



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

**TESIS FINAL PREVIA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE
MAGISTER EN DERECHO PROCESAL**

PRIMERA PROMOCIÓN

TEMA:

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO TRES DE LA LEY DE CASACIÓN

Dra. María Gabriela Mayorga Contreras

Dr. Santiago Velázquez

Septiembre de 2011

ÍNDICE

Contenido	Página
Introducción	1
Capítulo I	
EL PROBLEMA	3
Justificación	4
Objetivos Específicos	5
Capítulo II	
MARCO TEÓRICO	
Etimología de la Casación	7
Naturaleza de la Causal Primera de la Ley de Casación	14
Aplicación indebida	15
Características de la violación directa	17
Violación de la costumbre	19
Violación de la doctrina jurisprudencial	20
Naturaleza de la Causal Segunda de la Ley de Casación	21
Naturaleza de la Causal Tercera de la Ley de Casación	42
Determinación del alcance de la causal	44
Error de hecho y error de derecho	47
Naturaleza de la Causal Cuarta de la Ley de Casación	52
Cuando existe Ultra-petita	61
Naturaleza de la Causal Quinta	63
Capítulo III	
METODOLOGÍA	75
Procedimientos de investigación	76
Capítulo IV	
ANÁLISIS DE RESULTADOS	78

Capítulo V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	80
Bibliografía	84

INTRODUCCIÓN

Debido a los múltiples inconvenientes en los que nos vemos incurso los abogados en el libre ejercicio de la profesión, en el momento de presentar un recurso de casación e identificar con exactitud los errores en los que incurren los diferentes jueces de las diferentes Cortes del país, al expedir una sentencia, consideré de gran importancia analizar las causales establecidas en el artículo 3 de la Ley de casación ecuatoriana

El recurso extraordinario de casación es la función atribuida a un órgano judicial supremo con el objeto de anular sentencias que contienen errores de derecho y que no son susceptibles de impugnación por medios ordinarios.

Comienzo mi investigación mencionando en primer lugar los antecedentes del recurso de casación, pues considero de gran importancia establecer los orígenes del recurso en la legislación europea, para la completa comprensión del tema.

En el capítulo dos, efectúo un estudio pormenorizado de cada una de las causales que son los motivos o hipótesis de carácter general, por las cuales podemos interponer, en un momento dado, este recurso que permite el mejor esclarecimiento del derecho objetivo. Entre esas causales está el que se hayan cometido errores o vicios in judicando o sea 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.

Pero no solamente por error en el juzgamiento podemos interponer un recurso de casación. También tiene lugar cuando nos encontramos ante errores o vicios in procedendo, cuando se produce una causa trascendente e insanable de nulidad que influye en la decisión de la causa.

En efecto, desde la dimisión a trámite de una demanda, hasta que la causa se halle para sentencia, se puede incurrir en errores de procedimiento, que se refieren al aspecto externo del proceso, lo que algunos procesalistas llaman errores de actividad procesal externa. Asimismo, el juez puede incurrir en errores al momento de

sentenciar en el proceso, en el acto de estructurar y redactar el fallo, en la fase del juzgamiento lo que algunos denominan errores de actividad interna.

La primera causal trata los típicos errores de juicio in judicando en que el juez aplica, en sentencia, la norma indebida, deja de aplicar la debida o interpreta erróneamente el sentido de la congruencia escogida.

La tercera 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 introducidos al proceso, otorgándole a aquel, otro diferente contra ley expresa.

Son, por el contrario errores de actividad o in procedendo los que hacen constar en la causal segunda, ya que es importante destacar que no se refiere a errores en la conducta del juez, cuando deja de cumplir las normas que ordenan el proceso, siempre que este incumplimiento conlleve a la nulidad, y que esa nulidad no se haya subsanado y que trascienda a la sentencia que es lo que se quiere decir con " que hubieren influido en la decisión de la causa ".

También es error in procedendo el que consta en la causal cuarta, se trata del exceso o defecto parcial de poder a que se refería el profesor Manuel De la Plaza cuando analizaba las sentencias que concedían lo que no era objeto de las pretensiones (extra petita y ultra petita) y las que eran demostración de defecto de poder, esto es, cuando dejaban de resolver lo que sí era materia de la litis (mínima petita).

Sin discusión, la primera hipótesis de la causal quinta, es un error in procedendo, vale decir, incumplimiento de normas de actividad procesal, pero en cuanto a la segunda se trata de un error de juicio o in judicando puesto que solo cabe llegar a decisiones contradictorias o incompatibles si es que el juzgador yerra en el razonamiento previo a no enhebra correctamente los considerandos en la resolución.

Las cinco causales a las que se refiere el artículo tres de la Ley de Casación, constituyen errores en los que incurre el juzgador al momento de emitir un fallo, los que en ciertos momentos pueden acarrear nulidad procesal.

Análisis del Artículo Tres de la Ley de Casación

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

Planteamiento de la Investigación

Actualmente la Legislación ecuatoriana cuenta con una Ley de Casación, la misma que sólo establece cinco causales para poder interponer el recurso extraordinario de casación.

Existen varias causales que se suscitan en el ámbito del derecho que no están incluidas en la mencionada norma jurídica. Estas falencias en las que el ordenamiento jurídico incurre, hace que los abogados en el momento de plantear un recurso lo hagan de manera incorrecta y por ende esto acarrea que los jueces de la Corte Nacional de Justicia no admitan al trámite las mencionadas demandas.

La falta de textos ecuatorianos que permita una ilustración a los profesionales del derecho para la correcta interposición del recurso.

Si no se corrigen todos estos inconvenientes a tiempo, se estaría denegando justicia, pues se estaría impidiendo a la colectividad el acceso al Recurso Extraordinario de Casación.

Formulación del Problema

¿Cómo se caracteriza la incorrecta interpretación de las causales para interponer el Recurso Extraordinario de Casación?

Variable Única: Incorrecta interpretación de las causales para interponer el Recurso Extraordinario de Casación.

Indicadores: No se admiten al trámite las demandas de Casación

Falta de capacitación de los profesionales del derecho en temas de casación.

Justificación

Instrumento que servirá de guía práctica para consulta de profesionales del derecho. Es conveniente llevar a cabo este trabajo de investigación porque se debe dotar a los abogados litigantes de herramientas para su correcto desenvolvimiento en el área del litigio. El recurso de casación por su naturaleza de extraordinario, requiere de un estudio exhaustivo a fin de establecer su procedencia y su correcta interposición. Al resolver a través de mi trabajo, los grandes problemas en los que se ven inmersos los profesionales del derecho al poder identificar las falencias en las que incurren los jueces en el momento de dictar un fallo, y poder enmarcarlas dentro de alguna de las causales mencionadas en la Ley de Casación, estoy efectuando un aporte al derecho procesal ecuatoriano.

Desde lo profesional, porque la problemática plantea retos al ejercicio profesional del Abogado en el patrocinio de los intereses jurídicos de todos sus clientes, retos que el Letrado debe asumirlos con solvencia científica, moral y ética, en el marco de los principios fundamentales que presiden y sustentan el proceso en el Ecuador, y en especial, el principio de lealtad procesal y de buena fe.

Preguntas de la investigación

¿Los abogados en el Ecuador se encuentran capacitados para interponer correctamente un recurso de casación?

¿Considera usted que la Ley de Casación ecuatoriana requiere alguna reforma?

¿Los jueces de la Corte Nacional de Justicia motivan correctamente los fallos que expiden?

¿Existen más causales que no estén incluidas en la Ley de Casación para interponer un recurso de casación?

Objetivos Generales

Efectuar un estudio pormenorizado de las causales para interponer el Recurso de Casación.

Análisis de los fallos expedidos por la Corte Nacional de Justicia en las distintas áreas del derecho.

Objetivos Específicos

Dotar de herramientas de estudio a los Abogados para la correcta interpretación de la Ley de Casación.

Diagnóstico de los rechazos de los recursos de casación interpuestos ante la Corte Nacional de Justicia.

Efectuar un manual práctico para el manejo de los profesionales del derecho.

Proponer algunas innovaciones legislativas que hagan posible consolidar el rol directriz del juez en la búsqueda de la verdad y en la consecución de una mejor calidad de justicia, con estricta sujeción al debido proceso judicial.

Recomendaciones para futuras reformas legales, las mismas que ayudarán para la correcta interposición del recurso.

Analizar el instituto jurídico procesal de la prueba de oficio a la luz de las prescripciones constitucionales y de las corrientes doctrinarias concernientes a la finalidad del proceso

DELIMITACIÓN:

Campo: Jurídico

Área: Procedimiento Civil

Aspecto: Dogmático - Jurisprudencial

TEMA

PROBLEMA: ¿Cómo se caracteriza la Incorrecta interpretación de las causales para interponer el Recurso Extraordinario de Casación?

Delimitación Temporal: Junio 5 del 2.009

Delimitación Espacial: Juzgados y Tribunales de la ciudad de Guayaquil.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA PROPUESTA

ETIMOLOGÍA DE LA CASACIÓN.- Casación proviene del término francés “casser” que significa: quebrar, romper, trincar, y éste deriva del latín “cassare” cuyo significado es quebrantar, o anular.

La casación de las sentencias de las Cortes soberanas contrarias a la voluntad del rey, bajo cualquier forma que se manifieste, aparece en su origen como una prerrogativa del monarca, el cual ejercita este poder suyo únicamente en interés de la propia autoridad disminuida por la desobediencia de los parlamentos. En el instituto de la casación aparece, pues manifestada la directa iniciativa del soberano, el cual, vigilante del propio interés, manifestaba su actividad, sin que nadie la solicitase, para reprimir los atentados dirigidos contra él, y del mismo modo que muchas veces la vocación de los procesos de los parlamentos al Consejo de Estado era, por razones políticas, ordenada directamente por el rey sin que ningún particular la solicitase, así también la casación podía tener lugar por impulso directo del monarca, el cual considerando que una sentencia de un parlamento contenía un ataque a sus prerrogativas, procedía sin más, sin preocuparse en lo absoluto de los derechos privados decididos en tal sentencia, a la anulación de la misma. Esto ocurría con tanta mayor frecuencia cuanto menores eran, en los tiempos más antiguos de la monarquía francesa, las disposiciones expresas relativas a la casación: en efecto, mientras la misma, en lugar de ser un remedio general y constante para el mantenimiento de las ordenanzas, fue un medio irregular y arbitrario de coacción con el que el monarca reprimía caso por caso las contravenciones a cualquier mandato singular suyo, se comprende que la misma estuvo entregada únicamente al discernimiento del soberano que se servía de ella a su criterio cuando lo estimaba oportuno. La función de deliberar sobre las casaciones de las sentencias de los parlamentos fue, en efecto, conservada celosamente por el rey a su Consejo de Estado, que era la asamblea con la cual el monarca tenía continuo e inmediato contacto en el despacho de los más importantes negocios de gobierno: y cuando, a principios del siglo XIV, los reyes franceses dividieron el consejo que los rodeaba en tres organismos diversos (conseil, propiamente dicho, para los negocios políticos; Chambre des comptes, para los negocios financieros; Parlement, para la justicia, la transmisión de la justicia suprema

al Parlamento no quitó al Conseil, que continuó rodeando al soberano, la prerrogativa de avocar los procesos de los jueces inferiores o de anular las sentencias que contenían una rebelión al mandato soberano; y la influencia notable ejercida sobre la administración de justicia por las lettres de Chancellerie , procedió precisamente del Conseil, del que los Maitres des requetes formaban parte. El derecho de avocar y de casar en interés del rey se mantuvo con prerrogativa del Consejo de Estado, aún cuando al final del siglo XV una nueva escisión tuvo lugar en la asamblea que rodeaba al monarca, y frente al conseil etroit, encargado de los negocios públicos, el Grand Conseil, asumió el carácter de una corte autónoma, y a él fueron atribuidas funciones judiciales que hasta aquel momento había ejercido el soberano como juez supremo, entre las cuales fue la principal la de anular las sentencias contradictorias originadas por conflictos de competencia entre diversas cortes soberanas.

Dentro del Consejo de Estado, que asistía al rey en el ejercicio de todas sus prerrogativas, la casación de las sentencias contrarias a la voluntad del monarca se llevaba así a cabo sin que ningún particular lo solicitase, por el solo impulso o por la sola voluntad del soberano. Esta fue la regla mientras la casación constituyó una medida aislada y excepcional contra infracciones cometidas por los parlamentos a las órdenes singulares y específicas del rey, pero cuando la casación fue elevada a ser un remedio general y regular contra la violación de cualquier ordenanza, la iniciativa del soberano pareció insuficiente para descubrir y para reprimir en todo el reino las múltiples violaciones las ordenanzas que podían ser cometidas por los jueces: de suerte que la monarquía, en defensa del propio interés, se vio constreñida a servirse del interés de los particulares, dando a los litigantes el encargo de denunciar al Conseil, por medio de la demande en cassation, las violaciones de las ordenanzas que los parlamentos hubieran cometido al decidir las controversias entre los litigantes.

Mientras originariamente la casación tenía lugar, de una manera predominante, por impulso inmediato del soberano, con el desarrollo ulterior del instituto ocurrió que el mayor número de casaciones derivaron del impulso de los particulares. Pero esta inversión de los términos primitivos no condujo nunca a la exclusión de la casación directamente promovida por el rey en los siglos XVII y XVIII. ¹

El Recurso de Casación se origina en el Derecho francés como un recurso instituido por el rey con el fin de someter a su control las decisiones de los parlamentos.

El origen de la Casación fue en Francia a fines del siglo XVIII, con el nacimiento del Tribunal de Casación instituido por los decretos de 27-11, 1-12-1790, y se enraíza en la norma del artículo 3 de tal decreto, por el cual el Tribunal de Casación anularía toda sentencia que contenga una contravención expresa al texto de la ley. Disposición que fue interpretada por la unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia en el sentido de que la contravención expresa del texto de la ley debe estar contenida en el dispositivo de la sentencia impugnada para que de lugar al fallo en sí.

La idea originaria, se centró en el control (político) de la correcta aplicación de la ley. La casación era el mejor apoyo externo a las propuestas que llevaban a los legisladores a sancionar una ley que en su despliegue práctico – aplicación – no debía ser desvirtuada o deformada por interpretaciones judiciales o eventuales precisiones doctrinarias.

Además, lo importante era preservar ese objetivo a través de la custodia real y efectiva no de los considerandos o fundamentos en que se asentaba la disposición, sentencias, sino específicamente, del dispositivo en sí, que era en el que se matizaba el sentido y alcance de la ley.

Ni los motivos de hecho, las "circunstancias fácticas del caso", ni las opiniones o pareceres científicos o teóricos, ni tampoco lo que entonces estaba en la penumbra o en secundaria línea, el modo con el que el juez evaluaba los hechos y pruebas, o el hilo lógico del razonamiento, con el que precisar lo comprobado y su sentido jurídico para concretar su repuesta decisiva, eran preocupación del legislador. Su visión estaba ceñida a que su fiel custodio, el Tribunal por él inventado – ahora la Corte de Casación - acordara o no (a través de casar, anular) validez al opus de los jueces finales en la parte dispositiva de su sentencia y con respecto sólo a la ley, allí aplicada (o desaplicada).

Al exportarse (o adaptarse) la institución por ejemplo en Italia (a partir del reino "di Nápoli", y sin articularse en un régimen único y centralizado, que sólo se logra en 1923), la idea que se encuentra en la base estructural de la Casación no sea otra que una rígida escisión (divisoria) entre el control de la legalidad y el control de justicia de la sentencia.

En tanto el juicio de casación sólo opera como un mero control de legalidad, estándole por ende excluida la indagación sobre el mérito (fondo de lo controvertido en ese particular litigio o causa), nada cabía alojar en sus circunscriptos objetos o fines tan

determinados y ajenos a la concepción de la figura –La casación- usada para desempeñar un rol por cierto extraordinario y específico.

En otras palabras la Corte de Casación, frente a la sentencia impugnada debe ceñirse al ámbito del *judicium rescindens* (juicio de anulación -casar- y nada más), sin suplantarlo que anulaba, el que debería representarse por el órgano de instancia que corresponda, y como consecuencia de la existencia de los errores (de derecho) denunciados por el recurrente.

Frente a esta cerrada alternativa, la Casación se contrapone –netamente- a los varios sistemas de tercera instancia que funcionaban claramente en la propia Italia a partir del siglo XVIII que la Corte de Casación, así delimitada su naturaleza institucional, carecía de otros o nuevo poderes y, ni por asomo, correspondía afiliarla a los regímenes de tercera instancia.

Por lo tanto para mantenerse en el recinto del *judicium rescindens* el juez de la casación no podía sino limitarse a ese rol cuyas fronteras herméticas le obstan – fuera de la demostración de la existencia del error en la aplicación de la ley – a hacerse cargo de otros motivos de la impugnación (errores de hecho, de prueba de encuadramiento o interpretación de negocios jurídicos). O incluirse en su eventual censura de errores no causales de la conclusión jurídica desviada o frustrada; menos prescindir de estas últimas o de sustituir (a fin de consumar la corrección de lo equivocado), los motivos en que debería sustentarse la parte dispositiva del pronunciamiento.

La doctrina francesa, pese a algunas concesiones a la rigidez de su sistema, no abandona el principio fundamental sobre el que se ha construido la totalidad del edificio casacional: la naturaleza (el ser o esencia) del recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación y no de gravamen, de suerte que la Corte de Casación ha de reducirse a verificar si la sentencia impugnada contiene o padece el defecto (de derecho) denunciado en el recurso. Es ese y no otro el cimiento de soporte de sus proyecciones.²

Calmandrei dice; que en la lucha entre el poder real y los parlamentos, se afirma la potestad real en defensa de sus prerrogativas, atribuyéndose el poder de anular las

sentencias de dichas cortes soberanas, en especial cuando eran dictadas en contravención a las ordenanzas y edictos.

A partir del maestro Calamandrei se mantiene la idea de que la casación es una mixtura del interés público preeminentemente con el interés particular subordinado. En otras palabras: que el interés particular se vale del interés público para el logro de su pretensión procesal y de esa conjunción se explica la naturaleza de la casación como recurso, dice el maestro italiano: “El particular que recurre, estimulado por su propio interés, se convierte casi sin darse cuenta en un instrumento de la utilidad colectiva del Estado, el cual a cambio del servicio que el recurrente presta a la consecución de un interés público, encuentra en la sentencia basada en un error de derecho la posibilidad de obtener una nueva resolución favorable a su interés individual”.

Nace así la demanda en casación, cuyo ejercicio se disciplina por un reglamento de 1738, como medio de impugnación. La Revolución Francesa toma este instrumento para la defensa de la Ley del Poder Legislativo frente a las posibles transgresiones de los jueces, nace así el Tribunal de Casación inspirado en las ideas revolucionarias de la omnipotencia de la Ley y la igualdad de todos los ciudadanos ante ella, creándose por decreto del 10 de diciembre de 1790 sancionada por la Asamblea Constituyente Francesa, cuyo artículo 1° creaba un Tribunal de Casación a lado del cuerpo legislativo con la misión de anular, todos los procedimientos en los cuales las normas hubieran sido violadas y toda sentencia que contuviera una contravención expresa al texto de la Ley.

La primera proposición para establecer la casación la hizo el libertador Simón Bolívar, quien en 1817 acompañó a su mensaje al Congreso de Argentina en 1819, un proyecto de Constitución, en la cual se creaba una Alta Corte de Justicia con una Sala de Apelación y otra de Casación.

