechos a que ha arribado el tribunal ad quem y, al mismo tiempo, manifestar su acuerdo”*. (Resolución No. 110 de 1 de junio de 2002, juicio No. 329-01 (Giraldo vs. Alarcón) R.O. 630 de 31 de febrero de 2002). **8.4.** El Banco de Machala S.A. a través de su representante legal indica que existe falta de aplicación de los artículos 50 y 56 de la Ley de Cheques. El artículo 50 de la Ley de Cheques prevé que las acciones que corresponde al portador o tenedor contra el **girador** prescribe en 6 meses. Las acciones que corresponde entre si a los diversos **obligados** prescribe también en 6 meses; y finalmente, la acción de enriquecimiento ilícito prescribe en el plazo de un año. La acción que se demanda fue por daños y perjuicios de acuerdo al Código Civil, si bien *el origen* de esta controversia nace de los cheques reclamados no tienen las partes la calidad que se requiere en la Ley de Cheques para seguir este tipo de procesos, pues las acciones otorgadas en el artículo 50 de la Ley de Cheques nace de una relación entre el deudor o girador y el acreedor, y de acuerdo al tiempo de presentación, cobro; según las circunstancias de cada caso; la ley otorga al acreedor la acción ejecutiva, verbal sumaria u ordinaria. El artículo 56 del referido cuerpo legal indica

que cuando una persona utiliza un cheque como instrumento de crédito, como es el caso de los cheques posdatados se multará y el trámite que deberá seguir es el ordinario. Norma que no es aplicable en el caso que se decide por cuanto no es materia de la litis si el cheque es posdatado o no y si se pretende el cobro del mismo. **8.5.** En el extenso memorial de casación el demandado argumenta que ha existido falta de aplicación del artículo 47 de la Ley de Cheques. El referido artículo se refiere a que *“cualquier obligado contra el que se ejercite una acción o que esté expuesto a ella, puede exigir contra el pago la entrega del cheque protestado y un recibo. Cualquier endosante que ha pagado un cheque puede tachar su endoso y los de los endosantes que le siguen...”* El artículo 1624 del Código Civil señala que la *subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga.* El artículo 1626 del referido cuerpo legal dispone cuales son las formas de subrogación que se pueden producir, entre las cuales consta *el que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor,* y el artículo 1628 *ibídem* determina que la *“subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda. Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le quede debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito.”* Si un tercero abona una deuda efectivamente se produce la subrogación conforme así lo indican las normas determinadas en el Código Civil, por lo que quien tiene el derecho de accionar es quien cancela la deuda. En el caso en resolución y conforme consta de la demanda (fojas 26) del proceso la compañía Frutas Frescas Cía. Ltda. inicia su acción en base a los cheques números 251 y 253 por la negligencia acusada en contra del Banco de Machala S.A. Y en las excepciones plantadas por la parte demandada consta a fojas 40 en el numeral 4 la negativa en forma pura y simple respecto de los cheques números 251 y 253. Finalmente el casacionista hace referencia a la prueba (prueba No. 9) y realiza el análisis de la misma; sin embargo como queda explicado no es la causal la pertinente para analizar pruebas producidas en un proceso y que en líneas posteriores realizaremos la correspondiente aclaración. **8.6.** La falta de aplicación del artículo 121 del Código de Procedimiento Civil enumera los medios de prueba que consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, peritajes; así también se admite como pruebas grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías entre otras, norma que no es de carácter

