

NADIA SOFÍA DEL CISNE AÑAZCO AGUILAR

MEDIOS DE IMPUGNACION EN MATERIA CIVIL

Trabajo de Conclusión de Carrera
presentado como requisito parcial
para la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de la
República del Ecuador de la Facultad
de Derecho con especialización mayor
Derecho Empresarial, y
especialización menor Derecho
Internacional

UNIVERSIDAD DEL PACIFICO

Cuenca, Noviembre 2011

SERRANO, Felipe. Medios de Impugnación en Materia Civil. Cuenca: Universidad del Pacifico, 2011, 162 p. Director de Trabajo de Conclusión de Carrera- TCC presentado a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Ramiro Borja y Borja de la Universidad del Pacifico

Resumen: Análisis a los medios de impugnación contemplados por la legislación ecuatoriana en el campo civil. Comprende el estudio de las definiciones, fundamentos, objetivos, efectos y tramite de los recursos horizontales como la aclaración, ampliación y revocatoria; y de los recurso verticales como la apelación, nulidad, y casación. Además se incluye el examen de un caso práctico donde se refleja la importancia de los recursos, especialmente de la casación.

Palabras Clave: Debido Proceso, justicia, seguridad jurídica, actos procesales, errores, revisión.

AGRADECIMIENTO:

Gracias a Dios, por bendecirme de infinitas maneras, por permitirme ver un sueño más hecho realidad.

A la mayor bendición de mi vida, mi familia, iniciando por mis padres, por su amor incondicional, comprensión, confianza, por haber colaborado con su esfuerzo para que mis hermanos y yo podamos alcanzar nuestras metas; a mis hermanos, por ser los mejores y más grandes amigos con los que se puede contar; a mis sobrinos por existir y alegrar mi vida.

A mis amigos, por su inmenso cariño y soporte en todo momento.

A mis profesores por compartir grandes enseñanzas y experiencias en las aulas, porque a más de habernos formado en el ámbito académico supieron inculcar valores éticos y profesionales, especialmente al Dr. Felipe Serrano por su valiosa dirección en este trabajo final.

A todos, gracias por creer en mí!

DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

La Universidad del Pacífico, se compromete a no difundir públicamente la información establecida en la presente tesis de grado "Medios de Impugnación en Materia Civil" de autoría de Nadia Sofía del Cisne Añazco Aguilar, en razón que ésta ha sido elaborada con información confidencial.

Tres copias, escritas y digitales, de esta tesis de grado quedan en custodia de la Universidad del Pacífico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de investigación.

Para constancia de este compromiso suscribe,

Cuenca, 24 de Enero de 2012.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "R. Darquea", with a large, stylized flourish extending upwards and to the right.

Dr. Ricardo Darquea

Pro – Rector de la Universidad del Pacífico

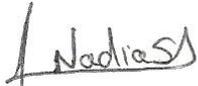
DECLARACIÓN DE AUTORIA

Yo, Nadia Sofía del Cisne Añezco Aguilar declaro ser la autora exclusiva de la presenta tesis.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieran de la misma son de mi responsabilidad.

Por medio del presenta documento cedo mis derechos de autor a la Universidad del Pacifico, para que pueda hacer uso del texto completo de la tesis de grado "Medios de Impugnación en Materia Civil" con fines académicos y/o de investigación.

Cuenca, 23 de Enero de 2012.



Nadia Sofía Añezco

Cuenca, 14 de Febrero de 2012

Dr. Ricardo Darquea
Pro Rector
Universidad del Pacifico
Cuenca

De mi consideración

La presente tesis de grado titulada "Medios de Impugnación en Materia Civil" presentada por la señorita Nadia Sofía Añazco Aguilar esta apta para evaluación y defensa frente a un Tribunal de Grado.

Atentamente,

Dr. Felipe Serrano



ÍNDICE

Introducción	2
--------------	---

CAPITULO I

Generalidades sobre el proceso

1.1. El Proceso	4
1.2. Las Instancias	6
1.3. Actos procesales	7
1.4. Decretos	9
1.5. Autos	9
1.6. Sentencias	10
1.7. Medios de Impugnación y Recursos	12

CAPITULO II

Teoría General de la Impugnación

2.1. Fundamento	14
2.2 El Derecho a recurrir	16
2.3. Presupuestos de la Impugnación	18
2.3.1. Error In iudicando e In procedendo	18
2.3.2. El Agravio	20
2.3.3. Las Partes	21
2.3.4. El Acto Procesal	21
2.3.5. Las Formalidades	22

2.4. Objetivo de los Recursos	24
2.5. Efectos de los Medios Impugnación	25
2.5.1. Efecto Devolutivo	25
2.5.2. Efecto Suspensivo	26
2.5.3. Efecto Extensivo	27
2.6. Clasificación de los Recursos	29
2.6.1. Recursos Ordinarios y Extraordinarios	29
2.6.2. Recurso Horizontales	30
2.6.3. Recursos Verticales	30

CAPITULO III

Recursos Horizontales

Aspectos Generales:

3.1. Noción	32
3.2. Antecedentes	33
3.3. Naturaleza Jurídica	34
3.4. Procedencia	35
3.5. Limites	36
3.6. Competencia	37
3.7. Termino de interposición y Forma	40
3.8. Actuación de oficio	42
3.9. Aclaración	43
3.10. Ampliación	44
3.11. Revocatoria	45

3.12. Nulidad	46
---------------	----

CAPITULO IV

Recursos Verticales

4.1. Noción	49
4.2. Antecedentes	51
4.3. Clasificación	52

CAPITULO V

Recurso de Apelación

5.1. Noción	55
5.2. Naturaleza Jurídica	56
5.3. Objeto	58
5.4. Clases de Apelación	59
5.5. Legitimación	61
5.6. Actos impugnables	62
5.7. Termino de interposición y Forma	64
5.8. Efectos	67
5.9. Principio Reformatio in Pejus	70
5.10. Principio de la Personalidad de la Apelación	73
5.11. Recurso de Hecho	74

CAPITULO VI

Recurso de Nulidad

6.1. Noción de Nulidad	77
6.2. Recurso de Nulidad	79
6.3. Naturaleza Jurídica	80
6.4. Fundamentos	82
6.5. Procedencia	83
6.6. Legitimación	85
6.7. Termino de interposición y forma	87
6.8. Efectos	89
6.9. Principios Relevantes	91
6.9.1. El Principio de Especificidad o Legalidad	91
6.9.2. Principio de Trascendencia	92
6.9.3. Principio de Convalidación	93
6.9.4. Principio de Protección	93

CAPITULO VII

El Recurso de Casación

7.1. Noción	94
7.2. Naturaleza Jurídica	95
7.3. Objetivo	96
7.4. Importancia	98
7.5. Características	99
7.6. Legitimación	101
7.7. Fundamentos de la Casación	102
7.7.1. Perjuicio	102

7.7.2. El error de Derecho	103
7.8. Interposición del recurso	104
7.8.1. Providencias Recurribles	104
7.8.2. Terminio y Forma	108
7.8.3. Competencia	110
7.9. La Casación y el Orden Constitucional	111
7.10. Causales	115
7.11. Consecuencias y Efecto	120
7.11.1 Consecuencias	120
7.11.2. Efecto	122
7.12. Recurso de Hecho	123
7.13. Análisis del Caso Práctico	125
Conclusiones y Recomendaciones	136
Anexos	139
Bibliografía	

INTRODUCCIÓN

“No me parece justo ni suplicar al juez ni por haber suplicado ser absuelto, sino informar al juez y convencerle, pues el juez no ocupa su sitial para hacer de la justicia un favor, sino para discernir lo justo y ha prestado juramento de no hacer favor a quien le parezca, sino de administrar justicia de acuerdo con las leyes.”

Platón.

El primer artículo de nuestra Constitución establece que el Ecuador es un estado constitucional de derechos, declaración que implica la vigencia absoluta del Derecho y dentro de estas la supremacía de la Constitución, para que esta premisa se traduzca en realidad el Estado requiere de diferentes funciones, pero básicamente de la función judicial que es a la cual corresponde la potestad de administrar justicia, facultad que implica hacer cumplir las leyes, aplicarlas cuando sea necesario y hacer cumplir las resoluciones de los órganos judiciales. La administración de justicia se lleva a cabo a través de los procesos judiciales, que deben desarrollarse con total regularidad y exacta observancia de las leyes.

El fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico de tal forma que se pueda alcanzar uno de los fines principales del Derecho, la justicia, que no es más que dar a cada quien lo que le corresponda. El Estado para cumplir con este objetivo, deber, y obligación, delega la administración de justicia a diferentes órganos con distinta jerarquía, órganos que a su vez están representados por diversos jueces que son los que en suma cumplen con la difícil tarea de administrar justicia, actividad que debido a su complejidad requiere que las personas que la ejercen, cuenten con el conocimiento necesario para que en

lo posible no cometan errores que influyan en la resolución final, ni se ocasione perjuicios a las partes involucradas en un proceso, pero dado que ello no siempre funciona de tal manera, la actividad judicial en ocasiones se muestra ineficiente, debido al propio sistema de justicia, hoy en día tan deslegitimado por la ineptitud judicial. Las reiteradas equivocaciones en la administración de justicia han llegado a constituir un problema de toda sociedad y mucho más en la nuestra, por estas razones, la ley como una forma de remediar los posibles errores o inconsistencias y de evitar que se cause perjuicios a los intereses de las partes, ha creado los medios de impugnación o recursos procesales, en virtud de los cuales se vuelve posible revisar los actos procesales en aras de buscar el aseguramiento de las correctas decisiones judiciales y consecuentemente llegar a la correcta administración de justicia.