Luego se establece la Casación en Venezuela, Colombia, Guatemala y en 1979 en el Uruguay, legislación última de la cual se ha tomado buena parte de nuestra actual Ley.

El Doctor Jorge Alvear señala que en 1915 existió un proyecto de la Academia de Abogados de Quito, proyecto elaborado por el Doctor Manuel E. Escudero.

Luego tenemos un proyecto en el año 1970 preparado por la Comisión Legislativa Permanente del Congreso, conformado por los doctores Juan Isaac Lovato y Celso Olmedo Vásconez.

En la Gaceta Judicial Serie Quinta No. 8, se publica un proyecto preparado por el Doctor Ramiro Borja y Borja.

La actual Corte Suprema de Justicia, a través del señor Doctor Miguel Macías Hurtado preparó un proyecto de Ley de Casación, que es presentado al Congreso Nacional, pero el Congreso aprueba como Ley el proyecto presentado por los señores Doctores Nicolás Parducci, Edmundo Durán Díaz, César Coronel, Ramiro Jiménez, Luis Orellana y Hernán Pérez con algunas modificaciones presentadas por el señor Antonio Rodríguez Vincens, Diputado por la Provincia del Pichincha y dicha Ley que es insistida por el Congreso Nacional, lo promulga el Presidente Sixto Durán Ballén y se publica en el Registro Oficial No. 192 del 18 de mayo de 1.993.

Calamandrei define al Recurso de casación como un instituto judicial consistente en un órgano único en el Estado (Corte de Casación) que a fin de mantener la exactitud y uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los Tribunales del derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la discusión de las cuestiones de derecho, la sentencia de los jueces inferiores; cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (Recurso de Casación) utilizables solamente contra las sentencias que contengan un error de derecho, en la resolución de mérito.

La enciclopedia jurídica Omeba establece que la casación es la función atribuida a un órgano judicial supremo con objeto de anular sentencias que contienen errores de derecho y que no son susceptibles de impugnación por medios ordinarios.

Fix Zamudio define a la Casación como el recurso a través del cual se examina la legalidad de la actividad del juez en el procedimiento y en la sentencia y que de ser acogido puede producir el efecto de anular el fallo respectivo, ya sea para reponer el citado procedimiento o con el propósito de que se pronuncie una nueva sentencia de fondo.

Caravantes en cambio se ubica en un plano específico y concreto y nos enseña que la casación “Es un medio supremo y extraordinario contra las sentencias ejecutoriadas de los tribunales superiores, dictadas contra la ley o faltando a los trámites del juicio”

Esta definición ubica a la casación en su punto preciso: es un medio supremo, el de más alto rango, el que requiere de la mayor especialización tecnojurídica y, además, es extraordinario, es decir que, para interponerlo se requiere de la existencia y aún del cumplimiento de determinados requisitos que permiten su procedencia jurídico – procesal, de tal manera que, de no cumplirlos, se tornará imposible gozar de los beneficios de este recurso. Se lo interpone contra las sentencias ejecutoriadas, si la sentencia no tiene esta característica no procede el recurso de casación.

La ley de casación en su artículo 2, textualmente establece.- PROCEDENCIA.- 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.

Debido a los múltiples rechazos por parte de la Corte Suprema de Justicia de casaciones interpuestas incorrectamente, es decir que la sentencia recurrida no se enmarca dentro de ninguna de las causales establecidas en el artículo 3 de la Ley de Casación ecuatoriana.

Considero importante efectuar un estudio pormenorizado de las causales citadas, con el objeto de identificar con claridad si en las sentencias emitidas por los diferentes jueces existe falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de normas procesales, normas de derecho, de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, o se encuentre inmersa en algún otro tipo de violación u omisión de normas procedimentales establecidas en la ley de casación.

Naturaleza de la Causal Primera de la ley de casación

Las causales significan los motivos o hipótesis de carácter general, por las cuales podemos interponer, en un momento dado, este recurso que permite el mejor esclarecimiento del derecho objetivo. Entre estas causales está el que se hayan cometido errores o vicios in iudicando o sea 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.

El artículo 3 se refiere a los motivos de la casación, esto es, las causales por las que puede interponerse y comenzamos por observar que la disposición dice "solo" podrá hacérselo por las que ahí se señalan. Esto delinea, en parte la categoría de "extraordinario al recurso, pues no es suficiente como en el caso del recurso de apelación, ordinario por autonomasia, ser la parte vencida para interponerlo. En el recurso extraordinario de casación, además de ser parte vencida, se requiere serlo por una sentencia o auto que adolezca de uno de los vicios que se enumeran en la disposición de la ley de casación. Claro está que los motivos para impugnar o acusar las providencias judiciales solo son una de las circunstancias que diferencian a los recursos extraordinarios.

De esta forma seguimos la tradición legislativa de los primeros países que han incorporado el recurso de casación a sus normas procesales.

La Ley de Casación, establece textualmente en su artículo 3, primer inciso .- CAUSALES.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales:

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;³

³ Ley de Casación. Artículo 3, primer inciso.

La razón de ser del recurso de casación estriba en que al proferirse erróneamente una sentencia o un auto, se dejan de aplicar las normas de derecho sustancial que consagran el efecto jurídico pretendido por las partes; esta situación permite acusar el fallo por la causal primera del artículo 3 de la Ley de casación, tanto por: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios; y, esto es obvio porque estas circunstancias quebrantan una norma de derecho sustancial, para establecer esta causal debe tenerse en cuenta la parte resolutive del fallo.

Violación de las normas de derecho sustantivo y de los precedentes jurisprudenciales obligatorios.

Tres son las maneras como puede resultar directamente violada una norma de derecho, esto es por: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación: y todo ello porque el juicio lógico jurídico que el auto o sentencia contiene ha prescindido de hechos acreditados auténticamente y que por estarlo tiene un valor probatorio a los ojos de la Ley o ha prescindido de una norma jurídica de valoración que por manera resulta infringida. Esta causal se refiere a vicios que llamamos in iudicando, esto es a violaciones del derecho, por lo que se ha dicho que en este tipo de impugnaciones predomina el interés general, sobre el particular.⁴

Aplicación Indebida.- La causal existe si el auto o sentencia impugnada está en oposición directa al texto de la Ley, ejemplo si en la sentencia se da por existente un contrato de compra-venta de bienes raíces mediante instrumento privado, así procede el recurso de casación cuando se infringe leyes que se toman en cuenta para la decisión del pleito, esto es cuando se comete una omisión y se deja de aplicar cuando se la empleó no siendo la pertinente al asunto ligado; con mucha razón varios autores señalan que este hecho se produce cuando se subsumen erróneamente los hechos en el ámbito de la norma que equivocadamente se estima aplicable o se sufre error al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal o la tesis del caso concreto.

⁴ García Falconí José. Manual Teórico Práctico en Materia de Casación Civil. Segunda Edición Corregida, aumentada y actualizada 1.998. Quito - Ecuador

Cuando se aplica a una situación no regulada por ella o cuando deja de aplicarla al caso para que el que fue hecho, esto es porque la ley ha sido desviada de su fin y de su objetivo.

Existe aplicación indebida cuando se deja de aplicar un texto legal, claro que ha debido aplicarse o cuando dicho texto se aplica desconociendo un derecho en él consagrado en forma clara.

Es la debida aplicación de una norma de derecho, esto trae como consecuencia la infracción directa de otro que, debiendo ser aplicado no lo fue a consecuencia de haberse hecho uso del primero.

La falta de aplicación ocurre cuando se comete una omisión y se deja de aplicar la ley al caso del pleito habiendo debido hacerlo, esto es cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido.

Esta causal procede cuando se deja de aplicar al caso en que proceda, bien por desconocimiento o negando el derecho que la misma reconoce.

La errónea interpretación se da cuando el Juez al juzgar, escoge una interpretación errónea de la Ley y que por tal erróneamente ha interpretado una norma de derecho, de este modo cuando el Juez al aplicarla al caso de que está conociendo le da un sentido o alcance diverso al que haya señalado el legislador, procede esta causal.

Esta causal se fundamenta cuando siendo la adecuada se la entendió y por lo tanto se aplicó en un sentido distinto al señalado por la ley, esto es cuando siendo la correspondiente, se la entendió sin embargo equivocadamente y se la aplicó de esta manera.

Existe una errónea interpretación, cuando el juez al aplicarla al caso especial de que está conociendo le da un sentido o alcance diverso al que le dio el legislador.

El juez debe aplicar las reglas que da el Código Civil en el artículo 19, de tal modo si dichas reglas son desconocidas o alteradas, se habrá violado la Ley por habérsela interpretado erróneamente.

La errónea interpretación se refiere pues a la equivocación acerca del contenido del precepto que lleva a incurrir en error al inquirir su sentido que impida aplicarlo con rectitud; y, esta se produce al desentrañar el contenido, significado o sentido íntimo de una norma.

La causal primera del artículo 3 contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutive. Sobre el tema la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales ha dicho:

Se trata de la llamada trasgresión 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.⁵

Piero Calamandrei, recomienda no olvidar que cuando desarrollamos una actividad de carácter jurisdiccional, a través de ese instrumento al cual llamamos juicio, se produce necesariamente una vinculación entre la lógica y el derecho y, por lo tanto, estamos frente al silogismo jurídico, que es una clara respuesta de identificación con lo que sería un proceso lógico en la determinación y formulación de la última de las formas de pensamiento, que es el razonamiento.⁶

Características de la violación directa

En la causal primera, se imputa al fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, o porque no se ha aplicado la que corresponde o porque, finalmente se realiza una errónea interpretación de la norma de derecho sustantivo.⁷

⁵ Andrade Ubidia Santiago. La Casación Civil en el Ecuador

⁶ García Feraud Galo. La Casación en materia civil, en La casación, estudios sobre la Ley No. 27, cit, p.47.

⁷ Andrade Ubidia Santiago. La casación Civil en el Ecuador

La Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, en numerosos fallos se ha pronunciado al respecto:

En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de la materia, no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación a la demanda, respectivamente luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurrir de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene. En la sentencia dictada por el Tribunal ad quem no se advierten ninguno de los errores citados. En su fundamentación los recurrentes no acusan propiamente a la sentencia de alguno de los errores en la subsunción de la situación fáctica a las normas de derecho que ellos citan; su acusación se dirige más bien a impugnar la apreciación del Tribunal ad quem sobre los elementos de prueba producidos en el juicio; lo cual, como se explica anteriormente, es ajeno a la causal primera del artículo 3 de la ley de Casación.⁸

La causal primera existe no solamente cuando se inaplica, se aplica equivocadamente o se interpreta erróneamente la ley, sino también la Constitución Política, los tratados

⁸ Resolución No. 323 del 31 de agosto de 2.000, juicio No. 89-99 (Yumisaca vs. Yumisaca), R.O. 201 de 10 de noviembre de 2.000; en el mismo sentido, Resolución 229 del 19 de junio de 2001, juicio 168-2.000(Caballos vs. Palacio), citada; No. 317 del 31 de agosto del 2.000, juicio No. 190-2.000(Jácome vs. Bahamonde); No. 323 del 31 de agosto del 2.000, juicio No. 89-99, (León vs. León); No. 332 del 31 de agosto del 2.000, juicio No. 186-2.000 (Zurita vs. Robles)

internacionales vigentes, la ley extranjera en los casos en que se lo deba aplicar, la doctrina jurisprudencial, las ordenanzas, los reglamentos y la costumbre.

La violación de la costumbre

Respecto a la violación de la costumbre, señala García Feraud “ Hay algunos tratadistas que sostienen que esto implicará un cierto error de hecho que produciría la causal de casación, hay otros tratadistas, y podría ser que esta sea la línea preponderante, que señalan que no estamos frente a un elemento que debemos mirarlo en la calificación del debate probatorio, la costumbre puede ser apreciada extra proceso por el juez, que tiene que aceptar que, efectivamente, existe esa costumbre en el país y que tiene fuerza compulsiva; la costumbre como derecho consuetudinario es la reiteración de actos con persuasión de obligatoriedad.⁹

El tema de la costumbre es complejo y hay “algunas cuestiones que ofrecen singular interés”, como anota De La Plaza Manuel: a) “la más importante de ellas, está relacionada con la extensión que la prueba de la costumbre que ha de tener, es decir, si ha de versar concretamente sobre la existencia de la norma jurídica, o también sobre su contenido”, b) “otro tema se relaciona con los poderes que el juez ha de tener en la investigación de la costumbre”; c) por último, está lo relativo a la prueba de la costumbre, es decir, el empleo de los medios probatorios que la ley franquea para acreditarla; por ejemplo ¿será posible probar la costumbre exclusivamente con testimonios?. En verdad, hasta hoy día parecería ser que en el Ecuador practicamos el ars ignorando respecto de la costumbre. En materia mercantil, tenemos además el tema de los usos y las prácticas uniformes, otra cuestión que no ha merecido mayor atención en el país.¹⁰

La doctrina y la jurisprudencia española se han preocupado del tema, como señala Guasch Fernandez Sergi: Entre la jurisprudencia mantenida por el Tribunal Supremo, había declarado que era impugnabile si se probaba que dicho órgano incurrido en un error de hecho o de derecho en la valoración de la prueba. Hoy su desarrollo y subsistencia dependerá de que sea apreciada en toda su magnitud por los Trssj. Con ello, la casación podrá servir de verdadera unificación de jurisprudencia consuetudinaria”. “Entre la doctrina de Clemente De Diego estimaba que “el Ts está autorizado para examinar y decidir la existencia o inexistencia de una costumbre

⁹ García Feraud Galo, La casación en materia civil, en La casación, estudios sobre la Ley No. 27, cit, p 50-51.

¹⁰ De la Plaza Manuel. La casación civil, cit, pp. 188- 193.

discutida” y en igual sentido, para Sentis Melendo no cabe duda alguna que “la sentencia que incurre en violación de una costumbre que es conocida por la Corte Suprema o que ha sido establecida por el Tribunal de instancia, debe ser casada” pero a renglón seguido Guasch advierte: “sin embargo, no han faltado opiniones en contra de esta posibilidad. Se afirma que en instancia es más cercano el asunto en elementos del juicio jurídico, y como un reexamen sólo tiene sentido cuando este dispone, para juzgar la cuestión de derecho, de por lo menos los mismos conocimientos que aquél, hay que prescindir del control de conclusiones subjuntivas que aprovechan usos, costumbres o condiciones particulares o locales”. De lo anterior, concluye que, “como cuestión de derecho, la costumbre como fuente subsidiaria de la ley, tendrá acceso a la casación en los siguientes supuestos:¹¹

- a) Por no aplicación de oficio por el Juez o Tribunal alegándose en todo caso el artículo 1.7 del Código Civil español, establece: Los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido”¹²
- b) Indirectamente, por infracción de la ordenación de las fuentes del Derecho.

En cuanto a la costumbre *secundum legem*, el Juez puede libremente utilizar un criterio interpretativo o no, pero si lo sigue y lo hace infringiendo su sentido entendemos que cabe casación.

Inversamente, cabe que se aplique una ley cuando debía entrar en juego la subsidiaridad de la norma consuetudinaria. Pues, cabe que aplicándose la norma consuetudinaria, ésta sea *contra legem* o bien, no se ha aplicado la norma consuetudinaria porque se ha entendido erróneamente que era contraria a la moral o al orden público.

Estimamos que también tendrá acceso a casación la aplicación indebida de una costumbre por razón de su aplicación espacial. Sea un ámbito comercial o local a un ámbito regional o general. Sin embargo no cabe su casación cuando una costumbre general o regional es aplicada a un punto concreto y especialmente inferior ya que, en otro caso, no habría sido una generalización de costumbres locales uniformes.

Cuando directamente se infringe una norma consuetudinaria aplicable al objeto de debate. Acreditada la existencia, validez, vigencia y alcance no cabe sino reconocer su valor normativo por lo que cabe controlar en casación su posible infracción.¹³

VIOLACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

¹¹ Guasch Fernández Sergi, *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, cit, p.221

¹² Código Civil español. Artículo 1.7

¹³ Guasch Fernández Sergi, *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, cit, p. 221-222

Se denomina doctrina jurisprudencial o doctrina legal a la elaborada por los tribunales y que, de conformidad con los diversos sistemas, llega a constituir derecho objeto, cumplidos ciertos supuestos que la ley señala, o tiene la fuerza de argumento de autoridad y es norma de conducta para los juzgadores de instancia, cuando es elaborada por el Tribunal de casación.¹⁴

En orden al valor que ha de dársele (a la doctrina legal) las opiniones se polarizan en torno a dos posiciones que, aunque con pocas posibilidades de lograrlo, se ha tratado de conciliar. La subjetiva, según la cual la doctrina no es sino una regla de conducta que puede guiar por su autoridad intrínseca la actuación de los juzgadores, pero no condicionarla como precedente obligatorio. La objetiva, a cuyo tenor la elaboración y construcciones jurídicas que los Tribunales hacen en torno a la Ley, llega a tener, cuando adquiere firmeza y contornos definidos, por el cumplimiento de determinados requisitos, el valor de norma de Derecho objetivo que se impone a todos, ni más ni menos que si se tratase de un precepto de carácter general.

Las naciones que se acomodan al tipo de organización judicial inglesa se adopta el denominado sistema de precedente obligatorio. El término empleado revela ad extra el proceso por obra del cual la doctrina llega a adquirir rango de norma y se impone con carácter general. El precedente se crea en derredor de un caso concreto que, aparentemente, no toma en consideración sino el interés de las partes; pero su generalización ulterior está en función de la autoridad de que goza el juez que lo establece; por eso, la doctrina británica cuida de subrayar que lo que el precedente otorga singular valor, es la ratio decidendi.¹⁵

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

¹⁴ Andrade Ubidia Santiago. La Casación civil en el Ecuador.

¹⁵ De la Plaza Manuel, La casación civil, cit, p. 199

la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;¹⁶

Respecto de esta causal debe advertirse que no toda violación del procedimiento es motivo de casación a su amparo. La norma es muy clara: únicamente cuando ha habido aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, a condición de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

Como es de conocimiento general, el Juez antes de fallar debe examinar de oficio, si concurren y están presentes los llamados presupuestos procesales, que señala el Código de Procedimiento Civil en ese caso, pues estas normas consagran la garantía del debido proceso, establecido en la Constitución Política de la República.

Se produce esta causal de casación, cuando se tramita un procedimiento, sin la intervención de personas a quienes afecta, porque ellas no han podido defenderse, es principio garantizado por la Constitución Política que nadie puede ser condenado sin ser oído.

De este modo, si se encuentran reunidos todos los requisitos procesales, el juez debe pronunciar sentencia, pero si falta alguno de los requisitos enunciados en el Código de Procedimiento Civil, debe declarar la nulidad, de este modo si el juez o tribunal ha deducido erróneamente la falta de alguno de ellos, cuestión que causa agravio, perjuicio o lesión patrimonial a las partes, procede la interposición de la casación contra la sentencia de este modo dictada, pero para que pueda darse esta causal, se requiere que la respectiva nulidad en la cual se apoye no se hubiere saneado, pues de lo contrario no procede este recurso.

Así procede el recurso de casación, cuando se han omitido en el trámite del juicio solemnidades sustanciales o requisitos para cuyo efecto la ley determina expresamente que hay nulidad. En todo caso la Corte Suprema de Justicia puede desestimar el recurso en violación en la forma, si aparece en el proceso de manera manifiesta que el recurrente no ha sufrido un perjuicio que pudiese ser reparado con la

¹⁶ Ley de Casación. Artículo 3.

anulación del fallo o que el vicio alegado como tal no ha influido en la decisión de la causa.