sustantiva sino procesal y que no es procedente acusarla por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. El artículo 61 de la Ley de Cheques señala que los bancos pueden utilizar la microfotografía para archivar los datos, y una vez obtenidas estas fotografías el banco puede devolver los cheques al girador, y el valor probatorio de estas fotocopias, que efectivamente se relaciona con el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil como un medio de prueba y a su vez su valor probatorio, esto es también reforzado con lo que menciona el artículo 42 del Reglamento a la Ley de Cheques, que como queda explicado no es procedente acusar por la causal primera. En algunas ocasiones los casacionistas confunden la causal primera con la tercera, aunque cada vez es menos frecuente esta confusión es necesario hacer referencia a la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en la resolución No. 110 de 1 de junio de 2002, juicio No. 329-01 publicada en el Registro Oficial 630 de 31 de febrero de 2002 que explica respecto al tema: *“A la violación del derecho sustancial puede llegarse por dos caminos diferentes que están determinados, en las causales 1ª y 3ª. El vicio previsto en la causal primera es el llamado por la doctrina de violación directa de una norma sustancial. Cuando se acusa a la sentencia por esta causal, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que ha llegado el tribunal de instancia en la valoración de la prueba; por ello los fundamentos de una acusación de esta naturaleza tienen que referirse exclusivamente a los textos de las normas sustanciales que se estiman violadas, con total prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con la apreciación del juzgador acerca del material fáctico. Al invocar la causal primera el recurrente esta reconociendo que el tribunal de instancia acertó en las conclusiones sobre los hechos contenidos en las pruebas. En cambio, cuando se acusa a la sentencia por la causal tercera, se esta desconociendo o discrepando sobre las conclusiones de los hechos. En tal virtud, no es conducente que se acuse a la sentencia, de hallarse afectada de la violación prevista en la causal primera y, simultáneamente, acusarse por los mismos motivos por la causal tercera, porque existiría contradicción. No se puede estar de acuerdo con las conclusiones sobre los hechos a que ha arribado el tribunal ad quem y, al mismo tiempo, manifestar su desacuerdo”* 8.7. De la falta de aplicación de la norma jurídica contenida en el artículo 7 regla 6 del Código Civil que fue determinante en la parte dispositiva indica que *“la ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: 6. Las meras expectativas no constituyen derecho;”* Efectivamente las meras expectativas no constituyen derecho. En el recurso propuesto por la parte demandada señala que no se ha aplicó esta norma (fojas 305- 306 del cuaderno de segunda instancia); sin

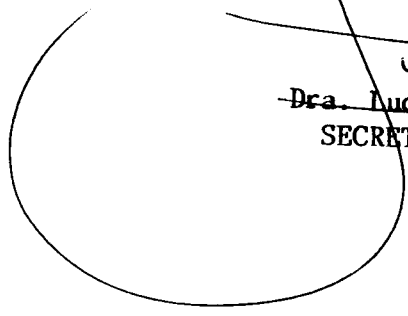
embargo no realiza la subsunción del hecho a la norma como exige esta causal pues hace referencia a jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia respecto a los cheque posdatados. Cuando se alega la falta de aplicación y en general la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se debe realizar la subsunción del hecho a la norma. “El vicio de juzgamiento contemplado en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación se da en tres casos: 1.- Cuando el juzgador no subsume la situación fáctica específica y concreta en la norma o normas de derecho que corresponde y que de haberlo hecho la parte resolutive de la sentencia hubiera sido distinta de la adoptada;...” (Resolución No. 479 de 9 de septiembre de 1999, juicio No. 141-99, R.O. 332 de 3 de diciembre de 1999). A esto se le conoce como la falta de aplicación de una norma y esta operación lógica si el juez no la ha realizado debe hacerlo quien pretende el recurso, lo que no acontece en el presente caso. **8.8.** Finalmente respecto a la falta de aplicación de los artículos 1573 y 1567 No. 3 del Código Civil. El primer artículo indica que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora. Y el segundo artículo se refiere a que el deudor se constituye en mora cuando ha sido requerido judicialmente. La parte demandada argumenta nuevamente que “no hay prueba en el proceso de que mi representada haya caído en ningún momento en mora, peor que se le haya requerido judicialmente la entrega de ese cheque” Errando nuevamente y como ha quedado explicado que en esta causal no se puede realizar valoración alguna de prueba o falta de prueba que hayan conducido a una equivocada conclusión del Tribunal de Alzada. Por estas motivaciones, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, NO CASA la sentencia dictada por la por la Corte Provincial de Justicia de El Oro, Sala de lo Civil, el 18 de julio de 2011. Entréguese la caución a la parte actora conforme lo establece el artículo 12 de la Ley de Casación. Notifíquese y devuélvanse, para los fines de ley.


DR. WILSON ANDINO REINOSO
JUEZ NACIONAL


DR. PAÚL INIGUEZ RIOS
JUEZ NACIONAL


DRA. PAULINA AGUIRRE SUAREZ
JUEZA NACIONAL

Certifico.---



[Handwritten signature]

~~Dra. Lucía Toledo Puebla~~
SECRETARIA RELATORA

[Large handwritten mark, possibly a signature or initials]