Debido a la importancia que representan los medios de impugnación dentro del desarrollo de los procesos judiciales, pues aseguran lo que conocemos como seguridad jurídica, me he permitido hacer un estudio de los mismos; analizando los diferentes recursos reconocidos por nuestra legislación y tomando como base la doctrina existente en relación a la materia y el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Además, en el desarrollo de esta investigación estudiaré un caso real suscitado en nuestro medio en el que se puede observar la aplicación e importancia de los medios de impugnación, particularmente de la casación.

CAPITULO I

GENERALIDADES SOBRE EL PROCESO

1.1 El Proceso

La acepción general, del término proceso nos dice que es el conjunto de fases sucesivas que comprende una operación, lo cual aplicando al campo que nos ocupa es decir dentro del contexto del derecho se trata de una operación jurídica.

En la doctrina podemos encontrar diversas definiciones de proceso, así Couture lo define como “la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad el conflicto sometido a su decisión” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 121). Devis Echandia, por su lado lo define como “el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano jurisdiccional del estado, para obtener la declaración, la defensa o realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción, mediante la actuación de la ley en un caso concreto” (131).

A partir de estas dos definiciones, se puede afirmar que el proceso es la serie ordenada, sucesiva y progresiva de actos, encaminados a obtener una resolución judicial respecto de las pretensiones de las partes, y que cause efectos jurídicos. Visto de esta manera, el proceso viene a ser una relación jurídica de carácter procesal, mediante la cual se vinculan las partes, entre sí y a la vez con los órganos jurisdiccionales; a esta relación jurídica

Couture la califica como una relación jurídica unitaria formada por una serie de relaciones jurídicas de menor grado, que vienen a ser a los actos procesales.

Debemos mencionar que nuestro Código de Procedimiento Civil no define lo que ha de entenderse por proceso, y solamente se encarga en el Art. 57 de dar un concepto de juicio, al señalar que “Juicio es la contienda legal sometida a resolución de los jueces”. Sin embargo debemos establecer que al hablar de proceso, nos estamos refiriendo a todo trámite judicial, entonces el proceso abarca tanto a los juicios como a las causas. Y cabe aquí hacer una diferenciación entre estos dos términos, hablaremos de juicio cuando existe una contienda legal sometida a resolución de los jueces, es decir existe contraposición de intereses, posiciones contrarias, un derecho en disputa, se exige una contraprestación del demandado, por ejemplo el juicio de prescripción; mientras que causa es todo trámite judicial que tiene por objeto una determinada finalidad, donde no necesariamente debe haber un conflicto de intereses, así por ejemplo el trámite para nombramiento de curador. En definitiva se puede decir que el proceso se refiere tanto a los trámites de jurisdicción contenciosa, como a los trámites de jurisdicción voluntaria.

Por otra parte cabe hacer una distinción entre proceso y procedimiento para así evitar una posible confusión entre estos términos. Como ya mencioné el proceso es esa serie ordenada, sucesiva y progresiva de actos, encaminados a obtener un pronunciamiento judicial, es decir todos estos actos constituyen en sí mismo una unidad, el proceso es visto de una manera global, es la totalidad de los actos. En cambio el procedimiento es la simple secuencia de tales actos, es la vía, el camino, las formalidades que tienen que cumplir cada

uno de esos actos para que sean válidos. El procedimiento en resumen es el contenido del proceso.

La parte más importante del proceso es su finalidad, puesto que es la esencia misma de este concepto, y la cual consiste en la resolución de un conflicto de intereses a través de la decisión de la autoridad. La finalidad del proceso es de carácter privada y pública, privada porque los intereses que están en juego atañen a las partes que son quienes buscan hacer resolver el conflicto; y es simultáneamente pública, porque en todo proceso se busca encontrar una efectiva aplicación de las normas de derecho. Como dice Couture “el proceso es un instrumento de producción jurídica y una incesante forma de realización del derecho”(Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil, 56).

1.2. Las Instancias

En su acepción común, instancia significa requerimiento o solicitud. En derecho procesal podemos encontrar algunas definiciones de instancia; este término es utilizado para hacer referencia a los actos procesales que se realizan de oficio o a instancia de las partes, lo cual quiere decir que existen actos que son realizados por el juez debido a que le competen ejecutar por su propia iniciativa y otros que debe efectuar previo requerimiento de las partes. Otra definición un tanto más limitada de instancia, nos dice que se refiere al ejercicio de la acción procesal ante el juez, con lo cual se establece que instancia no solamente consiste en un requerimiento, sino también hace alusión a la acción de impulsar el proceso. Asimismo, encontramos una descripción de instancia que nos dice que el término se utiliza para designar las etapas del proceso; partiendo de esta definición podemos deducir que el proceso es el todo, el cual se encuentra dividido en partes, que

vienen a ser las instancias, las que se transcurren de forma sucesiva las unas a las otras. En el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano se define a la instancia, como “la prosecución del juicio”, que comprende desde el momento que la demanda es propuesta hasta que el juez resuelve el litigio, o hasta que se eleven los autos al superior, en donde iniciará una nueva instancia que empezará con la recepción del proceso y culminará con la devolución del mismo para su ejecución.

En los procesos formados por varias instancias, cada una de ellas guarda una estructura diferente. La primera instancia generalmente es cuando se realizan las exposiciones de las partes, se recogen los diversos medios de prueba, para dejar en manos del juez la decisión luego de haber aportado los argumentos necesarios; sin embargo previendo posibles errores o arbitrariedades de jueces y demás funcionarios judiciales y para ejercer los recursos que quepan en cada caso surgen las instancias ulteriores, que serán la etapa del proceso en donde se ejerzan el derecho de revisión de las partes a las sentencias de la instancia anterior.

1.3. Actos Procesales

Como ya se explicó, el proceso constituye esa serie ordenada y sucesiva de actos, actos que emanan de los sujetos procesales ya sea principales como el Juez o las partes, de los sujetos secundarios como testigos, peritos, actuarios, etc., o incluso de terceros.

Es evidente que en todo proceso existe la interacción de los sujetos procesales los mismos que van generando variados actos con distinto contenido y forma, unos simples otros más complejos, pero todos interdependientes y sujetos a las circunstancias de tiempo, lugar, y modo establecidas en la ley procesal. La vinculación ordenada de unos actos con otros va

generando relaciones jurídicas menores que como resultado final dan lugar al proceso o la relación jurídica procesal. En otras palabras, el proceso reducido a su mínima unidad está integrado por actos procesales, siempre el desarrollo del proceso depende de los actos, de ahí su importancia y trascendencia, pues solo a través de estos la relación jurídico procesal cumple la finalidad que está llamada a satisfacer, por lo tanto los actos procesales son simplemente actos jurídicos en relación con el proceso.

Existen diferentes categorizaciones de los actos procesales; así tenemos que estos se pueden clasificar en cuanto a su naturaleza intrínseca en actos y hechos jurídicos procesales, en cuanto estos sean o no producto de la voluntad de un individuo; por el fin que persiguen, estos pueden buscar una decisión justa de acuerdo al criterio del juez o una decisión favorables según cada una de las partes; de acuerdo a la función que desempeñan en el proceso y por los efectos jurídicos que producen; según sean o no conformes a derecho pueden ser lícitos e ilícitos; y finalmente las clasificación que más nos interesa, en cuanto al sujeto que los ejecuta los actos procesales pueden proceder del juez, de las partes, de terceros, y de funcionarios judiciales.

Ahora bien, tomando en cuenta que mi tema de investigación hace referencia a los medios de impugnación, cabe entonces enfocarnos con mayor énfasis a los actos que emanan del órgano jurisdiccional, en donde estarán incluidos aquellos que emanan del juez y de otros funcionarios judiciales, que se encuentran en la última clasificación mencionada. Así respecto de los actos que emanan de este se han planteado diversas subclasificaciones por parte de los tratadistas del derecho, sin embargo para una mejor comprensión del tema que nos ocupa, haré referencia aquella clasificación que establece que los actos del Juez son de dos clases, los primeros el juez interviene formalizando, solemnizando o autorizando ciertas diligencias con el objetivo de tutelar el derecho de las partes y dirigir el debate, así

por ejemplo la recepción de pruebas. Y en los segundos en cambio existe una manifestación expresa de voluntad por parte del juez, es decir emite su opinión, su forma de pensar, como la sentencia. De todas formas en ambos casos existe un pronunciamiento del juez, estos pronunciamientos se conocen como providencias judiciales, a las cuales se pueden definir como todo pronunciamiento que realiza el órgano jurisdiccional dentro de la marcha de un proceso. Se las conoce también como actos jurisdiccionales encaminados a precautelar el orden, disciplina y ritualidad del proceso. Las providencias judiciales doctrinariamente se dividen en: decretos, autos, y sentencias, mismos que analizare a continuación.

1.4. Decretos

El art. 271 del Código de Procedimiento Civil establece “Decreto es la providencia que el juez dicta para sustanciar la causa, o en la cual se ordena una diligencia”. En definitiva es toda providencia que tiene por objeto dirigir la marcha del proceso, en la que se debe expresar de forma clara lo que se ordena sin que se puedan utilizar frases oscuras o indeterminadas, los decretos de acuerdo a nuestra legislación se pueden revocar, ampliar, aclarar o reformar.