De tal modo, que la Corte Suprema de Justicia examina la actividad desarrollada en el proceso desde su constitución hasta la sentencia, en busca de las posibles nulidades existentes; y, cuando la Corte Suprema acoge un recurso de casación en la forma, dicta una sentencia por la cual invalida al fallo recurrido, pero no pronuncia otra; toca al juez o tribunal que corresponde subrogar al que emitió el fallo recurrido dictar la nueva sentencia.

El recurso de casación en la forma, procede cuando el juez o tribunal ha incurrido en vicios de procedimiento, ya sea tramitar el juicio, ya sea el pronunciar sentencia o auto; mientras que el recurso de casación en el fondo, tiene lugar cuando se dicta auto o sentencia con infracción de la ley, si esta infracción ha influido en lo dispositivo del fallo, esto es que la infracción ha influido en lo dispositivo del fallo, esto es que la infracción es de tal calidad, que se falle en juicio de una manera distinta a la que habría sido de observarse correctamente el derecho.

El objeto de esta causal segunda del artículo 3 de la ley de casación, tiene por fin proteger las leyes de procedimiento tanto en lo que dicen relación con la tramitación cuanto en lo que se refieren al pronunciamiento del fallo, es una garantía de seguridad para las partes litigantes y para la sociedad.

Esta causal se puede producir en dos oportunidades:

- 1.- Durante la tramitación del juicio; y,
- 2.- En el momento de dictar sentencia.

Pero además es preciso que el recurrente haya sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o que el vicio haya influido en lo dispositivo del mismo, pues de lo contrario la Corte Suprema de Justicia podría desestimar el recurso. Si la Corte Suprema acoge el recurso, en la misma sentencia debe anular el fallo recurrido e indicar el estado al cual se repone el proceso, para que este sea tramitado y fallado o simplemente fallado por el juez o tribunal a quien le habría tocado conocer en caso de recusación, el juez o tribunal que pronuncia la sentencia casada.

Las simples irregularidades de orden procesal que no configuran una causal de nulidad, no son aptas para fundamentar un recurso de casación, por tal se concluye que es improcedente el recurso de casación, si la nulidad es saneable o no ha influido en la decisión de la causa, por ejemplo la falta de citación de la demanda al demandado es saneable cuando comparece.

De este modo el legislador ha considerado, que no basta que los pleitos se resuelvan por medio de sentencias ajustadas a la ley sustantiva o a la jurisprudencia obligatoria, sino que es necesario que se tramiten observando las normas fundamentales del procedimiento que son de orden público y constituyen garantía para los litigantes, con mucha razón decía Carnelutti son desviaciones del orden preestablecido para garantizar la función de justicia que en el proceso se cumple.

Los vicios de procedimiento con alcance de nulidad, no sólo se lo puede alegar en cualquiera de las instancias del proceso antes que se dicte sentencia o durante la actuación posterior de esta según las circunstancias, sino también que se pueden invocar a través del recurso de casación.

En términos generales, puedo señalar, que las nulidades no saneables son: la falta de jurisdicción; la falta de competencia; el trámite inadecuado, pero también hay que recordar que la razón de ser o el fundamento de la nulidad estriba en la garantía constitucional que tiene la persona de utilizar todos los mecanismos o prerrogativas que le ha conferido la ley, para hacer valer sus derechos, esto es el derecho de defensa que faculta a la parte afectada para solicitar la nulidad, así es fundamental verificar si la causal de nulidad que pretende aducir como fundamento de la segunda de casación es insaneable o no; y, en este último caso sino ha sido convalidada.

Se debe señalar expresamente la causal de casación y señalar la de nulidad que le sirve de fundamento explicando las razones por las cuales el impugnante es útil recabar sobre el particular y si es saneable poner de manifiesto que no ha sido saneada expresa ni tácitamente.

¿Qué nulidades pueden originar esta causal?

- a.- Falta de jurisdicción
- b.- Falta de competencia
- c.- Ilegitimidad de personería

d.- Falta de citación

Principios que informan la materia

Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad; y b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además, debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia).

Los vicios que privan al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no existe en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso, inciden en la constitución de la relación procesal. Véscovi, al respecto señala:

Debemos ver en esto una referencia a la existencia de los presupuestos procesales necesarios para la constitución de dicha relación y que, en definitiva, pueden importar un defecto que obste el dictado (legítimo) de una sentencia definitiva. Así sucede con la falta de jurisdicción y aún de competencia, en cuanto no estemos ante un caso de prórroga (expresa o tácita). También se menciona la falta de legitimación y aún de capacidad, como causal e infracción a la forma. Asimismo se incluyen, como defectos similares, los relativos a la constitución del tribunal colegiado. Y por último, la doctrina establece que la infracción puede estar en la deficiente constitución de la relación procesal, en especial cuando el demandado no ha sido correctamente emplazado y no se le han dado las necesarias garantías de defensa.¹⁷

Resoluciones de las salas de lo civil y mercantil en torno a diversos temas relativos a nulidad procesal

¹⁷ Véscovi Enrique. La casación Civil.

A continuación diversos casos en los que se han declarado nulidades procesales:

La Primera Sala ha examinado la finalidad del proceso:

Ante todo es necesario tener presente la finalidad del derecho procesal, para de acuerdo a ello determinar si se puede o no imputar a un fallo el vicio e la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación por haberse transgredido esta clase de disposiciones legales. Al respecto, debe recordarse que el fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y por lo tanto la armonía y la paz social, mediante la realización pacífica imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de funcionarios públicos especializados. Las normas procesales no tienen vida por sí mismas, sino en razón o en función del derecho sustantivo cuya vigencia tutela, por lo tanto, solamente la violación de la norma procesal que afecte a la aplicación de ese derecho sustantivo, en forma tal que impida esa aplicación, determina que la sentencia deba ser causada por vicios in procedendo.¹⁸

En materia de nulidades procesales, el juzgador ha de tener muy en cuenta estos principios:

Además de los de convalidación, de protección y de conservación. Estas reglas, expuestas por la doctrina y acogidas por nuestra jurisprudencia tienen directa relación con los vicios establecidos en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación; en nuestro sistema legal, las causas de nulidad procesal se hallan señaladas en el artículo 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 1014 ibídem que concierne a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando. La ley contempla también solemnidades especiales para el juicio ejecutivo y para el juicio de concurso de acreedores. Por ello, todo cargo en contra de la sentencia, amparado en la causal, debe hacer referencia a los artículos citados; pues de lo contrario, el cargo no sería una proposición jurídica completa, cual se requiere para recurrir en casación.¹⁹

Principios generales que informan a la nulidad procesal:

¹⁸ Resolución No. 473 del 7 de septiembre de 1999, juicio No. 208

¹⁹ Resolución No. 133 del 24 de junio del 2002, juicio No. 289-01 (Santistevan vs. Egúez.) R.O. 630 del 31 de julio del 2002.

El Tribunal en resolución No. 137-99, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 185 del 6 de mayo de 1999, ha señalado los requisitos indispensables para que prospere la alegación de nulidad planteada: "Según la doctrina, acogida por nuestra jurisprudencia, para la nulidad procesal deben cumplirse las 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". Al respecto, de la revisión de los autos aparece que, en efecto pese a que se acreditó la muerte del actor M.C.C. mediante copia certificada de la partida de defunción...., tanto las partes procesales como la Corte Superior de Zamora no advirtieron la necesidad de cumplir con lo dispuesto en el artículo 87 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, como ya anotamos para que la omisión de esta notificación sea considerada como una causa de nulidad procesal deben verificarse 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 esté prevista en la ley, nuestro sistema legal establece los motivos para declarar la nulidad en el artículo 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 *ibidem* que se refiere a la violación de trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando; el artículo 87 del Código de Procedimiento Civil que obliga a realizar la notificación a los herederos del litigante fallecido, a fin de que puedan apersonarse en el juicio y hacer valer sus derechos, es una norma que establece una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, cuya omisión pueda colocar a la parte en indefensión, violando las garantías del debido proceso que se hallan consagradas en la Constitución Política de la República. En cuanto al requisito de trascendencia de la nulidad acusada, como lo señala el tratadista Enrique Véscovi en su obra *Derecho procesal civil*, en virtud del carácter no formalista del derecho procesal moderno, se ha establecido que para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino se produce un perjuicio a la parte. Más aun esta sala en fallo No. 292-99 (V. contra S.) publicado en el Registro Oficial No. 255 del 16 de agosto de 1999, respecto al principio de trascendencia dice: La violación de trámite no bastará para producir la nulidad procesal, pues según la doctrina consagrada por el artículo 1067 (1014) del Código de procedimiento civil en armonía con la causal segunda del artículo 3 de la Ley de casación, la violación tiene que ser trascendental o en palabras de la ley, influir en la decisión de la causa. Según la doctrina de Eduardo Couture, con la que coincide esta sala: No hay nulidad

de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio. La antigua máxima *Pas de nullité sans grief* recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate, cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes. Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aún aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica, ajena a sus actuales necesidades. (Fundamentos de derecho procesal civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, pág. 285 y 286). Un objetivo básico de la administración de justicia es el de restablecer la armonía social que viene alterarse con un juicio que según la definición del artículo 71(67) del Código de procedimiento civil es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces. Contienda que tiene como sinónimos pelea, riña, pendencia y lucha; no tendría sentido por lo tanto declarar la nulidad cuando los contendientes, desde los diferentes puestos de combate legal han podido utilizar todos los medios de ataque y de defensa permitidos por la ley, y el proceso ha cumplido con su finalidad.²⁰

El Principio de la Especificidad:

Sobre el tema de especificidad la Sala ha sostenido:

De acuerdo con el principio de especificidad, que acerca de la nulidad procesal consagra nuestro ordenamiento jurídico, las causales de nulidad están señaladas específicamente en la ley; no hay pues nulidad procesal si la ley no lo señala expresamente. Tratándose del juicio verbal sumario son causales de nulidad procesal: la omisión de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias enumeradas en el artículo 355 (346) del código de procedimiento civil, y la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o de la causa que se está juzgando, previsto en el artículo 1067 (1014) del código de procedimiento civil; b) La oscuridad de la demanda y la omisión del juez de ordenar aclararla, como manda el artículo 73 (69) del código de procedimiento civil, no constituye un motivo de nulidad procesal, porque no se encasilla ni en el artículo 355(346) ni en el artículo 1067 (1014) del Código de procedimiento civil. Por cierto, el juez estaría imposibilitado de pronunciarse sobre el mérito o fondo de las pretensiones de la demanda si ésta fuera

²⁰ Resolución No. 472-2000 del 24 de noviembre del 2000, juicio No. 263-97 (Cumbicus vs. Salazar), R.O. 282 del 12 de febrero del 2001.

ininteligible, pero no por haber nulidad procesal sino porque no podría saber el verdadero sentido y alcance del *petitum* de la demanda.²¹

El principio de la trascendencia:

La misma Sala ha enseñado que los errores en materia de nulidades procesales han de ser trascendentes, es decir,

Para que proceda declararse la nulidad por violación de trámite, dicha violación ha de ser determinante de la parte dispositiva del auto o sentencia, de manera que si el vicio no tiene relieve en la resolución, como en el presente caso porque únicamente hay una referencia inexacta a la norma legal, no procede casar el fallo por esta razón.

La resolución de la misma sala del 27 de septiembre del 2001 reitera este criterio:

Las actividades del juez y de las partes se hallan reguladas por un conjunto de normas preestablecidas que señalan el camino que debe seguirse en todo el proceso desde su inicio hasta su culminación, y nuestro ordenamiento legal ha establecido la nulidad de un acto procesal y de todos los que dependen de él cuando no se han observado dichas normas, pero siempre condicionada a los principios de trascendencia y de convalidación. De esta manera no hay la nulidad procesal si dicho incumplimiento no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio. Este principio de trascendencia está consagrado en los artículos 358 (349) y 1067 (1014) del Código de Procedimiento Civil, cuando disponen de manera categórica que la nulidad procesal por omisión de solemnidades sustanciales o la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, anula el proceso, y los juzgados y tribunales lo declararán de oficio o a petición e parte, siempre que dicha omisión o violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa.

Finalidad de la declaratoria de nulidad procesal:

Respecto de la finalidad que tiene la declaratoria de nulidad procesal, la Primera Sala señaló:

El tratadista Alberto Luis Maurino en su obra *Nulidades Procesales* dice: La finalidad de las nulidades procesales es asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio. Con suma claridad Alsina nos da esta fórmula: donde hay indefensión hay nulidad: si no hay indefensión no hay nulidad. Podetti, puntualiza que el objetivo y fin

²¹ Resolución No. 478-2000 del 4 de diciembre del 2000, juicio No. 7-2000 (Vera vs. Godoy), R.O. 283 del 13 de marzo del 2001.

de las nulidades del procedimiento, es el resguardo de una garantía constitucional. Palacio, sostiene que ésta noción debe interpretarse con criterio teleológico, subsumiendo en definitiva a las finalidades particulares en la genérica de asegurar la defensa en juicio de la persona y sus derechos. (Nulidades Procesales, Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992. Pág. 33.²²

Distinción entre legitimación Ad Processum (legitimidad de personería) y legitimación Ad Causam (legítimo contradictor)

En lo referente a la falta de legitimación, debe diferenciarse entre vicio de falta de legitimación en el proceso (*falta de legitimatio ad processum*), conocido en nuestro medio como ilegitimidad de personería, y la falta de legitimación en la causa (*falta de legitimatio ad causam*) o falta de legítimo contradictor. La primera es causa de nulidad procesal que, de producirse, se ha de acusar con amparo en la causal segunda; la falta de legitimación en la causa impide que se pueda pronunciar una sentencia eficaz porque no puede surtir efectos respecto de las personas que no integraron la parte actora o demandada (según el caso) en los casos de litis consorcio necesaria, no constituye vicio de procedimiento sino que es un error que tiene que ver con el derecho material y debe acusarse con fundamento en la causal primera.

Sobre el tema, la Primera Sala ha resuelto:

Una persona puede comparecer como parte a juicio, por sus propios derechos o en representación de otra (sea natural o jurídica); pero para que los actos procesales que realice produzcan efectos jurídicos, debe ser capaz de comparecer como lo ha hecho. Por lo tanto, la ilegitimidad de personería o falta de legitimatio ad processum, se produce cuando comparece a juicio: 1) Por sí sólo quien no es capaz de hacerlo (la capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otras. 2) El que afirma ser representante legal y no lo es. 3) El que afirma ser procurador y no tiene poder. 4) El procurador cuyo poder es insuficiente; y, 5) El que gestiona a nombre de otro y este no aprueba lo hecho por aquél, pues se puede comparecer a juicio a nombre de otro sin poder, pero con oferta de ratificación (gestión de negocios), conforme ya lo ha resuelto esta Sala en casos anteriores, como la sentencia dictada en el juicio No. 604-95. Cuando existe ilegitimidad de personería, generalmente cabe ratificación de la parte, con lo cual se

²² Resolución No. 507-99 del 11 de octubre de 1999, juicio No. 18-99 (Palomo vs. Caisaguano), R.O. 333 del 7 de diciembre de 1999.

convalidan los actos realizados por la persona que carecía de capacidad para comparecer a juicio.

Forma en la cual se puede ocasionar indefensión al demandado cuando se le cita por la prensa.

La Primera Sala se ha pronunciado en el sentido de que el proceso adolece de nulidad por la indefensión que se ocasiona al demandado cuando se le cite por la prensa, sin cumplirse con los presupuestos necesarios para esta clase de situación, el juramento se refiere a la imposibilidad de determinar la individualidad del domicilio, por lo que no basta la declaración de que se desconoce el domicilio del demandado.

Este Tribunal reitera lo que ya sostuvo en su fallo No. 159-2001 del 9 de abril del 2001, publicado en el Registro Oficial 353 del 22 de junio del mismo año, en el que se anota: Citación es el acto procesal del juez, realizado a través del secretario o del citador, mediante el cual se pone por escrito en conocimiento del demandado la demanda y la providencia recaída en ella. Toda demanda ha de citarse necesariamente a la parte contra quien se dirige, para dar efectiva vigencia al principio del debido proceso

preceptuado por la Constitución Política de la República del Ecuador. La citación es un presupuesto procesal fundamental, por eso el artículo 355 (346) del Código de Procedimiento Civil la coloca entre las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, cuya omisión acarrea la nulidad del proceso; siempre, por supuesto, que no se haya saneado o convalidado porque por lo general las nulidades procesales son susceptibles de convalidación en la forma señalada por la ley. El Código de Procedimiento Civil ha previsto la citación por la prensa como un medio extremo cuando es imposible determinar la residencia del demandado. Es indudable que en un conglomerado social en donde habitan tantas personas en muchos casos sea difícil conocer el lugar donde habita la persona contra quien se va a dirigir una demanda; pero ese simple desconocimiento no le exonera al actor de la carga de acudir a fuentes de información factibles, tales como guías telefónicas, Registro Civil, Cedulación e identificación, para obtener los datos necesarios para ubicar la residencia del que va a ser demandado. Por eso el artículo 86 (82) del Código de Procedimiento Civil establece categóricamente: La afirmación de que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien deba ser citado, lo hará el solicitante

bajo juramento sin el cumplimiento de cuyo requisito el juez no admitirá la solicitud. Adviértase que la exigencia de la ley no es la afirmación que el actor desconoce el domicilio del demandado, sino específicamente que es imposible determinar su residencia, y lo uno y lo otro son conceptos jurídicos distintos.

Respecto de la nulidad del proceso por violación del trámite

La Primera Sala ha distinguido:

En cuanto a los trámites que deban darse a los juicios, éstos serán determinados por la ley y el juez debe velar para que se siga por la vía señalada a fin de que no se perjudique a la parte provocando indefensión, tomando siempre en cuenta que quien debe encaminar su acción por la vía de lato conocimiento no puede pretender sustanciarla por una vía abreviada o de ejecución, porque aquí si se podría estar provocando indefensión de las partes, o influiría o podría influir en la decisión de la causa; pero que no habría violación al derecho de defensa si, debiéndose sustanciar una pretensión en un proceso abreviado, el actor escogiera la vía ordinaria o de lato conocimiento, en el que las partes tienen la posibilidad de defenderse en forma amplia.

Varios casos de declaratoria de oficio de la nulidad:

Resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en que ha actuado de oficio, declarando la nulidad del proceso:

De conformidad con lo que dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, los jueces y tribunales declararán la nulidad, aunque las partes no hubieran alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades 1ero. (falta de jurisdicción de quien conoce el juicio), 2do (falta de competencia del juez o tribunal en el juicio que se ventila), 3ero (falta de legitimidad de personería), 4to (falta de citación de la demanda del demandado o a quien legalmente le represente), 6to (notificación a las partes del auto de prueba y de la sentencia), 7mo (formarse el tribunal del número de jueces que la Ley prescribe) comunes a todos los juicios e instancias, siempre que pueda 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 trate de falta de jurisdicción.