1.5. Autos

En el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, en su Art. 270 se establece que “Auto es la decisión del juez sobre algún incidente del juicio”. Doctrinariamente a los autos se los ha clasificado en autos interlocutorios simples y autos interlocutorios definitivos. Son autos interlocutorios simples, o también llamados decretos con fuerza de auto, aquellas providencias que tiene por objeto dirigir e impulsar la marcha del proceso pero respecto de

asuntos tan importantes que puedan causar perjuicio a las partes, o aquellas mediante las cuales se resuelve un incidente del proceso, los que pueden ser revocados o sufrir modificaciones de oficio o a instancia de parte por el mismo juez que los dictó. Y son autos interlocutorios con fuerza definitiva o autos con fuerza de sentencia aquellas providencias mediante las cuales se resuelven la causa definitivamente, y que por esta razón no son revocables ni susceptibles de reposición por el mismo juez.

1.6. Sentencia

El art. 269 del Código de Procedimiento Civil establece “Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”; en base a ello se puede decir que la sentencia es la decisión que contiene la aceptación o rechazo a las pretensiones del actor, a la reconvención del demandado de haberla, y el pronunciamiento sobre los incidentes en caso de haberse presentado, por eso la sentencia es considerada como el acto principal de un litigio, el cual compete de manera exclusiva al juez y en el que como se manifestó, se resolverá sobre lo que es materia de la traba de la *litis*. De acuerdo a nuestra legislación la sentencia debe cumplir algunos requisitos, debe ser expedida dentro del término de 12 días y debidamente fundamentada en derecho, en ella se decidirá únicamente los puntos de la traba de la *litis* y los incidentes que se puedan resolver en ella sin causar gravamen a las partes. Los efectos de la sentencia afectaran solamente a las partes litigantes.

La sentencia en definitiva es un verdadero silogismo jurídico que está compuesto por la premisa mayor que son los preceptos legales, una premisa menor que serían los hechos puestos a conocimiento del juez y probados, y la conclusión que no es más que la conciliación del caso a las normas jurídicas que correspondan. Como se analiza la sentencia

debe guardar congruencia con las acciones propuestas por las partes, los puntos que fueron litigados durante el proceso y las resoluciones finales de los jueces, que vienen a ser las sentencias. Dicho de otra forma la sentencia se encuentra dividida en tres partes, la primera es la parte expositiva que contiene la narración de forma secuencial y cronológica de los principales actos procesales, desde la interposición de la demanda hasta el momento de la sentencia, en esta parte no se incluye ningún criterio valorativo; la siguiente parte se denomina considerativa, es en la que el juez plasma su análisis y razonamiento basándose entre lo fáctico y lo jurídico para resolver la controversia, es en esta parte en donde se cumple el principio constitucional de la motivación en las resoluciones, ya que de manera clara el juez manifestará aquí sus fundamentos de hecho y de derecho para proceder a dictar su resolución; y la parte final, llamada resolutive, es aquella en la que el juez, presenta su decisión final respecto de las pretensiones en conflicto, es decir la parte en la que se establece la resolución del caso.

Dentro de este punto, es preciso además hacer mención a las resoluciones debidamente ejecutoriadas las cuales están revestidas de cosa juzgada, cabe entonces dar una definición de cosa juzgada y diremos que es la institución procesal que impide que aquello que ha sido resuelto en un proceso judicial mediante una resolución que ha causado estado pueda volver a ser materia de un nuevo juzgamiento. Es decir en virtud de la institución de cosa juzgada las sentencias surten efectos irrevocables y definitivos, constituyen última palabra y frente a ello no se puede variar la situación de las partes y los procesos, ya que no cabe recurso alguno.

1.7. Medios de Impugnación y Recursos

Los actos procesales, como ya analizamos, están suscritos a ciertas reglas y deben cumplir con ciertas finalidades dentro del proceso, las mismas que se resumen básicamente en que jueces y funcionarios judiciales actúen dentro los litigios de forma legal y justa emitiendo sus providencias; cuando ello no sucede se origina y se ejerce por lado de las partes la actividad impugnativa, tendiente a corregir y sanear aquellos actos procesales de los vicios en los que se haya incurrido.

En nuestro medio es muy común utilizar el término recurso como sinónimo de medio de impugnación, el cual en realidad es una especie o una clase dentro de los medios de impugnación que son el genérico y que incluyen dentro de su contenido todo mecanismo que ataque a un acto procesal. Los medios de impugnación abarcan a los recursos propiamente dichos, incluye también el incidente de la nulidad, la revisión, según afirma Enrique Vescovi “la propia excepción que a veces no funciona específicamente como un derecho de contradicción, sino como forma de relevar una nulidad o deducir oposición” (14) es también un medio de impugnación ya que en estos caso como afirma el autor las excepciones se ejercen prácticamente como un verdadero recurso, y además señala los casos de los juicios ordinarios que se inician frente a sentencias de juicios sumarios, como medios de impugnación. Sin embargo de todos los medios de impugnación el más importante y más utilizado es el recurso, concepto este que comprende la aclaración, ampliación, revocatoria, apelación, nulidad, de hecho y casación, a todos los cuales analizaré en el desarrollo de esta investigación.

Acerca de los recursos encontramos las más variadas definiciones, me permito citar a continuación una de ellas que a mi parecer nos brinda una idea clara sobre los recursos: “Llámanse recursos, los medios que la ley concede a las partes para obtener que una providencia judicial sea modificada o dejada sin efecto” (602), otra definición que resulta importante anotar es la de Devis Echandía quien define al recurso como “la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento que en ellas se hayan cometido, es decir que rectifique sus conceptos” (664), este mismo autor al hablar de los recursos como una clase de los medio de impugnación, sostiene que estos son los que se aplican a los errores del juez y que caben dentro de un mismo proceso, aunque ello implique iniciar una nueva instancia pero sigue siendo un único proceso, siendo este el aspecto que los diferencia de los demás medios de impugnación que al aplicarse dan inicio a un nuevo proceso, diferente al anterior.

De los conceptos mencionados, inferimos que los recursos y los medios de impugnación son aquellas acciones que competen a las partes para oponerse a irregularidades, ilegalidades e injusticias en los actos procesales emitidos por los jueces o demás auxiliares de la función judicial, con el fin de que los defectos de dichas providencias puedan ser saneados acorde a Derecho.

CAPITULO II

TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN

2.1. Fundamento

La posibilidad que tiene las partes de impugnar o de recurrir constituye una acción de fiscalización sobre los actos procesales que persigue el acierto en las decisiones judiciales. Ahora bien existen autores que consideran que la facultad que tienen las partes para impugnar, viene dada por la propia naturaleza del ser humano, tal como lo expresa Vescovi al citar a Bentham quien manifiesta “Que el hijo menor tiende a recurrir a la autoridad del padre contra las órdenes del hijo mayor, o los hijos en general a los abuelos contra las injusticias del padre” (25). Tal situación es asimilable en el campo jurídico, la parte que se cree agraviada buscará acudir ante la misma autoridad o ante una superior con el objetivo de subsanar ese agravio, y así lograr el perfeccionamiento y la correcta administración de justicia, ahí encontramos el fundamento de la impugnación en la necesidad de pedir un nuevo juzgamiento de la situación para subsanar todos los errores que se hubieren cometido en aras de lograr la correcta administración de justicia, esto en definitiva es lo que se conoce como el principio de doble instancia que no es más que la posibilidad de recurrir ante un órgano superior que es quien tiene la última palabra para decidir el juicio. Por lo manifestado resulta del todo lógico que las decisiones del órgano jurisdiccional sean susceptibles de un medio de impugnación, pues la ausencia de estos mecanismos como

remedios a las equivocaciones o irregularidades en las decisiones de los jueces es del todo contraria a la justicia y al derecho.

Como fundamento de la impugnación conviene destacar dos posibles circunstancias en las que se basa dicha actividad impugnativa. La primera de ellas es que dentro de la relación jurídico procesal, los diferentes sujetos tienen que enmarcar sus actuaciones dentro de ciertos límites establecidos por la ley, en tanto y en cuanto estas le permitan o les prohíban realizar sus diferentes actos, de tal manera que las actuaciones de los jueces como de las partes procesales no quedan al libre arbitrio, es más cada uno de los sujetos procesales puede seguir y controlar la actuación de los otros, lo que en suma es el principio de contradicción; es por esta razón que las partes también controlan las resoluciones de los jueces para cerciorarse que estas se enmarquen dentro de la ley y de no ser así oponerse a través de los medios de impugnación. La segunda circunstancia radica en que partiendo de que los pronunciamientos y las resoluciones judiciales son obras humanas y como tales, susceptibles de errores, ya sea de buena o mala fe, entonces la ley considerando esta posibilidad de error ha establecido los medios de impugnación o recursos, que son mecanismos que la ley concede a los ciudadanos a efecto de posibilitar la revisión de los pronunciamientos judiciales en aras de consultar el acierto, y con el objeto de buscar la certeza, y como consecuencia el pronunciamiento que se impugna quede confirmado, revocado, o reformado. Incluso en algunos casos las resoluciones puede que no consagren ningún error, sin embargo las partes pueden considerar de que si existe un error de parte del representante del órgano jurisdiccional. Sea como fuere, en cualquiera de estas dos posibilidades las partes tienen la facultad de impugnar, ejercitando el derecho a interponer los recursos que la ley reconoce.

Los recursos como ya se mencionó constituyen medios de revisión, y como tales son aplicables en la medida en que se presenten dos de los siguientes motivos: el *error in procedendo* y *error in iudicando*, los primeros atañen a una inobservancia de las normas relativas al proceso y los otros, aquellos que consisten en una violación a la ley, en una aplicación inadecuada o en su falta de aplicación, en síntesis los primeros son de forma y los segundos de fondo, analizaremos con detenimiento cada uno de ellos más adelante. Frente a estos dos posibles vicios las partes pueden fundamentar sus recursos; considerando que estos no son mecanismos para subsanar los errores a cargo de la parte, pues son mecanismos para subsanar errores pero que los ejecuta el juez, por iniciativa de parte.

En definitiva el fundamento de los medios de impugnación radica en la necesidad de corrección de los vicios e irregularidades en los actos procesales, en el aseguramiento de las correctas decisiones judiciales y por ende en una aspiración de verdadera justicia; por lo tanto como expresa Enrique Vescovi “Cuando las partes dirigen su actividad en procura de la corrección o eliminación jurisdiccional del posible defecto o injusticia del acto cumplido, hacen valer un poder de impugnación” (13).

2.2 El Derecho de Recurrir

Conforme se ha analizado, los medios de impugnación y los recursos son una forma de evitar la vigencia y efectividad de una determinada providencia judicial; el ejercicio de dichos mecanismos a cargo de las partes intervinientes en el proceso es considerado como un derecho que emana de la propia relación jurídico procesal, y cuya naturaleza, aunque resulte redundante y según afirma Echandía es “estrictamente procesal”(665). Este autor

considera que el derecho a recurrir a través de los recursos, es un derecho subjetivo y abstracto a la vez; subjetivo porque no se producirá revisión alguna de un acto procesal si no se ha interpuesto en debida forma una impugnación o recurso por la parte agraviada para que se subsanen los errores cometidos; y se lo califica como un derecho abstracto, ya que a través del recurso propuesto no existe la garantía de que el fallo posterior resulte favorable para el recurrente, de lo que sí existe certeza es que habrá una revisión del acto impugnado; y por último constituye una carga procesal, pues no existe el deber o la obligación de recurrir, sin embargo el no ejercer este derecho daría lugar a un pronunciamiento equivocado, a una sentencia ejecutoriada con cosa juzgada errada, que por ende causaría perjuicios que serían imposibles de subsanar.

Este derecho a recurrir se encuentra íntimamente ligado al perjuicio ocasionado con un acto procesal, debido a que será la parte que sufra este agravio quien tenga el derecho a impugnar dicha providencia judicial, considerándose también como partes de un proceso a quienes han sido incorporados a la relación procesal de manera voluntaria o forzosa. El aspecto fundamental para que alguna de las partes pueda ejercer el derecho a recurrir dependerá directamente de que haya sido víctima de un perjuicio material o moral con la providencia judicial que se pretende impugnar, ya que como señala Alsina “así como el interés es la medida de la acción, el agravio es la medida en el recurso” (605).

Los recursos son por lo tanto actos procesales de ejercicio propio de las partes en la medida que estas sufran algún detrimento a sus intereses, por lo tanto más que ser una obligación es la oportunidad que estas tienen para poder reivindicar cualquier error cometido.

2.3 Presupuestos de la Impugnación

La acción de impugnar surge como ya se vio, ante la posibilidad de perjuicios a los intereses de las partes, esos agravios son causados por los errores en los que incurren los jueces a la hora de emitir sus providencias, dichos errores pueden alterar la forma o estructura externa o también el fondo o contenido de un acto procesal. La impugnación nace entonces como un remedio a estos errores con el objeto de evitar que estos se traduzcan en gravámenes para las partes.

A más del error existen otros supuestos que los medios de impugnación demandan para su ejecución, analizaremos aquellos que son generales y requeridos por todos los recursos los cuales están divididos en presupuestos subjetivos y objetivos de acuerdo a su naturaleza. Entre los presupuestos subjetivos tenemos: el agravio y las partes; y en los objetivos encontramos: el acto procesal y las formalidades.

2.3.1 Error *In iudicando* e *In procedendo*

En el campo procesal se puede hablar de dos tipos de error en los que incurren básicamente los jueces: *In iudicando* e *In procedendo*. Anteriormente hicimos una breve referencia a estos, sin embargo es preciso analizarlos de forma más detenida.

El error *In iudicando*, guarda relación con la apreciación de la norma jurídica sustantiva aplicable al caso, y el error *In procedendo* se refiere a la tramitación del proceso. Al respecto Enrique Vescovi expresa:

Error *in iudicando* es un error sobre el fondo o contenido y consiste normalmente en una violación a la ley desaplicándola o aplicándola erróneamente. Dicho en otros términos, el *error in iudicando* puede consistir sea en la aplicación de una ley inaplicable, la no aplicación de la que fuera aplicable, o en la errónea aplicación de

ella. Error *in procedendo* en cambio es la desviación de los medios que señala el derecho procesal para la dilucidación del proceso (37).

Entonces, el error *in iudicando* hace incurrir al juez en la expedición de una providencia injusta, mientras que el error *in procedendo* afecta a la validez de la providencia ocasionando la nulidad del acto o del proceso parcial o totalmente, el error *in iudicando* representa una sentencia injusta cuyo resultado se conoce como agravios, mientras que el error *in procedendo* producirá una sentencia carente de validez cuyo resultado será la nulidad.

Por otro lado, hay quienes afirman que esta distinción no existe, sino que se trata de un solo tipo de error, el error que ataca al procedimiento, basándose en que una sentencia es injusta no por la errónea aplicación de determinada ley sustantiva sino porque el juez no ha aplicado de forma correcta las normas procesales, las cuales ordenan juzgar conforme a Derecho, y esta violación a las leyes que regulan los procesos lleva a una errónea aplicación de la ley sustancial. Sin embargo, es del todo clara la diferencia que existe entre la forma y el fondo de un acto procesal, en las leyes que regulan cada uno de estos aspectos y por lo tanto en los efectos que la aplicación y violación de las mismas ocasionaría. Las normas relacionadas a la forma de un acto tienen que ver específicamente con la validez del mismo, y las que hacen referencia al contenido de los actos tienen que ver concretamente con que una providencia sea justa o de lo contrario injusta; frente a ello pueden darse las más variadas circunstancias, por ejemplo puede suceder que una sentencia sea totalmente válida, ya que para ser dictada se observó todas las reglas que regulan la forma de los actos procesales, pero en detrimento de ello al elegir la ley aplicable el juez no valoró de manera apropiada el caso y optó por aplicar una norma equivocada, en esta caso estaremos frente a

un acto formalmente valido pero cuyo contenido sustancial es injusto. Con lo mencionado pretendo significar que la división entre error *in iudicando* e *in procedendo* es clave dentro de los procesos, no en vano la mayoría de autores y legislaciones concuerdan con tal distinción e incluso regulan de manera diferente la subsanación de estos vicios con diversos tipos de recursos dependiendo del error cometido.

En una pequeña síntesis, y como sostiene Couture, se puede afirmar que el error *in iudicando* siempre está relacionado a los agravios causados y el error *in procedendo* a la nulidad de la providencia (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 346).

2.3.2. El Agravio

El agravio está estrechamente relacionado con el presupuesto de la impugnación ya analizado, el error; es más, para ser exacta los perjuicios a los intereses de las partes son una causa de los errores o vicios que el juez haya cometido en su labor de administrar justicia. Si hemos dicho en reiteradas ocasiones, que la impugnación y los recursos pretenden remediar las posibles injusticias que los actos procesales pueden causar a los litisconsortes, resulta obvio pensar que estas injusticias se ven reflejadas en los detrimentos o perjuicios que sufren las pretensiones de las partes.

Por lo tanto, los agravios vienen a ser un requerimiento indispensable para que se puedan ejercer los recursos, debe existir como resultado del acto que se pretende impugnar un claro menoscabo a los pretensiones de las partes planteadas en litigio; lo que importa entonces es el resultado del acto impugnado y sus efectos que deben traducirse en un claro perjuicio, mas no interesa que la fundamentación jurídica de la resolución sea otra y no la esperada por las partes, como dice Vescovi “no se equipara el interés, de ordinario, con la teórica exactitud jurídica de la decisión. Salvo que dicho contenido jurídico pueda luego aparejar

una consecuencia perjudicial al impugnante” (41). Es decir, se podrá impugnar una providencia cuando su efecto concreto menoscabe las expectativas del impugnante, de lo contrario si la resolución es favorable a las partes y sin embargo la motivación jurídica no es la adecuada, no cabrá recurso alguno; a no ser como afirma el autor uruguayo citado, que la fundamentación realizada represente en lo posterior algún inconveniente al impugnante.

2.3.3. Las Partes

Al ser la impugnación un acto de naturaleza procesal, es evidente que quienes lo ejerzan sean los sujetos procesales, y dentro de estos específicamente los litisconsortes ya que al tratarse de providencias emanadas de los jueces, es a las partes a quienes les compete impugnarlas más aún porque son ellos sobre quienes recaen los perjuicios ocasionados por la irregularidad de determinado acto procesal.

Las partes para proponer un recurso deben sin embargo reunir ciertos requisitos, como la capacidad y la legitimación, en cuanto a la capacidad esta se circunscribe a las reglas generales de la capacidad y en lo que concierne a la legitimación podemos decir que estará legitimado para impugnar la persona que tenga verdadero interés en la corrección del acto procesal, es decir la parte que ha recibido un agravio a sus intereses de manera directa, así mismo de forma excepcional terceros podrán proponer un recurso cuando hayan sido afectados por una providencia y prueben un interés legítimo en la revisión de dicho acto procesal.