Cumpliendo con este deber, la Primera Sala ha declarado:

Falta de personería:

Es obligación de los jueces y tribunales examinar si las partes que intervienen en los procesos tienen la capacidad jurídica para hacerlo, es decir, si pueden comparecer a juicio como parte. Al respecto, la Enciclopedia Jurídica Aneba dice: Personería. Según Couture (Vocabulario jurídico), calidad jurídica o atributo inherente a la condición de personero o representante de alguien. Es un americanismo que en el derecho procesal se emplea en el sentido de personalidad o capacidad legal para comparecer en juicio, así como también el de la representación legal y suficiente para litigar. Tratase, pues no sólo de la aptitud para ser sujeto de derecho, sino también para defenderse en juicio. En el presente caso, la demanda fue presentada por el representante legal del INEFAN, entidad de derecho público adscrito al Ministerio de Agricultura y Ganadería, con personería jurídica propia, patrimonio propio, presupuesto independiente y autonomía administrativa y financiera, instituto que al desaparecer y al fusionarse con el Ministerio del Ambiente, perdió esas facultades y atribuciones, pues de conformidad con el artículo 9 del Estatuto del Régimen jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, La Administración Pública central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tiene personalidad jurídica única, personalidad que está representada en juicio por el Procurador General del Estado. Por lo expuesto, la Ministra de Medio Ambiente por sí sola no podía comparecer a juicio, pues no goza de personería jurídica, existiendo por lo tanto ilegitimidad de personería que es una de las solemnidades comunes a todos los juicios e instancias, como lo expresa el literal c) del artículo 355 (346) del Código de Procedimiento Civil, omisión que ha viciado el proceso de nulidad insanable, y ha colocado al Estado en situación de indefensión, por lo que los jueces están en la obligación de declarar la nulidad, aún de oficio como en este caso.

Ilegitimidad de personería:

La Primera Sala de lo Civil declaró de oficio la nulidad del proceso, por cuanto no se contó con el representante legal del Estado, es decir, el Procurador General:

El único representante judicial del Estado es el Procurador General, por lo tanto se debe contar exclusivamente con él en toda controversia suscitada con entidades del sector público que carecen de personalidad jurídica como ha sucedido en la especie, en que ni el cuerpo de Ingenieros del ejército ni el Ministerio de Defensa gozan de personalidad jurídica para comparecer por sí mismos a juicio. Respecto a la comparecencia del Ministerio de Defensa Nacional, que también fue demandado en este proceso, cabe recordar lo siguiente: según el artículo 9 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, la administración pública central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tiene

personalidad jurídica única, personalidad que está representada en juicio por el Procurador General del Estado, por lo que los Ministros de Estado no tienen personería jurídica para comparecer en actos judiciales representando a sus ministerios. En la especie, al no haberse notificado al Procurador General del Estado, representante judicial de la parte demandada, con el auto de apertura a prueba ni con las sentencias dictadas dentro de este proceso, se ha colocado al Estado en situación de indefensión, lo que provoca la nulidad procesal insanable de conformidad con lo que dispone el artículo 355 (346) numeral 6 del Código de Procedimiento Civil, igualmente al intervenir por sí solos el Comandante del Cuerpo de Ingenieros del Ejército y el Ministro de Defensa Nacional, en representación de entidades que no gozan de personalidad jurídica, ha existido también en el presente proceso ilegitimidad de personería, que es una de las solemnidades comunes a todos los juicios e instancias, por lo que los jueces están en la obligación de declarar la nulidad, aún de oficio como en el presente caso.

Omisión de solemnidades:

Por establecer la omisión de solemnidades comunes a todos los juicios e instancias o a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, aunque el vicio no haya sido acusado, se ha declarado de oficio la nulidad: a) Si se imputa al fallo casado de que en él no se hallan presentes los presupuestos de procedibilidad de la acción o del procedimiento, enumerados en el artículo 355 (346) del Código de Procedimiento Civil, o se haya violado el trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando de conformidad con el artículo 1067 (1014) ibídem, aunque la fundamentación sea inadecuada, el tribunal de casación debe entrar a analizar el cargo; b) el tribunal ha de examinar si el vicio de falta de jurisdicción, y si procede, siempre ha de declarar la nulidad procesal ya que el vicio de falta de jurisdicción en ningún caso es renunciable ni saneable; c) si el vicio es por la omisión de los otros requisitos enumerados en el artículo 355 (346), menos el contenido en el numeral quinto, así como por violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, y la omisión advertida o la violación del trámite han viciado al proceso de nulidad insanable o provocando indefensión, siempre que hubiesen influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente porque las partes hayan convenido en prescindir de la nulidad, igualmente ha de declarar la nulidad procesal; d) en el caso de que el vicio sea el previsto en el numeral 5 del artículo 355 (346).

¿Cuáles son las nulidades saneables y cuáles no?

Las únicas nulidades que no son susceptibles de convalidarse porque están erigidas para conservar las bases de la organización judicial y la estructura misma del proceso son la falta de jurisdicción, falta de citación o ilegitimidad de personería.

Auto de nulidad

Es deber de todo juez, previo a absolver, verificar en primer lugar si es competente para resolver el proceso que se somete a su conocimiento; si es así, deberá entonces examinar si el mismo adolece de alguna nulidad insalvable, esto es, la infracción de alguna norma procesal, que no haya sido subsanada, que sea declarable de oficio y que pueda influir en la decisión de la causa en perjuicio de alguno de los litigantes. Estos deberes son comunes tanto para los jueces de instancia como el Tribunal de Casación.²³

Octavo. Todo juzgador, sea de instancia o de casación, está en el deber primordial de verificar la validez del proceso examinando si concurren o no los presupuestos procesales ya que, de advertir que alguno de ellos se encuentra ausente ha de proceder, de oficio o a petición de parte a declarar la nulidad procesal puesto que la ausencia de tales presupuestos determina que no existe un proceso válido y, por lo mismo, mal puede actuar el juzgador. Entre tales presupuestos se encuentra la competencia del juez o tribunal que conoce de la causa, (artículo 305 del Código de procedimiento Civil).²⁴

(1994) Los autos de nulidad, escapan al control de la casación "PRIMERO.

El auto de nulidad expedido por la Tercera Sala de la Corte Superior de Quito no admite recurso alguno incluido el de casación; pues, no se encuentra comprendido en ninguno de los literales del artículo 2 de la ley de casación que determina taxativamente los casos susceptibles de este medio de impugnación. **SEGUNDO. La ley, no acepta el recurso de casación para los autos que declaran la nulidad procesal ya que, como es obvio no ponen fin al proceso al no resolver el fondo del litigio.** Por otra parte, es de advertir que la nulidad dispuesta por los juzgadores

²³ Suplemento R.O. No. 328-17-05-2001. Página 3

²⁴ R.O. No. 43-19-2003, página 21

como es sabido, no tiene otro efecto que el de volver las cosas al estado en que se encontraban con antelación a ella.²⁵

(1995) Los autos de nulidad escapan al control de la casación. Recurso de hecho. PRIMERO: Una vez interpuesto el recurso de casación y si fuere denegado, podrá la parte recurrente en el plazo de tres días hábiles interponer el recurso de hecho. (Artículo 8 de la Ley de casación), y el inferior sin calificarlo elevará todo el proceso a la Corte Suprema de Justicia. En tal virtud corresponde a esta Sala calificar el recurso de hecho, y examinar si el inferior ha procedido o no legalmente. SEGUNDO: Revisado el proceso, esta Sala considera que el auto dictado por la Corte Superior de Justicia de Machala el 15 de junio de 1994, a las 08h40 minutos, resuelve con acierto la negativa del recurso de casación, pues este, realmente **no es de los que pone fin a la causa**, es decir no es de aquellos contemplados en el literal a) del artículo 2 de la Ley de la materia y lo que hace es declarar la nulidad de todo lo actuado desde la demanda, pues esta ha sido mal deducida ya que debió habérsela propuesto una vez disuelta la sociedad de hecho, habiendo incurrido el actor en violación del trámite de la causa que se juzga. (artículo 1067 del código de procedimiento civil)²⁶

Auto de nulidad: el auto materia del recurso no es de los contemplados en el artículo 2 de la ley de la materia, toda vez que los autos de nulidad no ponen fin al proceso.²⁷

(1999) Los autos de nulidad procesal escapan del control de la casación, SEGUNDO. Al respecto, revisada la resolución impugnada, se establece que el auto cuestionado, el cual declara la nulidad de lo actuado, desde la providencia de aceptación de la demanda a trámite, no se encuentra comprendido dentro de los casos señalados en el artículo 3 de la ley de casación, anteriormente citado. Pues el auto que declara la nulidad de lo actuado, no es de aquellos que pone fin a un proceso.²⁸

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA. Quito, 4 de marzo del 2009, las 15h10-(juicio ordinario No. 423-06 ex 3era. Sala.-

VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil

²⁵ GJS. XVI No. 2 Página 362

²⁶ GJS XVI No. 3 Página 601

²⁷ GJS XVI No. 9 Página 2318

²⁸ GSJ, XVI, No. 9. Página 2318

y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en el numeral 4, literales a) y b); del apartado IV, DECISIÓN, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente-posesionados el 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva a la aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 17 de diciembre de 2008, publicada en el R. O. No. 498 de 31 de diciembre del año que precede, Resolución Sustitutiva, publicada en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009, y los arts. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, LEONARDO DURÁN ANDRADE, interpone recurso de casación contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2006, a las 09h15 por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, dentro del juicio ordinario que por nulidad de sentencia ejecutoriada propuso LEONARDO DURÁN ANDRADE contra MARIA LUZ ORDONEZ SOLÓRZANO, sentencia que confirmó la dictada por el Juez a quo, y que declaró sin lugar la demanda. Por aceptado a trámite el recurso acorde con la providencia que consta a fojas dos del expediente de casación, luego de haberse agotado el trámite propio del respectivo procedimiento señalado por la Codificación de la Ley Casación vigente, para resolver se considera:

PRIMERO: Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449 de 20 de octubre del 2008, las resoluciones señaladas en la parte expositiva del presente fallo y la distribución en razón de la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 17 de diciembre del 2008, publicada en el R.O. 498 de 31 de diciembre de 2008.

SEGUNDO: El objeto controvertido, sujeto a juzgamiento de éste Tribunal, ha sido determinado por el recurrente, quien a través de la delimitación de las causales, cargos y vicios expuestos en su recurso, ha restringido el ámbito de competencia de la siguiente forma: "Al dictar sentencia se infringieron las siguientes disposiciones legales: el artículo. 24, numerales 10 Y 17 de la Constitución Política; inciso primero del artículo. 113, y artículos. 114, 115, y 117; 73, artículo 299 en su numeral 3 del artículo 97; y 346 en su numeral cuarto, y 283 todos del Código de Procedimiento Civil (...) Fundo el recurso en las causales Primera, Segunda y Tercera del artículo 3 de la

Ley de Casación, esto es por: aplicación indebida de las normas de derecho (artículo 299 en su numeral 3 del C.P. Civil), 283 *ibídem*, y falta de aplicación del artículo 24 numerales 10 y 17 de la Constitución Política; así como falta de aplicación de normas procesales contenidas en los artículos. 97 numeral tercero; artículos 73 y 346 en su numeral cuarto todos del Código de Procedimiento Civil; y por errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (Artículos. 113, inciso primero; 114, 115, 117, *ibídem*,)".

TERCERO: El recurrente ha alegado la falta de aplicación de los artículos 24 numeral 10 y 17 de la Constitución Política del Ecuador de 1998, por lo que dada la supremacía del código político, se debe analizar en primer lugar dichos cargos. Las normas invocadas señalan: "Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: (...) 10. Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos. (...) 17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley...". Cuando se alega la violación de la Constitución Política de la República, se presenta un cargo de extrema gravedad, que por sus implicaciones legales debe ser fundamentado estructuralmente, acotando el cómo de la violación operada, sin que las alegaciones constituyan meras referencias al texto constitucional sino la consecuencia directa de irregularidades procesales que afecten gravemente a los derechos materiales o procesales, discutidos en el proceso. En la especie, ninguna de las partes ha sido privada del derecho de defensa; por el contrario, tanto el actor como la demandada han presentado sus alegaciones y excepciones legales, las mismas que han sido oportunamente analizadas y valoradas por los jueces de instancia, razón por la cual se ha llegado a las conclusiones expresadas en las resoluciones respectivas, sin que exista indefensión ni limitación de acceso al órgano jurisdiccional. Por otro lado, "... no es suficiente alegar in genere la trasgresión de una garantía constitucional, sino que se ha de determinar, con claridad cuáles normas procesales han sido infringidas y de que manera se ha violado el derecho constitucional a la legítima defensa del recurrente en indefensión o en qué forma se está sacrificando la realización de la justicia."; de allí

que es frecuente observar, cuando un litigante no alcanza de los tribunales de justicia la concesión de su pretensión, alegan la infracción del derecho constitucional a la legítima defensa, una de las garantías del debido proceso. Y es que la Constitución ampara el derecho a la legítima defensa, y para asegurarlo, señala varias garantías básicas, las cuales a su vez están ampliamente desarrolladas en los cuerpos normativos procesales. Por lo tanto, no es suficiente alegar en forma genérica que se ha atropellado esta garantía, sino que se han de especificar las disposiciones de la ley procesal que la desarrollan: Además, en virtud del principio dispositivo, es obligación de las partes dar el impulso suficiente al proceso, a fin de que se evacuen todas las diligencias probatorias que se han solicitado, sin que sea procedente imputar a los juzgadores la negligencia en ese impulso, (...) por lo que la acusación del recurrente de que se ha infringido su derecho constitucional a la legítima defensa carece de sustento.." (Resolución No. 120-2001, R.O. 350 de 19 de junio del 2001, G.J. Serie XVII No. 5, juicio verbal sumario No. 242-99, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia). Por lo dicho, se rechazan los cargos de violación de las normas constitucionales citadas.

CUARTO: La Codificación de la Ley de Casación en la causal segunda del artículo 3, señala: "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;..."; en relación con la causal citada, el recurrente establece como cargos la falta de aplicación de los artículos 97 numeral tercero, 73 y 346 numeral cuarto del Código de Procedimiento Civil. En la especie, no se determina cómo es que los cargos determinados han viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, influyendo en la decisión de la causa ni que la respectiva nulidad no hubiese quedado convalidada legalmente; y, analizada la sentencia impugnada como corolario del desarrollo procesal que se impugna a través de la causal segunda. Tampoco se evidencia vicio procesal alguno que afecte gravemente a los resultados del juicio; así el artículo 97 numeral 3 del Código expresado, señala que uno de los efectos de la citación es obligar al citado a comparecer a juicio, constando de la sentencia y el proceso que la demandada ha sido legalmente citada y ha comparecido al proceso a deducir excepciones; el artículo 73 determina las definiciones legales de citación y notificación; y, el artículo 346 numeral 4 consigna que una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias es la citación de la demanda al demandado, la que como se analizó, ha sido cumplida. Al respecto, cabe anotar que la causal segunda, busca

precautelar que el proceso en el que se dictó la resolución que es objeto del recurso de casación, exista legalmente, mas el recurrente pretende que se analice sus cargos en relación con el proceso anterior al presente de nulidad de sentencia ejecutoriada, en el que se dictó el fallo cuya nulidad se demanda, lo que formalmente es inadmisibile, pues para ello precisamente es que la ley ha determinado la acción referida; de ahí que, los cargos acusados resultan improcedentes.

QUINTO: En relación con la causal tercera, el recurrente establece como cargos la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, artículos 113 inciso primero, 114, 115 y 117 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil. Las: normas citadas textualmente expresan: "Art. 113. Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo (...) Art: 114. Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a ley. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario. Art. 115. 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. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas. (...) Art. 117. Sólo la prueba debidamente actuada esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio". Las normas citadas, no dicen relación respecto de la violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba o medio probatorio particular, que es lo que busca corregir la causal invocada; sino que se refieren en general al método de valoración probatoria que indudablemente se desarrolla en otras normas y en relación directa un medio probatorio en particular; pues, en casación no es impugnabile la apreciación probatoria efectuada por el Tribunal de Instancia, ya que aquello nos remontaría la extinguido recurso de tercera instancia. Por la causal tercera se permite, únicamente, el examen de las conclusiones jurídicas que contengan un error de derecho respecto de una determinada norma jurídica reguladora de un medio probatorio concreto de los determinados en el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil codificado y desarrollados en normas subsiguientes, que haya servido de medio para la infracción de una norma de derecho. Por lo analizado, tampoco es procedente el recurso por la causal tercera, cuyos cargos deben ser desechados.

SEXTO: Finalmente, al amparo de la causal primera el recurrente sostiene que en la sentencia impugnada existe aplicación indebida de los artículos 299 numeral 3 y 283

de la Codificación del Código de Procedimiento, que en su orden señalan: "Art. 299. La sentencia ejecutoriada es nula: (...) 3. Por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía.", "Art. 283. En las sentencias y autos se condenará al pago de las costas judiciales a la parte que hubiere litigado con temeridad o procedido de mala fe.". Conforme el contenido conceptual de la causal primera, esta pretende corregir el derecho que prima facie, se ha establecido de la sola revisión de la resolución impugnada, sin referencia alguna al proceso y menos a las pruebas que en él constan, las que además, como se señaló al analizar la causal tercera, tampoco puede ser apreciadas nuevamente por el Tribunal de Casación; empero, el recurrente no solo pretende que la Sala vuelva a analizar las piezas probatorias sino también que se efectúe el análisis de la sentencia dictada por el juzgador a quo cuando en los fundamentos de su recurso señala: "NOTESE, que es el acto de 18 de agosto de 1994, a las 9 horas, es la que ha servido para que se dicte sentencia en mi contra. Nótese, -que el Señor Juez Sexto de lo Civil, doctor Edmundo Guillén, considera -equivocadamente- que SI FUI CITADO EN ESA FECHA, pues en la sentencia que recurro en el Considerando "CUARTO..." A la letra dice...", transcribiendo lo que el fallo de primer nivel relata en el señalado considerando. Acorde con el artículo 2 de la Ley de Casación codificada, este recurso supremo y, extraordinario sólo 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 y contra 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, supuestos que no subsumen los enunciados del recurrente; más aún cuando en nuestra legislación no se ha contemplado, como en otras, la casación PER SALTUM. En general, en el fallo impugnado no se aprecia en relación con los hechos determinados en la misma resolución, violación de las normas expresadas, por lo que corresponde rechazar los cargos invocados. Por los fundamentos y consideraciones que anteceden, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca dentro del juicio ordinario que por nulidad de sentencia ejecutoriada propuso LEONARDO DURAN ANDRADE en contra de MARIA LUZ ORDOÑEZ SOLORZANO. De conformidad con el artículo 12 de la Codificación de la Ley de Casación, entréguese en su totalidad el monto depositado como caución a MARIA LUZ ORDOÑEZ

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;

La causal tercera recoge la llamada en la doctrina violación indirecta, 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.

La casación civil ecuatoriana, sin lugar a dudas, pertenece al llamado sistema puro y no al ecléctico; precisamente para que no se caiga en el error de creer que nuestra ley se ha adherido a este último, uno de los autores del anteproyecto Doctor Jorge Zavala egas, explic el alcance de la causal tercera, de la siguiente manera:

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, más si indirecta, de la norma sustancial. No es, bajo ningún supuesto, el caso de la violación indirecta que ha establecido el sistema procesal colombiano en el cual 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. Nuestra ley a contrario sensu, acepta el error en la valoración de la prueba exclusivamente cuando haya sido producto de la violación de normas jurídicas que la regulan. Debe haber, pues, expresa legislación positiva sobre el valor de determinada prueba para que la causal proceda; mientras que la objetividad de la prueba, el criterio sobre los hechos que estableció el juez de instancia, su grado persuasivo, no pueden ser alterados por la

Corte Suprema al fallar sobre el recurso de casación. Este es el verdadero alcance de la causal tercera.