2.3.4. El Acto Procesal

La impugnación busca la revisión de una providencia judicial, la cual como ya se estudió es un acto procesal, por lo tanto estos actos constituyen el objeto mismo sobre el cual se centra

la impugnación y son a la vez imprescindibles para que se ejerzan los recursos. Considerando que los actos procesales pueden ser de diferente estructura, así mismo la impugnación variará de acuerdo al acto y a las pretensiones de las partes; es así, que frente a un acto formado por varias partes como la sentencia, que se encuentra integrada por una parte expositiva, considerativa y otra resolutive, la impugnación podrá ser solamente contra una o dos de estas partes en tal caso se hablara de una impugnación parcial, y cuando la impugnación ataque a todo el acto en sí entonces podemos decir que se trata de una impugnación total a la sentencia.

Pero esta categorización entre parcial y total de la impugnación y los recursos, también se basa en un aspecto subjetivo, que dependerá de quienes propongan el recurso en virtud de si fueron o no afectados con el acto procesal; de esta manera puede suceder que sean todos los litisconsortes quienes propongan la impugnación en cuyo caso esta será total; y será parcial cuando sea solo una de las partes, o dentro de esta alguno de sus integrantes, quien realice la impugnación del acto.

Como regla general la impugnación es total, empero en la mayoría de legislaciones existe la posibilidad de la impugnación parcial, tomando en cuenta los aspectos objetivos y subjetivos ya explicados.

2.3.5. Formalidades

Como sabemos la generalidad de actos dentro del Derecho requieren cumplir ciertas formalidades para que tengan plena validez, lo mismo sucede con la impugnación y los recursos en general los cuales para ser aceptados por la autoridad competente deben contemplar algunas solemnidades, como el plazo por citar un ejemplo.

A pesar de que las formalidades son básicas y necesarias en los actos procesales, es preciso a la vez recordar el principio procesal que sostiene que “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de solemnidades no esenciales”, el mismo que se encuentra previsto en el artículo 1009 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano donde se señala, en síntesis: que los jueces aplicarán el criterio judicial cuando sea necesario, con tal de no sacrificar los intereses de la justicia por solo la falta de formalidades legales; principio que es ratificado en la carta magna de nuestro país en su artículo 169 de la Constitución que en su parte final establece: No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. Con la vigencia de este principio, se establece una cierta salvedad en el cumplimiento de solemnidades, ya que si bien son consideradas como indispensables, la misma doctrina y el derecho positivo de manera acertada han previsto que estas formalidades no pueden retardar ni menoscabar la administración de justicia, lo cual rige también dentro de los medios de impugnación. Mas, conviene considerar que el principio citado habla sobre “formalidades no esenciales” y en nuestra ley no se les da esta calificación, se habla simplemente de “formalidades” lo cual deja abierta una mayor posibilidad a los jueces y a las partes, aunque lo que rige en realidad es lo primero, ya que si se trata de una solemnidad sustancial como lo es el cumplimiento del plazo para la presentación de un recurso, puedo afirmar con toda seguridad que de faltarse a este requisito, el recurso no será admitido.

Dentro del campo de los medios de impugnación, así mismo se aplica el principio que la doctrina ha denominado como: principio de fungibilidad o canjeabilidad, que se encuentra relacionado hasta cierto punto al cumplimiento de formalidades y que específicamente permite a las partes que de forma errónea han propuesto un recurso con la intención verdadera de proponer otro, cambiar el recurso propuesto por el pertinente, para que tal sustitución pueda ser admitida las partes deben haber errado de buena fe.

A pesar de las excepciones existentes, la regla general es que los actos procesales están sujetos a formalidades, y por tal razón los medios de impugnación y los recursos también lo están, solemnidades que es necesario cumplir para que los recursos puedan proceder.

2.4. El Objetivo de la Impugnación

Los recursos llevan implícita la inconformidad del recurrente respecto de determinada resolución judicial, las cuales son el resultado de la indebida o falta de aplicación del Derecho, o con las normas de procedimiento. Consecuentemente el recurrente al plantear un recurso persigue que la misma autoridad que emitió el pronunciamiento o su superior, corrija, rectifique, reforme, revoque o anule ese pronunciamiento motivo del recurso, para que de esta manera se superen los agravios causados. Sin embargo, si bien este es el objeto de los recursos, es preciso resaltar que no es menos cierto que en muchas ocasiones el recurso no tiene razón de ser, en cuyo caso el juez no tendrá que dar la razón al recurrente, y simplemente el pronunciamiento deberá ser confirmado y el proceso deberá continuar en su orden normal. Por otra parte hay que decir que si en principio el objeto del recurso es el que se mencionó en líneas anteriores y que es del todo lógico, esto es que se subsane el error cometido, existen ocasiones en que el recurrente impugna determinado pronunciamiento con el único objetivo de dilatar y entorpecer la marcha del juicio y más no para que se subsane un perjuicio, con el objeto de evitar estas situaciones la ley expresamente prohíbe ciertas circunstancias que pueden atentar el uso adecuado de los medios de impugnación a través de su manejo doloso o que pretenda alterar el desenvolvimiento normal del proceso.

2.5. Efectos de la Impugnación

Vescovi afirma que la consecuencia natural de la Impugnación consiste de manera esencial en un efecto devolutivo, puesto que siempre que se interponga un recurso o algún medio de impugnación se pretende refutar un acto jurídico procesal para lo cual es preciso instar a una autoridad jerárquicamente superior para que realice la revisión de dicha providencia judicial, mientras tanto la resolución impugnada se cumplirá hasta que se dicte otra en su lugar; pero si bien es cierto que este es su efecto principal no es el único, también encontramos el efecto suspensivo y extensivo, que analizaremos en seguida.

2.5.1. Efecto Devolutivo

Los orígenes de este efecto se remontan al Derecho Canónico, puesto que antes de este solo se hablaba del efecto suspensivo de los recursos. El efecto devolutivo implica que la revisión del acto impugnado se realice por un juez superior o como se lo denomina en la doctrina *tribunal ad quem*, es así que el *tribunal a quo* o juez de primera instancia entregará la jurisdicción a su superior para que se dicte una resolución frente al acto impugnado; cabe recalcar que la resolución que ha sido objeto de impugnación o de recurso se cumplirá momentáneamente hasta que se emita una nueva rectificando o ratificando la primera. Son dos entonces las características que diferencian al efecto devolutivo de los otros, la autoridad superior que resuelve sobre el recurso y otra muy importante, el cumplimiento de la resolución impugnada de forma provisional hasta la emisión de una nueva, aunque en algunos casos para ello se requiera entregar cierta garantía con el fin de resarcir los daños que se pudiesen causar con la ejecución de dicha resolución.

El efecto devolutivo, sin embargo no es una consecuencia general a todos los recursos, ya que como se estudiará oportunamente existen algunos que son resueltos por la misma

autoridad que emitió el acto jurídico procesal materia de objeción o puede suceder también que mientras se resuelve el recurso propuesto la resolución impugnada no se cumpla, en cuyo caso estaremos frente a otro tipo de efecto.

2.5.2. Efecto Suspensivo

Antes del surgimiento del Derecho Canónico, la regla general era que la presentación de un recurso suspenda el cumplimiento de la providencia judicial impugnada hasta que en su lugar se haya emitido una nueva resolución; ello nos muestra como el efecto suspensivo ha sido la consecuencia preponderante a la impugnación a través de la historia, sin impedir que luego hayan surgido otras posibilidades que al igual han tenido gran aceptación por las legislaciones.

“El efecto suspensivo significa que el acto impugnado no puede ejecutarse, que queda suspenso al ser denunciado por ilicitud” (Vescovi 57), hay quienes consideran que la esencia misma de la impugnación es esta suspensión, ya que si se trata de revisar un acto procesal lo más normal sería que los efectos de este no se ejecutarán hasta que una nueva resolución sea dictaminada por la autoridad competente, empero como ya mencione, esta no es la única posibilidad aunque pueda ser la más coherente todo dependerá del recurso propuesto.

La suspensión se dará frente al acto que se está impugnando de manera concreta, es decir que la suspensión no operara para los demás actos del proceso, los cuales podrán ejecutarse con normalidad, a excepción del acto impugnado.

2.5.3. Efecto Extensivo

El efecto extensivo de los recursos hace referencia a que las consecuencias de los recursos se extienden a la parte que no realizó la impugnación, es decir los resultados favorecen también a la parte que no participó del acto impugnativo, pero que por encontrarse en situación idéntica puede alcanzar los beneficios de la misma forma.

Este efecto suele ser cuestionado ya que hay quienes creen que va en contra del principio de la personalidad del acto impugnativo que establece que la parte que tiene interés en resarcir un error cometido en un acto jurídico procesal puede objetar el mismo con el fin de evitar posibles perjuicios, para ello propone tal revisión del acto y por ende será esta la parte favorecida con la nueva resolución. Frente a ello el efecto extensivo, establece que cuando la relación entre las partes es inescindible la parte no impugnante podrá acogerse a los beneficios que resulten del acto impugnativo realizado por otro litisconsorte, basándose esta teoría en el principio de la acumulación subjetiva u objetiva dentro una causa. Si en una primera instancia se admite que una causa se juzgue de forma conjunta y se resuelva por una sola sentencia, por qué no se podría admitir que ello sea similar en una segunda o ulterior instancia, más aún cuando existen intereses similares en juego.

Entre el principio de la personalidad y el efecto extensivo, la regla general es el primero, más cuando existe conexión entre los litisconsortes o acumulación objetiva en el proceso se aplicará el efecto extensivo pero recalco, siempre que haya entre estos una situación similar o inescindible.