Varios razonamientos nos hicieron pensar en la conveniencia de su especificidad, así por ejemplo, la dificultad de escoger el criterio sobre si las normas que otorgan cierto valor a las pruebas son sustantivas o procesales; si el simple error en la aplicación de esas normas era suficiente para que exista casación o debían ser medio para llegar al error en la aplicación de la norma sustancial; sin la indiscutida influencia colombiana de nuestros procesalistas en materia civil, no ameritaba una clara diferenciación con su sistema de casación con respecto a los hechos y, también el poder ignorar que el error referente a las normas jurídicas referidas a la prueba es con toda evidencia error de derecho. Por ello esa causal consta en la ley.²⁹

Por lo tanto si se invoca la causal tercera del artículo 3 de la ley de casación, en la fundamentación se ha de demostrar con absoluta precisión el error de derecho en que incurrió el juez al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar erróneamente los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

La Sala de lo civil y mercantil, en sentencia del 31 de octubre de 1995, dijo:

La doctrina de casación civil atribuye a la soberanía del tribunal de instancia la apreciación de la fuerza probatoria de los distintos medios que no estén sujetos a tarifa legal. Esta soberanía significa que el mérito valorativo que de tales medios desprenda el tribunal de instancia o su desestimación al considerarlos insuficientes para adquirir su convicción, pertenecen al criterio soberano del juzgador de instancia y no puede ser modificado por la Corte Suprema de Justicia a menos que se desconozca la evidencia manifiesta que de ellos aparezca. El artículo 119 del código de procedimiento civil dispone que la prueba debe ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La doctrina de la casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a la Corte Suprema para apreciarla conforme a las reglas de la sana crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado.

²⁹ Jorge Zavala Egas. Manual Práctico de Casación Civil

Naturaleza de la Causal tercera:

Sobre la naturaleza de esta causal, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha señalado:

Murcia Ballén indica que el error en que puede incurrir el juzgador al valorar la prueba se da cuando luego de darla por existente materialmente en el proceso, pasa a ponderarla o sopesarla en la balanza de la ley y en esta actividad interpreta desafortunadamente las normas legales regulativas de su valoración. De ahí que la doctrina hable de vicio de valoración probatoria.³⁰

Pero yendo más allá, la misma Sala ha añadido:

La valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. La Corte Suprema no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar la correcta valoración de la prueba. En esta virtud el recurrente para que prospere su recurso de casación debe cumplir las siguientes exigencias: 1.- Identificar el medio de prueba en el que, a su juicio, se ha infringido la norma o normas de derecho que regulan la valoración de esa prueba; 2.- Identificar la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, que estima ha sido transgredida; 3.- Demostrar, con razonamientos de lógica jurídica completos, concretos y exactos, en que consiste la transgresión de la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, y 4.- Identificar las normas sustantivas o materiales que en la parte resolutive de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas, o en forma indirecta por la transgresión de los preceptos jurídicos que rigen la valoración de la prueba.³¹

Determinación del alcance de la causal:

Respecto de esta causal, se presenta el problema de determinar su exacto alcance, como bien lo señala García Feraud, cuando dice:

En la teoría general de la prueba es fundamental determinar qué es la prueba?, qué es lo que se debe probar?, a quién le corresponde probar?, cuáles son los medios que voy a utilizar para probar?, de qué manera debo desarrollar el diligenciamiento en la enumeración taxativa o demostrativa de los medios de prueba, el tema relativo de a quién le corresponde probar. Si bien nuestro país se ha cambiado al sistema sistema

³⁰ Resolución No. 713-98 del 12 de noviembre de 1998, juicio 249-98 (Serrano vs. Saavedra)

³¹ Resolución No. 568 del 8 de noviembre de 1999, juicio 109-98 (Sarango vs. Merino), R.O.349 del 29 de diciembre de 1999.

de tarifa legal, por el de la persuasión racional, no por ello puede decirse que ha desaparecido la posibilidad del error de derecho en la apreciación de la prueba, puesto que en tal falencia cae el fallador, no sólo cuando le niega, sino también fundamentalmente cuando malinterpreta los textos legales que regulan la admisibilidad, pertinencia y eficacia de los medios probatorios, y por esa línea algunas resoluciones de la Corte Suprema de Justicia colombiana van por ese sentido, haciendo una interpretación extensiva de lo que es la valoración de la prueba. Naturalmente corresponderá al legislador o a la misma Corte Suprema de Justicia hacer las precisiones necesarias del presente hacia el porvenir para solucionar este tipo de cuestionamientos.³²

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil, al respecto ha dicho:

La causal tercera invocada por el recurrente contempla los casos de yerro en la valoración probatoria. Su tenor es el siguiente: 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. No está en la esfera de la Corte Suprema de Justicia revalorizar la prueba, ni juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal ad quem. La valoración o apreciación probatoria, o sea la determinación de la fuerza de convicción de los medios probatorios incorporados al proceso, es una atribución reservada a los jueces y tribunales de instancia; la potestad de la Corte Suprema se reduce a controlar y fiscalizar que en esa valoración no se hayan aplicado indebidamente o dejado de aplicar o interpretado erróneamente normas procesales que regulan la valoración de la prueba, yerro que han conducido o traído como consecuencia la transgresión de normas sustantivas o materiales. El yerro en la valoración probatoria se da en los siguientes casos: 1.- Cuando se valora un medio de prueba que no está incorporado en el proceso es decir, el juzgador se inventa ese medio de prueba. En este aspecto hay que tomar en cuenta que el juzgador debe valorar exclusivamente las piezas agregadas al proceso, "lo que no está en el proceso no está en el mundo". 2.- Cuando se omite valorar un medio de prueba que está incorporado en el proceso que es de importancia para la decisión de la causa. 3.- Cuando se valora medios de prueba que no han sido pedidos, presentados o practicados de acuerdo con la ley; esto es con transgresión del artículo 125 del Código de procedimiento civil. Por ejemplo si se ha valorado una declaración testimonial rendida fuera de término de

³² Galo García Feraud, La casación en materia civil.

prueba en días u horas no establecidas en el artículo 183 de la ley orgánica de la función judicial. 4.- Cuando se valora un medio de prueba con transgresión de la norma específica que la regula. Por ejemplo admitir confesión judicial para acreditar la compraventa de bienes raíces con transgresión del artículo 1745 del Código Civil, que dispone que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, o cuando se valora como prueba en contra de terceros las declaraciones enunciativas de una escritura pública, con transgresión de lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. En todos estos casos, siempre por supuesto que el yerro en la valoración probatoria sea de tal importancia o trascendencia que hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa. Es necesario enfatizar que los cargos por yerro en la valoración de la prueba, para ser admisibles, deben ser concretos, completos y exactos. En esta virtud se descartan los cargos vagos in genere, en que se utilizan proposiciones como "en el proceso he probado plenamente los fundamentos de hecho de mi demanda, sin embargo la sentencia ha resuelto contrariamente a lo probado". Estas expresiones para efecto de la causal tercera, del artículo 3 de la ley de casación, no tienen valor. Para que sea tomado en cuenta el cargo por tal causal, el recurrente en su formalización debe cumplir estos requisitos: 1) Identificar con exactitud el medio de prueba específico que, a su juicio ha sido valorado defectuosamente (declaración testimonial, instrumento público o privado, confesión judicial, inspección judicial, informe pericial), mejor aún si se señala la foja procesal en que se haya agregado dicha prueba. 2) Identificar con exactitud la norma procesal que regula la valoración de la prueba que, a juicio del recurrente, no ha sido aplicada o ha sido aplicada indebidamente o ha sido interpretada erróneamente. No valen las enunciaciones genéricas de normas que regulan determinada materia o, luego de identificar un artículo de determinado cuerpo legal, 3) Demostrar con lógica jurídica el nexo o vinculación entre los medios de prueba y las normas procesales que regulan la valoración que han conducido al yerro alegado. 4) Identificar con exactitud la norma sustancial o material que como consecuencia del yerro probatorio ha sido aplicada indebidamente o no ha sido aplicada. En los vicios de la sentencia previstos en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de casación existen dos clases de violaciones: Violación de las normas procesales que regulan la valoración de la prueba, y violación de normas sustanciales o materiales, siendo las primeras el medio para que se produzca la violación de las segundas. No basta entonces identificar la norma procesal sobre valoración de la prueba que ha sido transgredida, sino que en forma concurrente copulativa debe identificarse la norma transgredida. Analizada la sentencia pronunciada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia, se

advierde que no contiene proposiciones absurdas, contradictorias o que quebrantan alguna otra de las reglas de la lógica formal para verificar si ha quebrantado o no reglas de su propia experiencia.

Es el caso en que el juez o tribunal a pesar de haber apreciado correctamente las pruebas tanto de hecho como de derecho se equivocan en la valoración jurídica.

Error de Hecho

Existen en los siguientes casos:

a.- hay error en la interpretación del correspondiente escrito en materia de hecho, no de valoración de este ni del respectivo presupuesto procesal. Es un error de hecho que la doctrina llama Error Facti in iudicando, el cual conduce indirectamente a dejar de aplicar norma o normas sustanciales, que de no haber sido por él se habrían aplicado.

b.- Por haber dejado de valorar, en falta de capacidad para ser parte de pruebas que la demuestren o por haber apreciado equivocadamente en materia de hecho su poder demostrativo.

Así el error de hecho, consiste en que el sentenciador haya supuesto una prueba que no está en los autos o que haya ignorado la existencia de ellas; el error así configurado tendrá que traducirse en conclusión contraevidente, es decir contrario a la realidad fáctica establecida por la prueba y ser trascendente a la decisión sin lo cual carecería de eficacia impugnativa.

Error de Derecho

Existen en los siguientes casos:

a.- Falta de requisito de la demanda por considerar que aquella no contiene alguno o algunos de los requisitos formales que debe reunir acorde al artículo 73 del código de procedimiento civil, equivocación que lo condujo a dictar un auto inhibitorio, cuando debía ser de aceptación.

b.- Es la falta de capacidad para ser parte por haber considerado que la prueba o pruebas que la demuestren fueron aportadas al proceso sin el cumplimiento de las formalidades previstas por la ley.

En el error de derecho probatorio, aquí se supone existe la apreciación correcta de los medios en el orden fáctico, es decir en su objetividad misma y que entonces se radica en un problema de valoración legal, consistente en que a pruebas materialmente bien contempladas, el juzgador les asigne un mérito que la ley no consagra o les niegue el que ella les otorga.

Se colige que si el juez o tribunal deja de apreciar alguna prueba que está en los autos, incurre en error de hecho que lo puede conducir a la aplicación indebida o a la falta de aplicación de normas sustanciales.

Igual si al contrario, no existiendo en los autos una prueba de cómo probado un hecho o cuando entiende mal la prueba.

Casos que pueden presentarse:

- 1.- El juez o tribunal ha supuesto una prueba que no obra en el proceso;
- 2.- Ignora la presencia de la que si está en el proceso;
- 3.- No obstante que el juez o tribunal vio bien la prueba, en su materialidad misma, no le dio el alcance probatorio que la ley le asigna;
- 4.- Le atribuye uno que la prueba la niega.
- 5.- Se produce con violación del artículo 119 del código de procedimiento civil, sobre la prueba.

Pero, para que proceda esta causal, se requiere que esto sea trascendente, esto es que la realidad deducida por el juez o tribunal sea contraria por entero a la que aparece de las pruebas, hasta el punto de haberlo inducido a adoptar decisiones contrarias a las legales.

Por tal, si el error no es trascendente, si las pruebas dejadas de apreciar por el juez o tribunal son carente de idoneidad, no procede el recurso de casación, recordemos que el inciso segundo del artículo 119 del código de procedimiento civil, señala, "El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa".

Requisitos para la procedencia del recurso de casación por esta causal

1.- El yerro ha de consistir, en que el juez o tribunal hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o ignorando la que si existe en ello o adulterando la objetividad de esta agragándole algo que le es extraño p cercenando su real contenido.

2.- La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contraevidente, esto es contrario a la realidad establecida pro las pruebas existentes.

3.- Que este yerro de apreciación, conduzca al quebratamiento de los preceptos que guían a la sentencia.

Si no se cumplen estos requisitos, no procede el recurso de casación.

Se ha abierto así la posibilidad de impugnar por casación, por esta causal, pero nace la interrogante? Qué pasa con la sana crítica en la valoración de la prueba?.. Recordemos que le juez o tribunal tiene amplias facultades para analizar y valorizar las pruebas aportadas al proceso y por tal en este caso, el tribunal de casación sólo está limitado a examinar SI existen o no los errores de hecho o los errores de deercho en la violación de las pruebas; y, esta calse de errorers sólo se cometen cuando se infringen un precepto valorativo de prueba, es decir implica una operación lógica, en la cual el órgano judicial, al examinar los medios de prueba que constan en el proceso, no kles otorgan el valor y la eficacia que los preceptos legales le atribuyen, de tal modo que el la Corte Suprema de Justicia cundo analiza esta casusal determina si aquel ha inducido en error de derecho al apreciar su eficacia probatoria.

En la práctica esta causal es difícil de probar.

Hay que volver a anotar, que se mantiene la prohibición para la Corte Suprema de revisar las conclusiones del juez o tribunal que dictó la sentencia o auto impugnado respecto al aspecto fáctico del litigio; en tal virtud en materia probatoria sólo les es permitido declarar los errores de derecho en la apreciación de las pruebas cuando se viole la ley que las regule.

Con esta causal se garantiza a los litigantes, la regularidad de las formas procesales, se asegura el recto funcionamiento del instrumento a través del cual la justiiicia se administra.

La apreciación de la prueba que haga la Corte Suprema, esto es, si en su concepto está debidamente fundamentado, si tiene la firmeza necesaria y la precisión y calidad requeridas, es una cuestión de hecho que descansa bajo el poder discrecional de que

dispone el juzgador de instancia en la apreciación de la prueba y cuya equivocación al estudiar esas calidades por referirse a la objetividad misma del medio probatorio y no a las normas que regulan su ritualidad entrañan un error de hecho y no de derecho.

Se puede entonces concluir:

- 1.- El yerro ha de consistir en que el sentenciador hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o ignorando la que existe en ellas, o adulterando la objetividad de esta, agragándole algo que le es extraño o cercenando su real contenido;
- 2.- La conclusión que venga del error, debe ser contraevidente, esto es contraria a la realidad manifiestamente establecida por las pruebas en cuestión;
- 3.- Y que todo ello quebrante los preceptos sustanciales.

Error de derecho en la valoración de la prueba

La razón o fundamento, es que esto puede conducir al quebranto de la ley sustancial por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Hernando Morales dice que el error de derecho en la aplicación de las pruebas puede ocurrir:

- 1.- Porque se aprecian pruebas producidas en disconformidad con el proceso.
- 2.- Porque se aprecien pruebas que la ley no admite para demostrar el hecho o el acto respectivo o no se aprecien aquellos que la ley establece para su demostración.
- 3.- Porque se aprecian pruebas alegadas inoportunamente al proceso o se rechazan las que obraron con oportunidad;
- 4.- Da por demostrado con otras pruebas distintas un hecho; y,
- 5.- Se exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere.

Otros autores hablan sobre la prueba improcedente, irregulares o de falsos supuestos.

Prueba improcedente, cuando el juez o tribunal haya dado por probado un hecho con pruebas que por la ley sean improcedentes para demostrarlo.

Prueba irregular, cuando a una prueba que no reúna los requisitos exigidos por la ley, le hayan dado sin embargo los hechos que esta le atribuye, como si estuviera debidamente hecha.

Falso supuesto, cuando basan sus apreciaciones en falso supuesto: atribuyendo la existencia en un instrumento que no contenga; o dando por demostrado un hecho con pruebas que no aparezcan de autos, o cuya inexactitud resulta de instrumentos del expediente mismo no mencionado en la sentencia; esto es obvio, pues la Corte Suprema de Justicia puede llegar a discriminar sobre los hechos, porque se trata aquí de una infracción de la ley que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo. Ejemplo: Se da por establecido un contrato de compra-venta de bienes raíces sobre la base de prueba testimonial.

Por esta razón, no es posible en un mismo recurso de casación acusar por errores de hecho y de derecho conjuntos en la apreciación de una misma prueba.

El recurrente tiene que singularizar en la que se ha cometido el error y si este error es de hecho, la contraevidencia en que haya incidido el juzgador y si se trata de error de derecho la violación de la norma probatoria correspondiente, cuya cita no podrá omitirse.

Hay violación indirecta, cuando la sentencia incurre en un error manifiesto de hecho o en un error de derecho en la apreciación de la prueba; y a consecuencia de tal error deja de aplicar al caso del pleito la norma sustancial que lo rige o le aplica una disposición extraña.

La causal tercera del artículo 3 de la ley de casación, aquí la Corte Suprema de Justicia juzga la interpretación y aplicación de la ley reguladora de la prueba en la apreciación de los hechos, a fin de que prevalezca la apreciación que debe hacerse de acuerdo a derecho y que no la apreciaron, con el criterio individual que hiciera el juez apartándose de la interpretación ajustada a la ley.

Respecto a las cuestiones de hecho, se dice que son las circunstancias o acontecimientos que sirven de base al litigio, de tal manera que sin ellos este litigio no se concibe, como así mismo las que dentro de él ocurren, esto es son los acontecimientos materiales que constituyen el juicio, lo demás en el juicio son los puntos de derecho. Pero en la práctica es difícil establecer cuales son las cuestiones de hecho y cuales las de derecho.

La causal pues procede, cuando el juez o tribunal los ha dado por establecidos los hechos violando las disposiciones legales que reglan la prueba y porque los hechos deben ser comprobados con arreglo a la ley y a los medios probatorios establecidos para ella, se dice por parte de algunos tratadistas “El Tribunal Supremo admite el recurso de casación cuando hay error, no en la apreciación de la prueba, sino en la calificación del acto o del hecho a que se refiere en sus relaciones con la ley”.

A esta causal la doctrina la ha llamado VICIO DE VALORACIÓN PROBATORIA, porque de lo que se trata es de apreciar si el tribunal a quo, puesto frente al material de conocimiento que el proceso le brindaba, hizo de él aquel uso que debiera, es claro que en los supuestos en que esa apreciación hubiere de ajustarse a una norma preestablecida.

El problema radica en inquirir, si al ejercitar el organismo jurisdiccional su actividad sobre el material que se le ofrece, ha de acomodarse a unas normas que limiten rigurosamente su apreciación (sistema de la prueba legal) o si por el contrario al analizarlo deben gozar de una ilimitada libertad de criterio (sistema de libre apreciación de la prueba), lo nuestro es lo segundo, pues aquí el juez sobre la base de los elementos probatorios que las partes aportan o que el mismo se procura, aplica al examen su actividad y a la luz de su experiencia y variadas circunstancias reguladoras de la conducta judicial, pero no le constriñen para formar libremente su juicio.

De este modo es el error en la utilización de esas normas probatorias de más o menos amplio contenido el que legitima para interponer el recurso de casación.

Algunos autores sostienen que la violación indirecta, solo procede esta causal, cuando hay error en la violación de la prueba, pero cuando esto se debe exclusivamente a la violación de normas jurídicas que la regulan, o sea que se suprime en este caso el error de hecho.