En nuestro ordenamiento jurídico se contemplan únicamente el efecto devolutivo y suspensivo, y por lo contrario el efecto extensivo no es considerado como consecuencia de

la interposición de recursos, es así que el Código de Procedimiento Civil ordena respecto a la apelación:

Art. 331.- “La apelación se puede conceder tanto en el efecto devolutivo como en el suspensivo, o solamente en aquél.

Si se concediere en ambos efectos, no se ejecutará la providencia de que se hubiere apelado; y si se concediere sólo en el efecto devolutivo, no se suspenderá la competencia del juez, ni el progreso de la causa, ni la ejecución del decreto, auto o sentencia...”

Art. 332.- “Se concederá el recurso en ambos efectos en todos los casos en que la ley no lo limite al devolutivo”.

Ello se aplica por analogía a otros medios de impugnación, de tal manera que queda claro que los recursos se pueden conceder en ambos efectos, suspensivo y devolutivo, a menos que, de acuerdo al último artículo citado, el efecto devolutivo haya sido restringido por la propia ley; en los casos en que se haya concedido en ambos efectos, cabe recalcar que prevalecerá el suspensivo, ya que al tenor de lo que la misma ley señala, en aquella situación no se dará cumplimiento a la resolución recurrida, lo cual en otras palabras no es más que la consecuencia lógica del efecto suspensivo. Es necesario realizar esta acotación, ya que al ser el efecto suspensivo y devolutivo, conceptos antagónicos, no es posible su aplicación simultánea, sino uno a la vez. Por todo lo explicado, al contrario del criterio de Enrique Vescovi que se transcribió al iniciar el tema de los efectos de la impugnación, quien sostiene que el efecto predominante de los recursos es el devolutivo, se puede

sostener que en nuestro sistema no sucede lo mismo y más bien predomina el efecto suspensivo y para nada se menciona el efecto extensivo.

2.6. Clasificación de los Recursos

Respecto de los recursos se han dado diversas clasificaciones, sin embargo creo que las mas claras y objetivas, y además las que reconoce nuestra ley es la que los clasifica a los recursos en ordinarios y extraordinarios; y en recursos horizontales y verticales.

2.6.1 Recursos Ordinarios y Extraordinarios

Los primeros son aquellos que son propuestos con mayor normalidad y así mismos son aceptados con mayor facilidad; mientras que los extraordinarios por el contrario y como su nombre lo indica, proceden de manera excepcional y son admisibles solo bajo ciertas circunstancias. Esta es la principal clasificación que existe entre los recursos, considerando que estos son a su vez una clase de los medios de impugnación, junto con las excepciones, la oposición incidental, y otros actos que pueden llegar a considerarse como mecanismo de impugnación de acuerdo a su utilización, sin embargo entre todos estos los más utilizados son los recursos, por ello conviene darles un mayor análisis partiendo para ello de su división.

Lo recursos ordinarios, conforme a lo que ya mencionamos son aquellos que se ejecutan de forma regular a los agravios en general para reparar cualquier irregularidad procesal además que no se presentan dificultades para su admisión, como si ocurre en los recurso extraordinarios que tienen un carácter más restrictivo y deben necesariamente estar enmarcados en los motivos que la ley determina; otra diferencia básica es la que se refiere al campo de resolución del tribunal *ad quem*, en el caso de los recursos ordinarios el

tribunal al resolver tiene mayor amplitud y en los extraordinarios la resolución debe limitarse únicamente a las circunstancias que han dado origen al recurso.

2.6.2. Recursos Horizontales

Son aquellos que posibilitan la revisión del pronunciamiento judicial por parte del mismo juez que expidió la providencia impugnada, y estos son la aclaración, ampliación y revocatoria. Partiendo del sentido gramatical de las expresiones, la aclaración busca precisar o esclarecer lo contradictorio, lo obscuro o lo que está confuso; mientras que se debe ampliar aquello que está reducido o incompleto, y la revocatoria o reforma implica modificar, rehacer una disposición judicial.

Los recursos horizontales pueden plantearse de forma individual o conjunta, excluyéndose la posibilidad de que puedan plantearse uno después de otro, pues los límites que separan los recursos uno de otro son tan sutiles que es posible que se subsuman todos en uno así por ejemplo al plantearse una revocatoria implícitamente esta puede conllevar a que se amplíe o se aclare la providencia judicial impugnada. Al plantearse cada uno de estos recursos el recurrente deberá indicar concretamente la parte que se impugna, es decir: lo obscuro, lo incompleto o lo que se pretende que se modifique, respecto de la providencia, pues no basta la simple invocación del recurso.

Por último se debe aclarar que dentro de nuestra legislación la revocatoria por parte del mismo juez que dictó la providencia solo es aceptada en los autos y decretos, y se encuentra terminantemente prohibida la aplicación de este recurso a las sentencias ya que en este caso de acuerdo a lo que la ley establece es competencia de las cortes provinciales como efecto jurídico procesal del recurso de apelación, que analizaremos oportunamente.

2.6.3. Recursos Verticales

Estos recursos son los que posibilitan la revisión del pronunciamiento judicial por parte de otro órgano jurisdiccional jerárquicamente superior al que expidió la providencia impugnada. El Código de Procedimiento Civil en el art. 320 manifiesta “La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso”, por ello los recursos verticales en nuestro sistema procesal son el de apelación, y el de hecho que son a la vez recursos ordinarios debido a que se dan dentro de la misma contienda judicial; y recurso de casación que es también un recurso vertical pero de carácter extraordinario, puesto que se da fuera de la litis pero dentro del mismo proceso.

CAPITULO III

RECURSOS HORIZONTALES

Aspectos Generales

3.1. Noción

Las providencias judiciales no siempre son perfectas, en ocasiones suele suceder que los jueces al resolver no contemplan la totalidad de lo que es materia del litigio, no se expresan de forma diáfana en sus resoluciones e incluso los actos procesales pueden presentar errores de tipo formal o sustancial. Para dar solución a estos posibles defectos manifestados en los actos procesales de la administración de justicia contamos con algunas herramientas, en este caso concreto nos referimos a los *recursos horizontales* que son los mecanismos que permiten subsanar las faltas cometidas por los jueces en las providencias judiciales a través de la revisión de dichas resoluciones por el mismo órgano que las emitió, esto conlleva que los recursos sean propuestos, conocidos y resueltos dentro de la misma instancia y por el mismo juez que en efecto dictó la providencia materia de la impugnación, quien tendrá la facultad de subsanar las deficiencias materiales que estas contengan y en los casos que la ley lo permita.

El principal aspecto que marca la diferencia entre los recursos horizontales y verticales, radica en el órgano competente para conocer la impugnación con la que se pretende refutar una providencia judicial, en el primer caso como ya se ha dicho es el mismo órgano que dictó la resolución quien realizará la revisión y terminará resolviendo, de ahí su nombre horizontal porque el recurso no se eleva a otra autoridad; por el contrario en los recursos

verticales, tal como su denominación lo sugiere, el órgano competente para la revisión será el jerárquicamente superior.

3.2. Antecedentes

Los recursos en general, y específicamente los recursos horizontales no surgen sino hasta la Edad Media en la Ley de Partidas.

En el Derecho Romano las providencias y resoluciones de los jueces no podían ser revisadas ni corregidas, ya que éstas eran consideradas como infalibles y por ello no podían ser objeto de ninguna impugnación, de forma gradual esta inapelabilidad a las providencias judiciales fue perdiendo rigidez para dar paso a la aparición de los recursos, que permitían a los litisconsortes solicitar una revisión a las providencia judiciales que ellos consideraban contenían irregularidades. A decir de Cecilia Kandus el impulso para que las sentencia vayan perdiendo tal rigidez y pudieran ser modificadas se debe al cambio en la forma de concebir a la cosas juzgada desde la Republica Romana hasta la Edad Media, como sostiene la autora “Mientras que para la mentalidad pragmática de los romanos era inconcebible juzgar dos veces la misma Litis, durante la Edad Media la función del juez era la indagación gramatical de la ley y la cosa juzgada” (57). La función del juez en la Edad Media consistía en encuadrar el caso real a la ley y de esta forma resolver explicando porque la aplicación de las normas.

A ello también debe sumarse el hecho de que poco a poco la divinización del juez y de las sentencias fue perdiendo valor en la sociedad, lo cual permitía que las resoluciones judiciales sean cada vez más consideradas como un producto humano y por lo tanto como

actos susceptibles de errores; de esta manera se fue accediendo a la posibilidad de que las resoluciones sean enmendadas por los jueces a petición de parte o de oficio, frente a fallas de carácter formal o sustancial que afecten el sentido y alcance de las decisiones judiciales.

3.3. Naturaleza Jurídica

Respecto de la naturaleza jurídica de los recursos horizontales, no existe unanimidad de criterios, encontramos juristas que creen que más que recursos, la ampliación, aclaración y revocatoria constituyen incidentes del proceso, sin embargo de que otros afirmen que estos constituyen verdaderos recursos.

Podemos citar a Couture, Podetti e Ibañez, como defensores de la teoría que alinea a estas herramientas de impugnación como recursos, partiendo de la función que estos cumplen y basándose en el concepto amplio que a lo largo del tiempo se ha dado al término *recurso*. Mientras de forma contraria autores como Carnelutti, Clariá Olmedo y Tarigo, basándose en el hecho de que la aclaración y ampliación, no buscan la sustitución de la providencia judicial por una nueva sino tan solo subsanar un error cometido en la misma, han llegado a sostener que no pueden considerarse como recursos, sino tan solo como meros incidentes procesales en la formación de la sentencia.