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; y,

La causal cuarta recoge los vicios de ultra petita y de extra petita, así como los de citra petita o mínima petita. Constituye ultra petita cuando hay exceso porque se resuelve

más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será extra petita.

Se peca por defecto cuando se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones, y ello da lugar a la citra petita, llamada también mínima petita. Estos vicios implican una inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas.

Por lo tanto, para determinar si existe uno de estos vicios, el tribunal deberá realizar la comparación entre el petitum de la demanda, las excepciones y reconveniones presentadas y lo resuelto en la sentencia.

Existe esta causal cuando haya dejado de pronunciarse sobre algo que no se pidió u omitido algo que si se pidió; y, esto vale tanto para la demanda del actor, como para las excepciones del demandado, pero no olvidemos que en el inc. 2do. del artículo 119 del Código de procedimiento civil dispone: "El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa", si se faculta al juez a sólo analizar las pruebas pertinentes al caso, la falta de esto, sólo puede dar lugar a la casación cuando tenga influencia en el debido análisis del hecho examinado.

Recordemos que los jueces de lo civil, tienen condicionado su poder decisorio, a que los asociados demanden expresamente su intervención y les está limitado por los asuntos que estos les demarquen en las pretensiones que ejercitan en la demanda o por el contenido de las excepciones que sean propuestas; así el Juez o Tribunal A quo no puede sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le hayan sido propuesto oportunamente por las partes y tampoco pueden desde luego que se reclame su intervención para destacar el litigio, dejar sin decisión materias de las que fueron sometidas a su conocimiento, por ello el artículo 277 del código de procedimiento civil dispone: "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 resolver en ella".

De este modo, la resolución judicial debe ser respuesta acompañada con lo pedido por el demandante y con la defensa 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 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 claro yerro in procedendo y quebranta de manera franca el principio de la congruencia de las sentencias, en virtud del cual como se dijo, el fallo debe ser una respuesta acompañada con cada una de las pretensiones deducidas y de las excepciones propuestas.

Así es tan íntima la relación existente entre la demanda y la sentencia, que la doctrina ve en dichos dos actos, los límites dentro de los cuales se desenvuelven ordinariamente todo el procedimiento.

Esta causal cuarta, contiene pues dos causas distintas, una es cuando el fallo otorgue más de lo pedido, lo cual se denomina **ultra petita**; y, otra es cuando el fallo no contiene declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, lo cual se llama **mínima petita**.

En doctrina se llama Causal por incongruencia genérica, porque consiste en que el fallo no concuerda o no coincide con la solicitud de las partes.

¿Cuándo existe Ultra Petita?

Existe en dos casos:

- 1.- Cuando la sentencia ha otorgado más de lo pedido por las partes;
- 2.- Cuando ella se extiende a puntos no sometidos a la decisión del tribunal.

Recordemos, que una de las formas de incongruencia, es la violación del principio general de que las sentencias deben ser congruentes con las peticiones de las partes.

En resumen 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.

En estos tres casos, procede la causal cuarta del artículo 3 de la ley de casación, porque en los dos primeros casos, por cuanto el juzgador carece de competencia para proveer sobre extremos que no le han sido sometidos; y en el tercer caso, porque no se ha desatado la controversia en su totalidad.

Resoluciones de la Corte Suprema respecto del vicio de inconsonancia o incongruencia.

Con relación a esta causal, la Sala de lo Civil y Comercial, en sentencia del 31 de octubre de 1995, dijo:

Referente al cargo del actor contra la sentencia en lo que atañe a la omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis puntualizada como cuarta causal el recurso en el artículo 3 de la Ley de Casación, es necesario señalar que es principio de derecho intangible que la justicia civil es rogada, de cuyo dogma es consecuencia el que los jueces y Tribunales al resolver, deben atenerse a los puntos que se les ha sometido oportuna y debidamente a la decisión o sea en los términos en lo que quedó trabada la litis. Esto es, que sólo en la demanda y en la contestación a la demanda, se fijan definitivamente los términos del debate y el alcance de la sentencia. En materia civil, siempre que se trate de conocer si hay identidad de entre una sentencia y una demanda, el factor determinante es la pretensión aducida en ésta y resuelta en aquella, pues que en la demanda se encierra la pretensión del demandante. El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *sententia debet esse conformis libelo, ne eat iudex, ultra, extra o cita petita partium y tantum litigatum quantum iudicatum, iudex iudicare debet secundum alligata et probata*, delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (*plus o ultra petita*); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (*extra petita*); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicado en la fundamentación del recurso.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil, sobre esta causal, ha expresado:

La causal cuarta del artículo 3 de la ley de casación, es la que recoge los vicios de *ultra* y *extra petita*, así como los de *citra petita* o *mínima petita*, ya que estos vicios implican inconsonancia o incongruencia resultante de la confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas. Esta incongruencia, que es un error in procedendo, puede tener tres

aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita), cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita), por lo tanto par analizar si existe uno de estos vicios habría que hacer una comparación entre lo demandado, las excepciones presentadas y lo resuelto en sentencia.

En el mismo sentido, en otro fallo ha dicho:

Es principio de derecho intangible que la justicia civil es rogada, de cuyo dogma es consecuencia el que los jueces y tribunales al resolver, deben atenerse a los puntos que se les ha sometido oportuna y debidamente a la decisión o sea en los términos en que quedó trabada la litis. Esto es, que sólo en la demanda y en la contestación a la demanda, se fijan definitivamente los términos del debate y el alcance de la sentencia. En materia civil, siempre que se trate de conocer si hay identidad entre una sentencia y una demanda, el factor determinante es la pretensión aducida en ésta y resuelta en aquella, pues que en la demanda se encierra la pretensión del demandante. El principio de la congruencia, delimita el contenido de la sentencia en tanto cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (extra petita), b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia.

Regla de Congruencia

La fundamentación de la sentencia debe ser congruente. El artículo 330 del Código de procedimiento civil español, recepta el principio de congruencia, al disponer que "El Tribunal deberá tomar por base en la sentencia la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o de ampliación, en su caso".

En puridad de conceptos, elevar a la categoría de principio lo que no es "*sino una característica de la sentencia es un poco exagerado*". De allí que Alvarado Velloso defina a la congruencia no como un principio, sino como una de las reglas más

importantes de juzgamiento, que exige la correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado, y que se conoce con la denominación de "congruencia procesal".

Morello considera que la regla de congruencia constituye una valla a la discrecionalidad de los jueces y una garantía del proceso constitucional justo.³³ Guasp considera inexplicable que todavía no exista un estudio o fondo sobre la congruencia, y expresa que esta regla no tendría razón de ser si no fuera por la idea fundamental de la pretensión procesal. En el proceso, dice referencia a la pretensión que ocupa un primer plano de extraordinario relieve, y señala: "Fijémonos solamente en lo que ocurre en la sentencia. Toda ella viene referida a la pretensión del actor; es, como a veces se ha dicho, la respuesta del juez a la pretensión del demandante.

A la regla de congruencia se la define como " la conformidad que debe existir entre la sentencia y la o las pretensiones que se han hecho valer en el proceso y constituyen el objeto litigioso".

Si bien generalmente la aplicación de la regla de congruencia se refiere a la vinculación que debe existir entre las pretensiones de los justiciables y la sentencia, en tanto que el juez no puede fallar sobre otros puntos que no hayan sido objeto del litigio, la denominada regla no es un principio jurídico, sino un postulado de la lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento, de cualquier carácter o índole que el mismo sea; de ahí que su inserción en el texto legal sea materia opinable.

Congruencia Externa y congruencia intrínseca

La congruencia externa se refiere a la sentencia con los hechos invocados y probados de la causa y el derecho actuable; pero también el escrito sentencial debe observar una congruencia intrínseca, o sea, constituir un sorites o un polisilogismo que responda a las reglas del pensamiento y la su estructura lógica.

Un razonamiento absurdo en el que el desarrollo silogístico parte de falacias no formales de atingencia o ambigüedad no adquiere la condición de sentencia válida, pues la esencia de la función jurisdiccional es dar una respuesta no sólo legalmente correcta, sino también lógicamente fundada.

³³ Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales, Platense, La Plata, 1998, ps, 323 ss. No obstante la regla de congruencia no es respetada en todos los ordenamientos procesales, así, por ejemplo, el artículo 5 del Código de procedimiento de la ex URSS revela al juez de fallar sobre los hechos controvertidos y sobre las pruebas producidas: tiene facultades para expedirse sobre otros hechos y sobre otras pruebas.

La importancia de la *racionalidad* de la decisión, cuya manifestación palpable son las denominadas *máximas o reglas de la experiencia*.

Conforme a lo expresado en el párrafo anterior, con otro enfoque tenemos que la doctrina distingue entre incongruencia material e incongruencia formal. La primera se refiere a la no conformidad entre las pretensiones deducidas en el proceso y la sentencia; en cambio, la segunda comprende la conformidad que debe existir, en la misma sentencia, entre los fundamentos expresados en los considerandos y el mandato expresado en la parte dispositiva, o bien, el respeto que deben guardar los fundamentos expresados en los considerandos y el mandato expresado en la parte dispositiva, o bien, el respeto que deben guardar los fundamentos del fallo considerados en sí mismos con las reglas de la lógica. Este defecto también es denominado *incongruencia interna*, por su incoherencia.³⁴

Es importante destacar que la congruencia formal o interna exige que la sentencia muestre algo más que compatibilidad de argumentos; en efecto, debe señalar la ausencia de contradicciones y, a su vez, la presencia de coherencia.³⁵

Límites de la Congruencia Material: Sujetos, Objeto y Causa

La incongruencia material puede recaer sobre la "causa", el objeto o los sujetos de las pretensiones invocadas por las partes en el pleito.

La incongruencia desde esta triple perspectiva, sujeto, objeto y causa, como motivo específico de casación, fue receptada por el inciso 1 del artículo 383 del Código de procedimiento civil español, que dispone que el recurso de casación es procedente por violación al principio de congruencia.

El Tribunal Supremo de Justicia español refiriéndose a la congruencia material, dijo que ella es condición de validez del fallo e impone que éste se ajuste al contenido de la demanda y su contestación. La observancia de la regla requiere una rigurosa conformidad entre la sentencia y los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición. La congruencia en los sujetos alude a la exigencia de que el fallo sólo contenga pronunciamientos respecto de quienes han sido parte en el proceso.

³⁴ Alvarado Velloso Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal. Tomo I, Pág 274.

³⁵ Semanario Jurídico. No. 1140, del 10-07-97, nota al fallo de Parma Carlos, Estrépito Social: "Sentencia ejemplar".

La congruencia en el objeto impone a la condena límites cuantitativos y cualitativos, y la transgrede la sentencia que excede los límites de las peticiones contenidas en la pretensión u oposición, *ne eat iudex ultrapetita paritum*, concediendo o negando más de lo reclamado por las partes.

Se denomina objeto de la pretensión al efecto jurídico que mediante ella se persigue. Este elemento se descompone en dos subelementos: el inmediato y el mediato. Es objeto inmediato de la pretensión la clase de pronunciamiento que se reclama, condenatorio, declarativo, ejecutorio.

La congruencia en la causa alude a los hechos que configuran la causa petendi, entendiéndose por tal la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor le asigna una determinada consecuencia jurídica, que resulta determinante de aquella y que salvo supuestos excepcionales no puede ser modificada posteriormente sin desmedro de la garantía de la defensa en juicio.

La causa fundamento o título de la pretensión consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica. Tal invocación no actúa, en rigor, como razón justificante de la pretensión, sino que tiene por objeto particularizarla o delimitarla, suministrando al juez el concreto sector de la realidad dentro del cual se debe juzgar el caso. La causa, por lo tanto no debe ser confundida con los argumentos de hecho expuestos por el actor, ni mucho menos con la norma o normas jurídicas invocadas por él, pues es el juez el que debe decidir si en definitiva se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor; pero para ello le resulta indiferente la designación técnica que aquel haya asignado a la situación descrita como fundamento de la pretensión, desde que es consustancial a la función decisoria la libertad de elección de la norma o normas que conceptualizan el caso *iura novit curiae*.³⁶

La congruencia en definitiva es una comparación entre dos vértices: las pretensiones de las partes y la resolución del juez, y que para comprender cabalmente al primero de ellos no hace falta identificarlo con los conceptos de demanda, de pretensión o de acción. Tales expresiones deben ser tomadas en un sentido amplio, comprensivo de la pretensión, en la línea explicativa de Carnelutti, Guasp y Palacio; es decir comprensiva de la oposición de demandado. Lo que se visualiza como punto de arranque para arribar a la exteriorización más aprehensible de este fenómeno son las posiciones adoptadas por las partes en sus escritos postulatorios o de alegación, en

³⁶ Palacio Lino E. Derecho Procesal Civil. Tomo I, páginas 388. 389, adhiriendo a Guasp y a Chiovenda.

tanto éstos vinculan al juez en una forma total. El juzgador debe resolver o expedirse sobre todas ellas dentro de los límites máximos y mínimos de la pretensión, de las peticiones de la actora y de la oposición lato sensu del demandado, en el modo y forma en que han sido formuladas y han quedado fijadas; además en que han sido formuladas y han quedado fijadas; además, no puede decidir posiciones diversas.³⁷

Casos en los que no se configura la incongruencia objetiva ***Extra Petita***

La aplicación del denominado principio *iura novit curiae*, destinado a reconocer a los jueces la facultad para suplir el derecho a que las partes invoquen erróneamente, no constituye violación al *principio de congruencia*; en este sentido, el Tribunal Supremo argentino, dijo que "El encuadramiento del vínculo entre las partes, en el marco de la regulación mercantil y no en la civil, no es impugnabile por incongruencia, pues ello no altera la cuestión de hecho, que pertenece inmodificada, sino eventualmente, la de derecho, en la cual los jueces no están vinculados a la iniciativa de las partes."³⁸

El contenido de la demanda no se determina por el concepto jurídico que tenga el actor para definir los hechos, sino por la naturaleza de los hechos mismos, independientemente de toda calificación. La labor de subsunción, es decir, el encuadramiento del material fáctico dentro de una categoría o concepto jurídico, debe hacerla el juez, para determinar las consecuencias que la ley hace derivar de la realización de los hechos; esto es, para verificar en que medida la protección que se reclama está autorizada por el ordenamiento jurídico. Salvo que el juez invocando el *iura novit curiae*, introduzca de oficio pretensiones no articuladas ni debatidas en la causa,³⁹ por ejemplo, si la pretensión contenida en la demanda de daños y perjuicios se funda exclusivamente en la responsabilidad subjetiva del demandado, artículo 1109 del Código civil argentino, el juez no podría, por aplicación del *iura novit curiae*, resolver la cuestión mediante la aplicación de la responsabilidad objetiva, artículo 1113 del Código civil argentino, sin violar la regla de la congruencia y transformar ilegítimamente la naturaleza de la pretensión invocada por la actora en su demanda.⁴⁰

³⁷ Morello Augusto M. Prueba, incongruencia, defensa en juicio, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 37, No. I

³⁸ Sala Civil y Comercial, Atanasoff, Jorge O. c-Ángela Nescier de Frattini, A.I. No. 130, 09-04-92, Semanario Jurídico, No. 885, 21-05-92, p. 100, fallo No. 1069. Buenos Aires – Argentina.

³⁹ Morello Augusto M, Prueba, incongruencia, defensa en juicio, página 42, apart. III, nota 19. En virtud del principio *iura novit curiae*, el juez no está vinculado por las calificaciones jurídicas de las partes, reservándose la calificación de la pretensión, la determinación del derecho aplicable y la posibilidad de corregir cualquier error de los justiciables referidos al encuadramiento jurídico de las pretensiones invocadas por aquellos.

⁴⁰ Carlo Carli. La demanda civil, página 80, punto III, expresa que "en el derecho nacional no existe una orientación perfectamente definida respecto del objeto litigioso, pues mientras en la casi generalidad de los casos siguiéndose consciente o inconscientemente la teoría de Lent y de Rosenberg, se admite que la invocación de una causal determinada no impide repetir la demanda mediante la invocación de una causal distinta, como en el caso del desalojo.

Por aplicación de esta regla, la jurisprudencia sostuvo que si la pretensión de la actora es la disolución y liquidación de una sociedad comercial y no la división de un patrimonio común adquirido durante la vigencia de una relación concubinaria, el fundamento de la pretensión no es una relación de familia sino el vínculo comercial. Pretender en alzada que el juzgador modifique la pretensión, sustituyéndola por la petición de liquidación de un "matrimonio de hecho" y, en consecuencia, la adopción como régimen jurídico adecuado para solucionar el conflicto de la teoría del condominio, importaría transgredir la regla de congruencia y el derecho de defensa en juicio de la contraria.⁴¹

No se viola el llamado principio de congruencia cuando se realiza la denominada "ampliación de la demanda", cuando el actor invocando un "hecho nuevo", se limita a aportar una circunstancia tendiente a completar o confirmar la causa de la pretensión esgrimida en la demanda, rectius: ampliación de la base fáctica de la pretensión.⁴², pero sin que esto entrañe la inserción de una nueva pretensión ni alteración subjetiva, objetiva o causal⁴³, de la ya propuesta, pues en ese caso sí se violaría el denominado "principio de congruencia".

En caso de que la "falta de legitimación para obrar" *legitimatio ad causam* no haya sido aducida por la parte interesada, el juzgador de oficio deberá pronunciarse sobre esa cuestión extra petita, sin que ello implique violación a la regla de congruencia, pues la calidad o legitimación para obrar es un requisito esencial del derecho de acción; o mejor dicho, una condición de admisibilidad intrínseca de la pretensión; en la terminología de algunos autores, un presupuesto procesal insusceptible de ser convalidado.⁴⁴

Casos en los que se configura la incongruencia Ultra y Citra Petita

La ley de enjuiciamiento civil española en la redacción anterior a la reforma de 1992, en el artículo 1692, inciso 3, establecía como motivo de casación el mismo supuesto que el derogado inciso 2 del artículo 1272, expresando que el recurso mencionado es

⁴¹ Cámara Civil y Comercial. Sentencia No. 41, del 13-09-99. Semanario Jurídico, t 82, 2000 –A –206.

⁴² Perrachione Mario C. La ampliación de la demanda, 1995, página 211

⁴³ Gozáini Osvaldo Alfredo, El principio de congruencia, páginas 26, 27.

⁴⁴ Cuiñas Rodríguez Manuel, Pretensión procesal, legitimación, lesión al crédito, acción de simulación y acción revocatoria, página 316, apart. II

procedente "Cuando el fallo otorgue más de lo pedido o no contenga declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito".⁴⁵

Este motivo capta la incongruencia ultra petita, condenar más de lo pedido. La incongruencia ultra petita se configura por condenarse a más de lo que estaba en el área posible y regulado de la controversia: más de lo pedido por el actor o más de lo que el accionado opuso como defensa.

Pero no se configura incongruencia ultra petita cuando durante el desarrollo del proceso varía la cantidad reclamada, ya que esto no implica cambio de la pretensión y tampoco supone desventaja o indefensión del demandado, siempre que aquél, por el oportuno conocimiento de los demás datos, haya podido o debido prever semejante circunstancia.⁴⁶

Tampoco se incurre en incongruencia ultra petita cuando se admite durante el pleito el reajuste por depreciación monetaria⁴⁷ a las sumas reclamadas por las partes, aunque ello no haya sido solicitado por los litigantes en los escritos preliminares o introductorios del proceso, demanda, contestación a la demanda, reconvención; pues se ha dicho que esa posibilidad no vulnera el denominado "principio de congruencia" en tanto no existe modificación de la obligación sino determinación de su cuantía, aún cuando se hubiera efectuado con posterioridad a la sentencia.