El problema de la naturaleza jurídica de estos mecanismos procesales, dependerá del alcance que tenga la definición del término recurso para así poder saber qué mecanismos pueden considerarse parte de estos. A mi criterio, la naturaleza jurídica de los recursos horizontales se acopla a la de los recursos, debido a que su finalidad es buscar la revisión de una providencia judicial y su aplicación implica por pequeña o grande que sea una

alteración a tal resolución, lo cual se traduce en una modificación que aunque no lo sea de carácter sustancial, no deja de variar el contenido de la resolución, ya sea abarcando aspectos no considerados previamente, explicando algo no expresado de forma diáfana o aboliendo alguna irregularidad. Cada una de estas circunstancias concuerda con la definición de recursos que consiste en el medio que poseen las partes para hacer posible la subsanación de una deficiencia reflejada en una providencia judicial.

3.4. Procedencia

En cuanto a la procedencia de los recursos horizontales conviene analizarla por separado, ya que no existen las mismas condiciones para todos los recursos. Es así que en el caso de los recursos de ampliación y aclaración estos proceden frente a toda resolución, inclusive contra aquellas que la ley califica como irrecurribles e inapelables, en cualquiera de las instancias de un proceso.

En el caso del recurso de aclaratoria, será pertinente su aplicación cuando se busque enmendar errores de tipo material o aclarar conceptos oscuros contenidos en una resolución judicial. Al hablar de errores materiales se hace referencia a las deficiencias en la forma de expresar una idea lo cual puede cambiar el sentido de lo que se pretendía mencionar, puede ser también una posible incongruencia entre la decisión y la motivación, dentro de los errores materiales se encuentran así mismos los errores de cálculo, numéricos, equivocaciones en cuanto a los nombres de las partes, etc.; los conceptos oscuros en cambio tienen que ver con la utilización de un vocabulario confuso o con aquellas expresiones que no han sido expuestas de forma diáfana, de tal manera que se puedan

prestar para una interpretación contraria a otros fundamentos manifestados en la misma resolución.

La ampliación, por otro lado es procedente cuando la parte impugnante pretende subsanar cualquier omisión que la resolución contenga, dicha omisión consiste en pasar por alto o no considerar, alguna pretensión o aspectos fundamentales en la sustanciación de la causa que necesariamente debían ser tomados en cuenta dentro de la resolución, y cuya desatención causa a las partes un detrimento a sus intereses.

En lo que respecta al recurso de revocatoria, la situación es diferente, ya que en este caso no se puede hablar de que todo tipo de resoluciones son impugnables a través de este mecanismo, lo son solamente los autos y decretos de trámite, de sustanciación o interlocutorios simples, es decir aquellos destinados nada más que al impulso procesal. Con las sentencias o autos interlocutorios definitivos no sucede lo mismo debido a que legalmente se encuentra prohibido al juez que la dictó revocarla o modificar su contenido o sentido, excepto lo que concierne a la ampliación y aclaración. En cuanto a la revocatoria de la sentencia, solo se admite tal posibilidad al juez jerárquicamente superior, en cuyo caso estamos frente a lo que se conoce como apelación.

3.5. Límites

Los recursos horizontales están sujetos a ciertas limitaciones en su aplicación, de tal manera que cuando se ha solicitado la aclaración o ampliación de una providencia judicial hay que tener en cuenta que la decisión del juez manifestada en tal resolución no será alterada en su sentido sustancial.

Respecto a la aclaración, el impedimento de introducir modificaciones de carácter sustancial es aún más estricto, ya que con dicho recurso se pretende aclarar un concepto obscuro y por lo tanto esta explicación no puede cambiar el propósito o sentido de la decisión judicial. Es decir, que no se puede modificar la carga ideológica que ha motivado la resolución del juez y por ende la decisión inmersa en aquella, so pretexto de precisar o esclarecer aquellos que no ha sido expresado de forma apropiada o que su contexto ha resultado ambiguo para el entendimiento de las partes.

En el caso de la ampliación, la situación es muy similar, aunque el recurso procura que se consideren aquellas pretensiones no contempladas en la resolución, ello no conlleva que se debe alterar la voluntad del juzgador declarada en la resolución, las modificaciones que se realicen se deben limitar a contemplar los aspectos que de forma oportuna no se lo hizo, sin que con ellos se cambie el sentido sustancial de la resolución.

La revocatoria al tener una finalidad diferente como es la de dejar sin efecto una situación jurídica concreta por existir un yerro dentro de tal resolución, no se le puede aplicar la misma limitación que a los 2 anteriores recursos, en este caso el límite para la revocatoria está relacionado con su aplicación que como quedó advertido en líneas preliminares solo será admitida en los autos y decretos mas no en los autos con fuerza definitiva como la sentencia.

3.6. Competencia

Desde el punto de vista jurídico el término competencia es sinónimo de potestad, incumbencia o idoneidad, y se puede definir como la capacidad de una autoridad para

conocer sobre determinado asunto. Para una mejor comprensión de lo que significa competencia es preciso analizar paralelamente a la jurisdicción, que consiste en la potestad que tiene el estado para administrar justicia a través del órgano jurisdiccional y con plena sujeción a la ley. Con respecto a estos dos conceptos el Código de Procedimiento Civil, señala:

“La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.

Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.”

De forma similar se definen estos conceptos jurídicos en el Código Orgánico de la Función Judicial; en base a ello, se puede afirmar entonces que la competencia establece los límites de la jurisdicción o en otras palabras, es el factor que restringe el campo de acción de la jurisdicción en base a diversos aspectos como la materia, el grado, etc. La jurisdicción es por lo tanto común a todo órgano encargado de administrar justicia, la tienen todos los jueces y tribunales, sin embargo estos no siempre serán competentes en todos los ámbitos del derecho, ya que la competencia estará circunscrita solamente a determinada materia, territorio, personas y grados, como lo señala nuestra legislación, cabe aquí recordar el criterio de Couture “La relación entre la jurisdicción y la competencia, es la relación que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción es el todo, la competencia es la parte: un fragmento de la jurisdicción” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil 29).

La competencia, vista como la facultad de ejercer jurisdicción, en nuestra legislación puede ser asignada a las cortes, jueces y tribunales en razón de la materia, del grado y de la persona en la forma como se establece en la propia ley; y en función del territorio de acuerdo a lo que determine el Consejo de la Judicatura, el cual es el órgano encargado de regular este aspecto.

Para el tema que nos compete, que es la competencia en cuanto a los recursos horizontales, debemos analizar lo referente a la competencia en razón de los grados, para así analizar quien será el órgano competente ante el cual se debe interponer este tipo de recursos. La competencia en función de los grados se relaciona con la jerarquía de los órganos que forman el aparato jurisdiccional, que en el caso de nuestro país se encuentra dividido en los juzgados de primera instancia, la segunda instancia conformada por las salas especializadas de las Cortes Provinciales, y las salas de la Corte Nacional; cada uno de estos ejerce sus funciones dentro del marco de las otras competencias.

Como se analizó en su momento los recursos horizontales llevan este nombre porque al interponerlos no es necesario que se eleven a otra autoridad superior, sino por el contrario, se los debe presentar ante el mismo juez que dictó la providencia judicial que se pretende impugnar, es decir el juez o tribunal competente para conocer sobre la aclaración, ampliación y revocatoria de los autos y decretos será el mismo juez que lo emitió o sea el juez de la misma instancia en donde se pronunció la providencia objeto de la impugnación.

3.7. Término de interposición y forma

El término con el que cuentan las partes para interponer cualquiera de los recursos horizontales se encuentra establecido en nuestro Código de Procedimiento Civil, el cual señala que se podrá solicitar la ampliación, aclaración o revocatoria de una providencia judicial dentro de los 3 días siguientes a la notificación.

En este punto cabe recordar la definición de *término* en su sentido jurídico, que consiste en el lapso de tiempo que decurre para el cumplimiento de diligencias procesales, mismo que puede ser emitido por el Juez o previamente establecido en la ley; sin embargo pese a ser esta su definición comúnmente surge una confusión con el plazo, en donde se asocia al término con el período de tiempo en el que se cuentan solamente los días hábiles y al plazo con aquel en donde se cuentan todos los días. Frente a esto, vale la pena recordar como el Código Civil en su artículo 1510 define al plazo “plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito...”, respecto a si en el plazo se incluyen o no los días hábiles, el mismo código menciona “En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aún los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues, en tal caso, no se contarán los feriados.”

El Código Civil no es del todo explícito en su definición, y al hablar de la forma en cómo se debe contabilizar el plazo, indica que se deben contar todos los días incluyéndose los no laborables o feriados, excepto cuando se señale expresamente que solo se contarán los días hábiles. Sin embargo, doctrinariamente la conceptualización de *término* está íntimamente relacionada al campo procesal, puesto que consiste como ya lo mencioné en el espacio de tiempo destinado a la práctica de actos procesales, independientemente de que se

consideren solamente los días hábiles o todos, ello dependerá de la diligencia de la cual se trate; el plazo, por otro lado es un concepto correspondiente al derecho civil y que se encuentra destinado, tal como se desprende de nuestro ordenamiento jurídico al cumplimiento de obligaciones.