La doctrina distingue entre incongruencia material o externa e incongruencia formal o interna. La primera se refiere a la no conformidad entre las pretensiones deducidas en el proceso y la sentencia. En cambio, la segunda comprende la conformidad que debe existir, en la misma sentencia, entre los fundamentos expresados en los considerandos y el mandato expresado en la parte dispositiva, o bien el respeto que deben guardar los fundamentos del fallo considerados en sí mismos con reglas de la lógica. Este defecto también es denominado incongruencia interna, por su incoherencia.

La incongruencia interna debe ser considerada como un vicio de logicidad que puede presentar la sentencia, por violar las reglas que gobiernan el correcto pensamiento.

⁴⁵ Morello Augusto M. Prueba incongruencia, defensa en juicio, Pág. 55, apart. III, nota 7

⁴⁶ El recurso de casación en el nuevo código de procedimiento civil de Córdoba, Primeras jornadas provinciales de Derecho procesal, Colegio de abogados de Córdoba – Instituto de Estudios Jurídicos, Córdoba, 1995.

⁴⁷ En el fallo publicado en la ley 1995-D-62, fallo No. 93.431, se dijo: La falta de introducción del reclamo por desvalorización monetaria en el escrito de demanda no constituye impedimento para su admisión, en la medida en que el traslado de la expresión de agravios haya otorgado a los contendientes suficiente oportunidad de defensa, considerando que el reajuste se refiere a algo que no es sustancialmente diverso del reclamo originario de la litis, sino este mismo razonablemente traducido a valores vigentes.

Los presupuestos procesales pueden ser definidos como los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un sistema procesal determinado (principio de buena fe, principio de economía); de ahí que la regla de congruencia no participe de la naturaleza de un auténtico principio procesal.

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.

En el artículo 280 del código de procedimiento civil dispone: En la sentencia y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión.

No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda y tercera instancia, por la mera referencia a un fallo anterior.

Esta parte de la causal, se denomina Casación en la forma, pues la sentencia como es de conocimiento general 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;

3.- DISPOSITIVA O RESOLUTIVA, que contiene la decisión del asunto controvertido.

Así, 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 de la ley.

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 o incompatibles.

Recordemos que los principales requisitos para dictar una sentencia son:

1.- Citación al demandado y notificación al actor;

- 2.- Recibir la causa a prueba cuando esta proceda conforme a la ley;
- 3.- Práctica de diligencias probatorias, cuya omisión produce indefensión;
- 4.- Agregar los documentos.

Estos son los principales requisitos que exige el código de procedimiento civil para dictar sentencia, tanto como en segunda instancia, pues la sentencia es el acto por medio del cual el Estado decide que tutela dispensa a su interés jurídico determinado, debe por tal existir una estrecha armonía entre ella y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

La segunda parte del artículo comentado en su causal 5ta. Señala "o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias e incompatibles"; así el legislador ha circunscrito la procedencia en este caso del recurso de casación a que se cometa en la parte dispositiva de la sentencia o sea donde se decide el pleito.

Esta parte de la 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 misión de ser clara y precisa, porque su ejecución sería imposible.

La característica del fallo contradictorio, es el hecho de que sus declaraciones se excluyen mutuamente, de modo tal que lo dispuesto en un extremo haga ineficaz lo dispuesto en otro. Ejemplo: se dispone en sentencia nulidad de un contrato y al mismo tiempo su cumplimiento.

En la práctica veremos que si la sentencia contiene una sola decisión es imposible interponer el recurso de casación, porque es obvio que una sola resolución no puede contradecirse consigo mismo, pero sí lo hay cuando hay decisiones incompatibles entre sí, cuando lo que una afirma es negado por otra, cuando no pueden cumplirse simultáneamente.

Al señalar esta causal "en su parte dispositiva", se refiere a la parte resolutive de la sentencia, es decir a aquella parte que contiene la decisión del asunto controvertido, aunque a veces la parte considerativa es fundamental en una sentencia, más aún la jurisprudencia sobre esta materia en algunos países se ha manifestado, que los considerandos constituyen parte integrante de la conclusión declaratoria, cuando son

el antecedente necesario y único de lo juzgado en grado tal que la parte resolutive de la sentencia y sus fundamentos formen un todo jurídico inseparable.

Como dice Calamandrei, el proceso está constituido por una serie de actos coordinados entre sí, con un único fin que es la sentencia, acto jurisdiccional con el que el proceso se cierra, en este caso determina la casación de la sentencia misma los vicios de la sentencia. Estos errores en que pueden incidirse en la fase de decisión, se llama en doctrina Vicios de Actividad, ya en relación con el contenido de lo resuelto, ya en orden a la forma que debe adoptar.

Nuestro código de procedimiento civil señala que las sentencias deben ser claras, completas y precisas, términos que interpretados literalmente, parecen referirse a la exactitud de su expresión, de tal suerte que el sentido en que se dicten sea perfectamente perceptible, así por las palabras que se empleen, como por la determinación de su alcance en el que no debe existir la menor ambigüedad.

Una de las interrogantes que se ha planteado sobre esta causal, es si procede el recurso de casación sobre los considerandos de una sentencia, cuando estas son premisas obligadas del fallo?. Es claro y en esto están de acuerdo casi todos los tratadistas, que para la determinación de si un fallo es o no contradictorio, precisará una labor crítica sobre el alcance y contenido de cada uno de los pronunciamientos de la sentencia que permita inferir si son o no compatibles, lo que es tarea reservada al intérprete, según las circunstancias que concurran en cada caso concreto.

En resumen hemos señalado que si la parte dispositiva de una sentencia se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles, esta sentencia es sujeta de recurso de casación, pero estas contradicciones deben ser de tal naturaleza, que haga imposible el cumplimiento del fallo por excluirse de las decisiones entre sí, así la contradicción debe encontrarse en la parte resolutive o dispositiva, pues las contradicciones en la motivación no tienen incidencia, porque lo que obliga en las providencias judiciales es la resolución.

El código de procedimiento civil, señala que debe haber consonancia entre la parte resolutive de la sentencia, entre lo que se pide en la demanda y las excepciones propuestas en su contestación, pero no hay que olvidar la facultad que concede el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil.

En conclusión para establecer la inconsonancia o incongruencia, se debe cotejar o confrontar la parte resolutive del fallo, con las pretensiones de la demanda y con las excepciones opuestas; y, la incongruencia se presenta cuando en la sentencia se resuelve en exceso respecto de lo pedido o excepcionado.

A veces puede suceder que hay armonía en la sentencia respecto de la parte expositiva y resolutive, se dice por eso por parte de algunos tratadistas que la incongruencia resulta de la comparación objetiva de la parte resolutive del fallo, las pretensiones de la demanda y las excepciones y no de los razonamientos expuestos y acogidos por el juez.

Esta causal se refiere a decisiones contradictorias, esto tiene su razón de ser, porque las decisiones contradictorias se anulan entre sí, de tal modo que no tienen la virtud de resolver el asunto controvertido, lo que puede darse en forma total o parcial. Resulta lógicamente imposible dar cumplimiento a dos o más decisiones o mandatos incompatibles.

Para buscar la contradicción, se impone cotejar lo pedido en la demanda con lo resuelto por el juez en la sentencia en la parte dispositiva del conflicto sometido a la jurisdicción con las pretensiones aducida en la demanda o las excepciones propuestas por el demandado a fin de ver si en realidad existe entre estos dos extremos, ostensible desacoplamiento de aquella frente a estas. Así solamente lo que esta dentro del concepto puramente formal de desarmonía entre lo pedido y lo fallado, es lo que estructura la incongruencia como causal de casación; y, ello tiene su fundamento en que "se supone que la sentencia judicial es una expresión de la verdad y la verdad no puede ser contraria a sí misma".

Esta causal estriba en resumen, en que el sentenciador decida ultra o extra petita o mini petita.

Esta causal es una de las más interpuestas y más mal fundamentadas y así el 90% de los casos son desechados, pues con pena hay que decirlo hay abogados poco expertos y que no entienden la verdadera naturaleza de la casación.

El Doctor Jaime Espinoza Ramírez dice: "en la sentencia debe haber la necesaria coincidencia entre la voluntad de la ley y la voluntad concreta que declare en su fallo".

Decisiones contradictorias

Existe contradicción entre las disposiciones de un mismo fallo, cuando tales disposiciones son contradictorias hasta el punto de no poder ejecutarse simultáneamente.

El fallo casado será INCONGRUENTE cuando se contradiga a sí mismo.

FALLO INCONSISTENTE cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldado por las premisas del mismo ⁴⁸

Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutive, así lo establece la causal quinta, que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre éste, la demanda y la contestación, ya que en esta última hipótesis estaríamos frente a los vicios contemplados en la causal cuarta. El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado.

Formas en que puede incurrirse en la causal quinta

Respecto de las diversas formas como se puede incurrir en el vicio contenido en la causal quinta del artículo 3, la Primera sala de lo Civil y Mercantil ha señalado:

El numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación señala dos vicios del fallo que pueden dar lugar a que sea casado: a) que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley ; son omisiones que la afectan en cuanto acto escrito, o sea en su estructura formal como el que se omita la identificación de las personas a quienes el fallo se refiere, en la enunciación de las pretensiones en la motivación que se funda en los hechos y en el derecho (que habitualmente se consigna en los considerandos), o en la parte resolutive, en cuanto al lugar, fecha y firma de quien la

⁴⁸ García Falcón. Manual Teórico Práctico en materia de Casación Civil. Segunda Edición Corregida, Aumentada y Actualizada 1998. Quito - Ecuador

expide y, b) y, que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles.⁴⁹

Falta de Motivación

Sobre el tema de la falta de motivación la misma sala ha expresado:

Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener las razones o fundamentos para llegar al acnclusión o parte resolutive. La falta de motivación está ubicada en la causal quinta del artículo 3 de la ley de casación y tiene como efecto la anulación del fallo. Cabe así mismo este vicio, cuando los considerandos son inconcillables o contienen ocntradicciones por los cuales se destruye los unos a los otros, por ejemplo cuando el sentenciado afirma y niega, al mismo tiempo una misma circunstancia creando así un razonamiento incompatible de la lógica formal. Para encontrar los yerros acusados, el tribunal no debe atenerse exclusivamente a la parte resolutive sino también a la parte emotiva, pues, entre la una y la otra existe una relación de causa y efecto y forman una unidad.⁵⁰

La primera sala de lo civil y mercantil en su sentencia 112-2003 señaló los requisitos que ha de reunir la motivación de la sentencia: La motivación ha de reunir diversos requisitos: ha de ser expresa, clara, completa, legítima y lógica; sobre este requisito, se anota que el juez debe observar en la sentencia las reglas del recto entendimiento humano, que presiden la elaboración racional de los pensamientos. Para alegar un vicio en la fundamentación de la sentencia es decir algún vicio en la motivación, que viole tanto la garantía constitucional prevista en el artículo 76 numeral 7, ordinal I de la Constitución, como el artículo 278 (274) del código de procedimiento civil, se debe invocar la causal quinta de la ley de casación, como en efecto se lo ha hecho en la especie. Ahora bien, la falta de motivación no se da únicamente cuando en la sentencia o auto se ha omitid total o parcialmente la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se fundamenta y no se ha explicado la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, sino también cuando hay una fundamentación absurda. Si en el recurso de casación se acusa al fallo de instancia de estar viciada su resolución por fundarse en una valoración absurda de la prueba es decir contraria a las reglas de la sana crítica y se explica claramente en que consiste este absurdo, el tribunal de casación habrá de examinar el proceso para

⁴⁹ Resolución No. 112 del 21 de abril del 2.003, (Ponce vs Cedeño), juicio 127-02

⁵⁰ Resolución No. 271 del 19 de julio del 2001, juicio 90-01 (DAC vs. Cobo) R.O. No. 418 del 24 de septiembre del 2001.

determinar si, efectivamente se han violado o no las reglas de la sana crítica y si se ha incurrido o no en el vicio acusado.⁵¹

La misma sala, en los fallos : No. 108 del 19 de febrero de 1999, No. 558 del 9 de noviembre de 1999, y No. 253 del 13 de junio del 2000, ha tratado extensamente sobre la fundamentación de las sentencias, y su importancia capital porque excede de los límites del caso concreto y de los intereses de los litigantes, para cumplir una función legitimadora de enorme trascendencia de la motivación en la sentencia, lo que por desgracia con frecuencia no es comprendido, se transcribe el razonamiento de la Sala, expresado en la sentencia No. 253 del 13 de junio del 2000 antes señalada:

La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Por la motivación además, se asegura la publicidad de la conducta de los jueces y el control popular sobre el desempeño de sus funciones, esencial en un régimen republicano. Por ella también podrán interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación. El tribunal que deba conocer en el eventual reconocerá de la motivación los principales elementos para ejercer su control. La motivación de la sentencia es la fuente principal de control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional. Su finalidad es suministrar garantía y excluir lo arbitrario. La sentencia, enseña Florian, no ha de ser un acto de fe, sino un acto de convicción razonada. Por ello la libertad de convencimiento no puede degenerar en un arbitrio ilimitado, y en la estimación de la prueba no puede imperar la anarquía, toda vez que la ley no autoriza jamás juicios caprichosos. Por eso agraga Vélez mariconde, un juez técnico no puede proceder como un jurado popular para limitarse a dar mero testimonio de su conciencia. La certeza moral debe derivar de los hechos examinados, y no sólo de elementos psicológicos internos del juez, como bien afirma Manzini. Precisamente por eso se impone la obligación de motivar la sentencia. Añadiremos que (Fernando De la Rúa), en su obra El Recurso de casación, (Víctor P. d Zavalía, Buenos Aires, 1968), p.p.180-181, señala que si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en la casación, está en cambio

⁵¹ Resolución No. 112 del 21 de abril del 2003, juicio No. 127-02 R.O. No. 100 del 10 de junio del 2003.

sujeto a control el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. El tribunal de casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se ha observado las reglas fundamentales de la lógica. La psicología y la experiencia. La motivación es una operación lógica fundada en la certeza y el juez debe observar los principios lógicos supremos o leyes supremas del pensamiento que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar cuáles son, necesariamente, verdaderos o falsos. Las leyes del pensamiento son leyes a priori que, independientemente de la experiencia, se presentan a nuestro raciocinio como evidentes, necesarias e indiscutibles cuando analizamos nuestros propios pensamientos. Esas leyes están construídas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción y razón suficiente. Esto es de elemental conocimiento. Se entiende por coherencia de los pensamientos la concordancia o conveniencia entre sus elementos, y por derivación el que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado, salvo que se trate de un principio, es decir, de un juicio que no es derivado, sino el punto de partida para otros. De la ley fundamental de coherencia se deducen los principios formales del pensamiento, a saber: a) de identidad: cuando en un juicio el concepto – sujeto es idéntico – total o parcialmente – al concepto – predicado, el juicio es necesariamente verdadero; b) de contradicción: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos; c) del tercero excluído: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, es decir uno de ellos es verdadero, y ningún otro es posible. A su vez, de la ley de derivación, se extrae el principio lógico de razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o niega, con la pretensión de que sea verdad. A estas reglas lógicas está sometido el juicio del tribunal de mérito; si ellas resultan violadas, el razonamiento no existe; la fundamentación de la sentencia, aunque aparecerá como acto escrito, no tendrá vida como pensamiento. Bien ha señalado Leone que una motivación que, aparentemente obedeciendo al deber de una exposición, rechace la observancia de las reglas de la lógica, es más deplorable y peligrosa que una motivación que ponga afirmaciones explícitamente contradictorias.

Rango constitucional de la motivación y función legitimadora

Los requisitos que, respecto de la motivación ha de reunir la sentencia, inclusive han sido elevados al rango de exigencia constitucional. El artículo 76 Numeral 7, ordinal I de la Carta Fundamental dice: Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. 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. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras y servidores responsables serán sancionados.. Pero hay algo más que no es suficientemente comprendido: la fundamentación del fallo sirve para que el juez se legitime funcionalmente, por ello es que el tribunal de casación debe tener especial cuidado de velar porque efectivamente se cumpla en los fallos de instancia (y el mismo ha de cumplir) con este mandato constitucional; su transgresión está prevista como causal de casación en el número 5 del artículo 3 en análisis a más de que debe servir para la evaluación institucional y social del juez, sobre el tema, en forma amplia y explicativa, la primera sala de lo civil y mercantil ha resuelto:

La motivación es una necesidad y obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva "Es una garantía de interés general encuadrable en un estado de derecho", por ello constituye una de las garantías del derecho constitucional al debido proceso, consagrado en el número 7 del artículo 76 de la Constitución Política del Estado; como señala el citado Guasch Fernández "es un derecho - deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos". Según señala el autor citado, "las partes han de procurar que la prueba practicada lleve al órgano jurisdiccional a la convicción de sus respectivas posiciones. Una vez que ha llegado a esta convicción es éste el que ha de persuadir, en su resolución a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido y de la razonabilidad de la aplicación de la normativa invocada. De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo se trata, en definitiva, el uso de la racionalidad para dirimir conflictos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica. Con la distinción del contexto de descubrimiento y del contexto de justificación es posible concebir la motivación de las sentencias como la justificación de la decisión tomada. No puede por lo tanto decirse que la motivación sea un simple expediente explicativo.

Fundamentar o justificar una decisión es diferente a explicarla. Mientras para fundamentar es necesario dar razones que justifiquen un curso de acción, la explicación requiere la simple indicación de los motivos o antecedentes causales de una acción. La motivación opera como una verdadera justificación racional de la sentencia en el sentido amplio del concepto. Desde esta perspectiva, el órgano jurisdiccional debe justificar los argumentos racionales que son fundamento de la decisión, sobre todo cuando se trata de elementos valorativos. La valoración debe mostrar que la decisión está legalmente y racionalmente justificada sobre la base de aquellos elementos (premisas) que la fundamentan. Justificar o fundar una decisión consiste, en definitiva, en construir un razonamiento lógicamente válido con independencia de si las razones son pensadas antes, durante o después de tomar la decisión, la corrección de estos razonamientos jurídicos, derivará, no sólo de la validez de su razonabilidad formal o sometimiento a las reglas de la lógica, sino también de la adecuación a los valores y principios jurídicos reconocidos en la Constitución.

La Contradicción y la incompatibilidad se presentan solamente en la parte dispositiva o también en la considerativa

La causal quinta, en estudio, dice que el vicio existe cuando en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles, cabe preguntar basta con analizar únicamente la parte resolutive de la providencia casada o si se ha de realizar el análisis de la sentencia de razonamientos que la constituye. Para dilucidar el tema, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en su fallo 558-99 dijo al respecto:

Para analizar la quinta causal, ante todo es necesario dilucidar si la contradicción de la que puede adolecer una decisión judicial se da solamente en la parte dispositiva de la sentencia, o también en su parte considerativa. Puede sostenerse, en base a una interpretación puramente literal del numeral quinto del artículo 3 de la ley de casación, que la contradicción o la incompatibilidad debe contenerse exclusivamente en la parte resolutive del fallo. Es verdad que el numeral quinto del artículo 3 de la Ley de casación así parece disponer, pero la Sala estima que la correcta interpretación de esta norma es otra, más amplia, que incluye no solamente a lo expresado en la parte resolutive sino también en su fundamentación objetiva, al tenor de lo que dispone el artículo 301 inciso segundo del Código de procedimiento civil.

Es decir, se debe realizar un análisis integral del fallo y establecer si hay o no la debida armonía en él, relacionado unas de las partes con otras en búsqueda de su

cabal sentido. En la ley de casación se habla de una parte dispositiva, pero el código de procedimiento civil no contiene ninguna norma que señale imperativamente la estructura del fallo ni especifique las diversas partes del mismo, pero existen varias que especifican los requisitos de forma, los artículos 280, 281, 291, de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en el código de procedimiento civil se habla tanto de decisión como de resolución, artículos 274, 276, 277, 278, 280, e inclusive se utilizan los dos términos simultáneamente. La sala reitera lo que expresó lo que expresó en su fallo No. 292 del 13 de marzo de 1999, dictado dentro del proceso de casación No. 662-95, publicado en el Registro Oficial No. 255 del 16 de agosto de 1999, en el sentido de que la correcta interpretación de la causal quinta impone analizar la resolución con su motivación y de encontrarse que hay contradicción o incompatibilidad, se deberá anular el fallo recurrido y dictar el que corresponda, ya que "la articulación de un razonamiento justificativo en la sentencia representa el fundamento de toda motivación. Desde una perspectiva psicológica la motivación, del latín motus, 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, pese a la dificultad práctica de su prueba, 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. (Sergi Guasch Fernández, El hecho y el derecho en la casación civil. J. M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 444 y ss).

LA HIPÓTESIS

Si se efectúa un estudio exhaustivo de las causales establecidas en el artículo 3 de la Ley de Casación para la correcta aplicación al caso concreto, entonces los abogados tendrán textos para consultar y por ende serán admisibles los recursos planteados ante los Jueces de la Corte Nacional de Justicia.

Variables

Competencia otorgada por la Ley a la Corte Nacional de Justicia, por ser el órgano supremo de la Función Judicial para el conocimiento del Recurso extraordinario de Casación

El objetivo del Recurso de Casación es el control de la legalidad

Indicadores

Análisis de la ley de casación, textos extranjeros y jurisprudencia.

Análisis de jurisprudencia

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.- ENFOQUE

Investigación Cualitativa no interactiva, porque estudia conceptos a través de un análisis de documentos

Análisis de conceptos, porque se estudian las causales, para poder interponer correctamente el recurso extraordinario de casación.

3.2.- Aspecto esencial de la investigación

Estudio de la normatividad, porque corresponde al análisis del recurso de Casación.

El tipo de investigación jurídica al que corresponde este trabajo es jurídico – descriptivo y jurídico propositivo.

Es un tipo de investigación jurídico – descriptivo porque aplica el método analítico a un tema específico.

Es un tipo de investigación jurídico – propositivo porque sugiere ciertas reformas a la Ley de Casación.

El diseño del presente trabajo de investigación por su naturaleza jurídica es de carácter descriptivo, propositivo y explicativo.

Las etapas de planificación, organización, ejecución y evaluación de la investigación jurídica en referencia, se realiza sobre las bases de las orientaciones y principios del método científico, expresado mediante la interacción de los procesos de análisis y síntesis, de lo abstracto y concreto, del ascenso y descenso de la construcción del conocimiento científico.

Los métodos especiales, particulares, de apoyo a la presente investigación están integrados por: los métodos teóricos, cualitativa no interactiva para la interpretación de textos y leyes.

3.3.- MUESTRA

Código de Procedimiento Civil

Ley de Casación

Constitución

Gaceta Judicial

Instrumentos de Recolección de Datos

Para obtener la información necesaria que facilite estudiar, explicar y sugerir reformas de las normas legales referentes a las causales establecidas en el artículo tres de la Ley de Casación, se han diseñado los siguientes instrumentos:

Estudio de antecedentes históricos del Recurso de Casación

Estudio de textos legales de juristas ecuatorianos y extranjeros

Análisis de fallos expedidos por la Corte Nacional de Justicia.

Análisis de fallos de triple reiteración expedidos por la corte Nacional de Justicia.

Estudio comparativo de la Constitución de la República, leyes ordinarias y orgánicas.

Método Teórico

Análisis y síntesis de un estudio pormenorizado de las causales para la interposición del Recurso de Casación.

Análisis histórico-lógico de los antecedentes históricos del Recurso de Casación

El **modelo estadístico** para contrastar la información y verificación de las hipótesis es el cuantitativo.

Procedimiento de Investigación

FASE UNO: estudio teórico conceptual y metodológico técnico de la investigación jurídica.

FASE DOS: análisis, ubicación y selección de la materia de investigación (observar, analizar, reflexionar).

FASE TRES: construcción del marco referencial del proyecto de investigación; formulación de la problemática: análisis jurídico, situación actual del problema, delimitación del objeto de investigación, preguntas significativas, justificación y objetivos.

FASE CUATRO: construcción del marco teórico e hipótesis del proyecto de investigación: acopio de información, selección de teorías, doctrinas, jurisprudencia, leyes y ubicación de bibliografía.

FASE CINCO: formulación de la metodología de trabajo de la investigación.

FASE SEIS: elaboración del informe y presentación de los resultados de la investigación.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Con el presente trabajo investigativo he podido obtener más herramientas para poder interponer adecuadamente el recurso extraordinario de casación.

Actualmente en el país, no existe mucho material para el estudio de la casación. Considero de suma importancia el estudio realizado, pues servirá para que otros profesionales del derecho puedan realizar consultas previo a la presentación del recurso.

A través de toda la investigación, pude constatar que en el Ecuador falta mucha información de carácter jurídico en lo que respecta al recurso extraordinario de casación.

Dentro de todo el estudio efectuado pude darme cuenta de que los errores en los que incurre el juzgador en el momento de emitir una sentencia, son muchos, y algunos acarrearán nulidad en proceso.

Con la reestructuración de la Función Judicial, y con la nueva conformación de la Corte Nacional de Justicia, existirán mejores jueces, con mucha más experiencia, mucho más estudiosos, que podrán en los casos que amerite, casar las sentencias que lleguen a su conocimiento en estricto derecho, reconociendo claramente los errores in iudicando o in procedendo.

Este trabajo servirá también para que los nuevos magistrados y jueces de las diferentes cortes del país adquieran conocimientos y puedan emitir sus fallos sobre fundamentos sólidos.

Con este estudio efectuado he adquirido muchos más conocimientos para ponerlos en práctica en el ejercicio profesional diario.

Puedo concluir de la información recopilada que la gran mayoría de demandas que se interponen ante la Corte Nacional de Justicia, no son admitidas a trámite ya que existe muchos vacíos y desconocimiento de este tema en los abogados.

La correcta aplicación de las normas procesales requieren de un estudio pormenorizado y de muchísima experiencia profesional en el ámbito procedimental.

Por todo lo expresado, puedo concluir que fue verificada la hipótesis planteada.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En pocas palabras he querido exhibir esa nueva historia (la nuestra) de un personaje casi universal, que en las tonalidades del horizonte ecuatoriano se manifiesta como apto para servir a los fines de una revisión más auténtica. De resultados, para el justiciable consumidor del servicio, más justos.

De lo que se trata, al cabo, es de que la casación no vaya por detrás de la sociedad.

Si lo más respetable es la realidad y esta se venga siempre cuando se la niega o desconoce, habrá que admitir que al tomar posesión del instituto casatorio hemos sabido sumar, a la fidelidad a lo nomofiláctico, otras diversas y fértiles misiones para brindar, positivamente, la justicia que el caso relama y que ella, sin falsas ataduras formales, está dispuesta a brindar.

Le basta con profundizar y perfeccionar lo que ya ha alcanzado, insistir con entusiasmo y convicción en:

- a) El sinceramiento; b) la desformalización; c) el realismo y d) la preferencia por el modelo que, conforme a nuestra idiosincrasia, en sus proyecciones satisface los requerimientos del justiciable que seriamente propone el recurso, asegurando efectivamente los fines de la jurisdicción.

La casación se ha mostrado eficiente en el derecho vivido, en las propuestas cotidianas y muestra uno de los rostros en el escenario que ella regentea atenúa las rigideces de su versión extremadamente purista, responsablemente aplicada, en la que una opinión pública especializada desempeñará un papel importante de control, evitando corruptelas en pro y en contra de su equilibrado funcionamiento. No es necesario convertirla en una tercera instancia, pero tampoco, privarla de ser la gran esperanza en el siglo XXI, *que debe ser el de la justicia*. Y lejos de recortar sus alas es la vertiente que mejor se inserta en el cuadro de los recursos. Cobra sentido (más a fin a la sensibilidad y preferencias del abogado) y mediante esa flexible e inteligente apertura, el control de la lógica de la motivación y del juicio de hecho, la casación y su

técnica es redondamente tal al cobrar a pleno, según las exigencias del presente, sus máximas perspectivas.⁵²

En orden a estas reflexiones advertía Garrigues, al filo de los años 80, que todo operador jurídico debe esforzarse en poder conformar los nuevos hechos a los esquemas jurídicos tradicionales, si ello es posible, o a otros inéditos si no lo es. En esa tarea habrá de comprobar muchas veces el divorcio entre la realidad social o económica y los códigos y leyes redactados en ese ayer en continuo distanciamiento. Como el derecho se da para la vida, es claro que el jurista desiste de su misión cuando construye sus normas de espaldas a ella. Si, en cambio, es razonable, no puede dudar de que le corresponde ceder a lo real.⁵³

No he pretendido hacer trabajo de metodología, concluía Garrigues, sólo representa una aspiración: la de desear que el derecho viva realmente en la sociedad como derecho justo.⁵⁴

No es diferente el panorama de la casación, y su progresión en el futuro continuará recorriendo esa ruta histórica en pos de una empresa de superación, y será igualmente fiel a esa misma aspiración y meta.

Cada legislación, lógicamente, establece sus causales para hacerlas valer en el fuero correspondiente de acuerdo a las circunstancias político social imperante en un momento dado y al control que se pretende imponer.

Los vicios en los que puede incurrir el juzgador en el momento de expedir una resolución se los puede agrupar en dos vertientes: los errores de juicio (errores in judicando), es decir 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

⁵² En 1982 el agudo procesalista que fuera Niceto Alcalá Zamora y Castillo, afirmaba: La casación goza, a mi entender, de buena salud y sólido prestigio, sin que sea previsible su muerte en un futuro próximo y ni siquiera un descenso suyo de jerarquía o de contenido en la escala de los medios impugnativos. En cambio si estimo que los términos de la contraposición entre *ius constitutionis* e *ius litigatoris* deben contemplarse de ahora en adelante desde ángulo distinto de aquel bajo el cual surgió la casación en Francia (Calamandrei, *Casación civil*, cit., v. I, nos 22 y 78), o sea cargando el acento sobre el segundo, que es quien constituye, en rigor, su motor y su razón de ser. (Perspectivas de la Casación, en *Temas de casación y recursos extraordinarios*, cit, Platense, 1982, p. 511, No. 6).

⁵³ Ortega y Gasset José. *Obras completas*, Madrid, t III, página 238. Esta convicción es la característica del temperamento racionalista.

⁵⁴ Garrigues Joaquín, *Derecho Mercantil: la realidad frente a la ley*, Revista de Occidente, Madrid, 1981 (No. 4), páginas 55-71, las citas en páginas 70-71.

determinada relación o situación objetiva; y los errores de actividad (errores in procedendo), cuando se produce una causa trascendente e insanable de nulidad que influya en la decisión de la causa.

Calamandrei Piero es uno de los procesalistas que ha dado mayor vigor a esta clasificación, por lo que se ha hecho bien denominar a esta clasificación como clásica.

Algunos estudiosos sostienen que el vicio in iudicando ha de aparecer en la parte dispositiva de la sentencia, en el fallo; debemos tener en cuenta que la ilegitimidad de la disposición judicial está en función de la inexactitud de los considerandos que el juzgador ha elaborado para pronunciarse.

Con la casación se debe combatir no sólo la parte resolutive de la resolución, sino también la parte considerativa, que sirve de soporte a la decisión del juzgador de mérito. Es que la sentencia es una sola y no puede fraccionarse.

El error de derecho en el sistema casatorio puro, debe influir necesariamente en la parte decisoria de la resolución, en la parte dispositiva de la resolución judicial. De ahí que cualquier denuncia de violación de la norma jurídica (inobservancia, falsa aplicación, errónea interpretación), que no haya sido aplicada en la sentencia o que no haya influido en la parte dispositiva de ella debe descartarse.

Todos los vicios de procedimiento, así tengan como origen una errónea elección o aplicación de la norma procesal, siempre deben subsumirse dentro de los errores in procedendo.

Las normas de derecho procesal establecen reglas a las cuales las partes y el juzgador deben subordinar su actividad. Las normas de derecho sustantivo establecen reglas que al finalizar esa actividad procesal el juez tiene que aplicar con relación a las pretensiones procesales propuestas por las partes en conflicto, lo que importa una actividad de juzgamiento.

Puedo concluir que hay causales que tienen relación con la violación de la ley sustantiva o material, es decir de normas que establecen derechos subjetivos, obligaciones, o la extinción de éstas. Hay causales que se sustentan en la ilogicidad de la motivación de las resoluciones judiciales, es decir, cuando se atenta, en su fundamentación, las reglas del razonamiento, de congruencia. Igualmente hay

causales que tienen relación con la violación de la ley procesal o adjetiva, es decir, cuando se infringen normas que regulan en rigor el debido proceso. Finalmente hay causales que tienen que ver con los hechos en la norma jurídica y con la valoración de los medios probatorios y la determinación de los hechos acreditados con esos medios.

Las normas jurídicas que pueden ser objeto de infracción y pasibles del recurso de casación para la corrección correspondiente. Estas normas deben ser todas aquellas que el juez debe aplicar para resolver el conflicto de intereses, es decir, la Constitución Política de la República, norma suprema del ordenamiento jurídico, las normas contenidas en las leyes orgánicas, en las leyes ordinarias, en los decretos, en las ordenanzas municipales. Es decir las normas contenidas en las leyes y en otras disposiciones de naturaleza procesal o sustantiva que se apliquen tanto para la tramitación como para la decisión misma del conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

Albán Gómez Ernesto, Andrade Ubidia Santiago, Coronel Jones César, Egas Peña Jorge, Flores Fabián Guido, García Feraud Galo, Macías Hurtado Miguel, Pérez Patiño Carlos, Troya Jaramillo José Vicente, Zavala Egas Jorge. La Casación estudios sobre la Ley número 27. Serie Estudios Jurídicos. Volumen 7. Corporación Editora Nacional. Quito 1994.

Alvarado Velloso Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal. Tomo I, Pág 274.

Andrade Ubidia Santiago. La Casación civil en el Ecuador

Calamandrei Piero. Grandes Clásicos del Derecho. Tercera serie. La casación Civil Volumen. Oxford University Press

Cámara Civil y Comercial, Sentencia No. 41, del 13-09-99. Semanario Jurídico, t 82, 2000 –A –206.

Carrión Lugo Jorge. El Recurso de Casación en el Perú. Volumen I y II Editorial Jurídico Grijley. Segunda Edición año 2.003.

Carli Carlo. La demanda civil, página 80, punto III,

Código Civil español. Artículo 1.7

Código de Procedimiento Civil ecuatoriano

Cuiñas Rodríguez Manuel, Pretensión procesal, legitimación, lesión al crédito, acción de simulación y acción revocatoria, página 316, apart. II

De la Plaza Manuel, La casación civil, cit, p. 199

De Midón Gladis E. La Casación. Control del Juicio de Hecho. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires Argentina

Fallo No. 93.431, publicado en la ley 1995-D-62. Córdoba - Argentina

Gaceta Judicial. Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2126.
Quito, 04 de Marzo de 2009

García Falconí José. Manual Teórico Práctico en Materia de Casación Civil. Segunda Edición Corregida, aumentada y actualizada 1.998. Quito – Ecuador

García Feraud Galo, La casación en materia civil, en La casación, estudios sobre la Ley No. 27, cit, p 50-51

Garrigues Joaquín, Derecho Mercantil: la realidad frente a la ley, Revista de Occidente, Madrid, 1981 (No. 4), páginas 55-71, las citas en páginas 70-71.

GJS. XVI No. 2 Página 362; GJS XVI No. 3 Página 601; GSJ, XVI, No. 9. Página 2318

Gozáni Osvaldo Alfredo, El principio de de congruencia, páginas 26, 27.

Guasch Fernández Sergi, El Hecho y el Derecho en la Casación Civil, cit, p. 221-222

Ley de Casación ecuatoriana.

Morello Augusto M. La Casación. Un modelo intermedio eficiente. Segunda Edición actualizada. Librería Editora Platense. Abeledo – Perrot Buenos Aires

- Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales, Platense, La Plata, 1998, ps, 323 ss.
- Prueba, incongruencia, defensa en juicio, página 42, apart. III, nota 19; Página. 55, apart. III, nota 7

Perrachione Mario C. La Casación como método de control de la función jurisdiccional. Ediciones Alveroni

- La ampliación de la demanda, 1995, página 211
- El recurso de casación en el nuevo código de procedimiento civil de Córdoba, Primeras jornadas provinciales de Derecho procesal, Colegio de abogados de Córdoba – Instituto de Estudios Jurídicos, Córdoba, 1995.

Resolución No. 323 del 31 de agosto de 2.000, juicio No. 89-99 (Yumisaca vs. Yumisaca), R.O. 201 de 10 de noviembre de 2.000.

Resolución 229 del 19 de junio de 2001, juicio 168-2.000(Caballos vs. Palacio), citada; No. 317 del 31 de agosto del 2.000, juicio No. 190-2.000(Jácome vs. Bahamonde).

Resolución No. 507-99 del 11 de octubre de 1999, juicio No. 18-99 (Palomo vs. Caisaguano), R.O. 333 del 7 de diciembre de 1999.

Resolución No. 472-2000 del 24 de noviembre del 2000, juicio No. 263-97 (Cumbicus vs. Salazar), R.O. 282 del 12 de febrero del 2001.

Resolución No. 478-2000 del 4 de diciembre del 2000, juicio No. 7-2000 (Vera vs. Godoy), R.O. 283 del 13 de marzo del 2001.

Resolución No. 133 del 24 de junio del 2002, juicio No. 289-01 (Santistevan vs. Egüez.) R.O. 630 del 31 de julio del 2002.

Resolución No. 568 del 8 de noviembre de 1999, juicio 109-98 (Sarango vs. Merino), R.O.349 del 29 de diciembre de 1999

Sala Civil y Comercial, Atanasoff, Jorge O. c-Ángela Nescier de Frattini, A.I. No. 130, 09-04-92, Semanario Jurídico, No. 885, 21-05-92, p. 100, fallo No. 1069. Buenos Aires Argentina

Semanario Jurídico. No. 1140, del 10-07-97, nota al fallo de Parma Carlos, Estrépito Social: "Sentencia ejemplar".

Sentencia del 23 de abril de 1981. Magistrado Doctor Alberto Ospina Botero. Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá – Colombia.. Editorial Jurídica Wilches, Pág. 225.

Suplemento R.O. No. 328-17-05-2001. Página 3

Tama Jouvin Manuel. El Recurso de Casación en la jurisprudencia nacional. Jurisprudencia longi temporis. Tomo II. Editores Edilex S.A.

Véscovi Enrique. La casación Civil.