Por último, se debe mencionar que la acepción *término* tal y como se utiliza en nuestra legislación generalmente implica considerar únicamente los días hábiles, aunque se puedan encontrar algunas excepciones a ello; en el caso específico de la interposición de recursos la expresión es utilizada en ese sentido, son 3 días de término período en el que no se contarán sábados, domingos y los feriados del calendario nacional.

Para hablar de la forma de interposición de los recursos horizontales, recordemos primero el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de nuestro país vigente desde el 2008 que señala que “la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”; por lo tanto el sistema vigente en nuestro país es el oral, de tal manera que lógicamente será válida la interposición de los recursos por esta vía, sin embargo hay que considerar que aunque sea esta la disposición constitucional la realidad es otra, y aun no podemos decir que contamos con un sistema netamente oral menos aún en el campo civil donde se pueden percibir las deficiencias de la aplicación de esta modalidad de sustanciación de los proceso, por ello generalmente la forma de recurrir las providencias judiciales es de manera escrita y se lo hace de forma verbal en los juicios orales cuando dentro de la audiencia se ha dictado alguna providencia y cuando la ley lo permita.

3.8. Actuación de oficio

Merece importancia analizar si la ampliación, aclaración y revocatoria operan de oficio o su aplicación se da únicamente a petición de parte. En las legislaciones actuales existen diversas tendencias, en algunas estos recursos solo se admiten a petición de parte y en otras se reconoce la facultad del juez para hacerlo de oficio.

En nuestro caso, el Código de Procedimiento Civil expresamente reconoce la posibilidad de aplicación de estos mecanismos de oficio por el juez pero exclusivamente en el caso de los decretos, de tal manera que concede a este el mismo término que se otorga a las partes para que se realice la aclaratoria, ampliación o revocatoria de los decretos cuando sea necesario, de acuerdo a como establece el artículo 290 “Los decretos pueden también aclararse, ampliarse, reformarse o revocarse, de oficio, dentro del mismo término”, refiriéndose al término en que las partes pueden impugnar una providencia, el cual es de tres días.

En el caso de los autos, la situación es diferente y más bien impera el principio dispositivo, por lo tanto será necesaria siempre la petición de la parte interesada para que cualquiera de estos recursos de carácter horizontal pueda interponerse.

La legislación procesal ecuatoriana tal como la argentina, aceptan la actuación de oficio por parte del juez en aquellas circunstancias que sea precisa la aplicación de cualquiera de los recursos horizontales respecto a los decretos, basándose en que ello consiste una verdadera obligación del juez tal como lo menciona Cecilia Beatriz Kandus “se trata de una facultad que se transforma en un verdadero deber cuando el juez advierte en forma palmaria la existencia de un vicio, pues se encuentra involucrados principios de dirección del proceso y economía procesal, en tanto se trata de señalar los defectos u omisiones de que adolezca la

resolución disponiendo de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades” (74); otros países que han adoptado una posición similar son: Cuba, Chile, Colombia, etc.

3.9. Aclaración

La aclaración como una especie de los recursos en general, es el que se encarga de subsanar las deficiencias que puedan presentarse en una providencia judicial, deficiencias que para ser recurridas vía aclaración deben ser de índole material y específicamente tratarse de expresiones ambiguas, conceptos oscuros o ideas no manifestadas de forma apropiada y entendible. Su finalidad es entonces, corregir los errores de los magistrados, otorgándoles a ellos mismos la facultad de enmendar las faltas cometidas ya sea a petición de parte como de oficio, cabe recalcar una vez más que quien cumpla con la aclaración será el mismo juez que formuló la providencia recurrida, quien mejor para explicar lo establecido en tal providencia que la persona que en base a una serie de criterios lógicos y fundamentados en derecho ha llegado a resolver de cierta manera, pero que pese a ello por razones involuntarias o voluntarias no ha llegado a hacerlo de forma tal que la resolución resulte clara y comprensible para las partes. Entonces la aclaración procede cuando el pronunciamiento judicial no resulta lo suficientemente explícito y por ello se presta a diversas interpretaciones, o podría dar lugar a confusiones.

El recurso de aclaratoria procede contra todo decreto, auto, y sentencia, en los que no se haya cumplido el requisito legal que tiene los jueces de resolver con suficiente claridad y

motivando sus decisiones, mismo que consta en el Art. 274 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.

3.10. Ampliación

La ampliación, por su parte ha sido concebida para corregir otro tipo de errores o más bien para suplir omisiones contenidas en las providencias judiciales; dichas omisiones se refieren a los casos en los que el juez en su resolución no ha considerado todas las pretensiones en conflicto o no se ha pronunciado en relación a uno o más aspectos fundamentales dentro del juicio.

En algunos países la ampliación es tratada como parte del recurso de aclaración, es decir que estos dos medios de impugnación y la revocatoria constituyen uno solo y operan bajo la denominación de *aclaración*; ello sucede por ejemplo en la legislación Argentina, mientras que en Uruguay se denomina a estos tres recursos como *aclaración y ampliación*, claro está que ambos casos se regulan las tres posibilidades. Sin embargo en nuestro país cada uno de estos constituye un recurso independiente y es regulado de tal forma.

Nuestro sistema procesal civil considera a la ampliación como aquel mecanismo que tiene lugar cuando una providencia no resuelve o no dispone acerca de todos los aspectos sobre los que debe hacerlo, es decir cuando en las resoluciones judiciales se ha omitido puntos importantes de la contienda legal. De igual manera que la aclaración, la ampliación procede contra todo decreto, auto, y sentencia; y definitivamente implica una modificación en la resolución ya que se corregirá la omisión incurrida analizando aquello que previamente no se lo hizo, tal alteración como es de imaginarse está sujeta a ciertos parámetros, los cuales

ya se analizaron al tratarse lo límites de los recurso horizontales que se resumen en que so pretexto de ampliar una resolución judicial no se puede cambiar la parte sustancial de la misma. Por esta razón, cabe considerar que no está permitido introducir una nueva cuestión que no ha sido planteada previamente en el litigio, menos aún omitir cualquiera de los aspectos tratados en la resolución y lógicamente tampoco existe la posibilidad de solicitar la aceptación de aquello que ha sido expresamente negado en la resolución incurrida, ni que se cambie la decisión contenida en la misma, así como su motivación.

3.11. Revocatoria

Uno de los presupuestos generales para la interposición de recursos es el agravio, y este caso no puede ser la excepción. La revocatoria busca la reconsideración de una providencia judicial por el mismo órgano que la dictó con el objeto de que esta decisión sea revocada en vista de que lleva implícita alguna deficiencia que al ejecutarse implicaría perjuicios para las partes.

A través de este recurso es posible solicitar al mismo órgano jurisdiccional que emitió la providencia impugnada la reconsideración de lo dispuesto por cuanto ello no corresponde a los autos y diligencias previas o no concuerda con las disposiciones de la ley, y consecuentemente que se deje sin efecto la resolución recurrida. La revocatoria es un medio de impugnación contra una providencia específica, esto quiere decir que no afecta al proceso en general, no ataca o no niega la validez de lo actuado dentro del mismo, sino se centra en que el pronunciamiento del juez que contenga insuficiencias que vayan en contra del derecho con el propósito de que este sea reformado o revocado.

La revocatoria procede a petición de parte o de oficio respecto de los decretos y autos interlocutorios simples o sea aquellos que se encargan de la sustanciación del proceso, y no respecto de los autos con fuerza definitiva o de las sentencias, pues así lo determina el mismo Código de Procedimiento Civil en su Art. 281 que textualmente dice “El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso..”; la revocatoria respecto a las sentencias opera a través de otro recurso de índole vertical el cual se analizará más adelante.

3.12. Nulidad

El recurso de Nulidad puede ser analizado como un recurso horizontal y también como un recurso de índole vertical, ello dependerá del acto que se recurra y por ende de la autoridad que lo conozca. Para comprender en que consiste la nulidad me permito citar lo que al respecto afirma Couture “es un medio de impugnación dado a la parte perjudicada por un error de procedimiento, para obtener su reparación” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil 372), o como sostiene Mabel De Los Santos “En todos los regímenes legales el recurso de nulidad tiene por finalidad reparar vicios de estructura de la resolución impugnada” (231), en la legislación ecuatoriana se define a la nulidad como el recurso que procede cuando se han omitido solemnidades sustanciales del proceso o se ha incurrido en una violación del trámite propio a la naturaleza de la contienda. Ahora bien partiendo de las definiciones de Couture y especialmente siguiendo la línea de Santos, se deduce que cabrá solicitar que se anule un acto procesal cuando las deficiencias que este contenga estén relacionadas a *errores in procedendo*, o sea cuando las faltas tengan que ver con la tramitación y forma del proceso, y por el contrario no será procedente cuando los errores se den en cuanto al contenido o al fondo del mismo, es decir nos referimos a los errores *in*

iudicando. Por otro lado, nuestra ley procesal menciona como supuestos del recurso de nulidad, a más de las violaciones al decurso normal de proceso la falta de solemnidades sustanciales en la tramitación de las contiendas legales; y dentro de estas solemnidades encontramos aquellas que son comunes a todos los juicios y otras que son especiales y necesarias solo en la sustanciación de determinadas causas. Dentro de las solemnidades sustanciales comunes están: la jurisdicción, competencia, legitimidad de personería, citación, concesión del término probatorio, notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia, y, formarse el tribunal con el número de jueces que la ley prescribe; cuando dentro del desarrollo del proceso se faltare a cualquiera de las formalidades ya mencionadas la partes podrán solicitar que se deje sin efecto el acto en donde se vea reflejado el error y por ende que las cosas vuelvan a su estado anterior.

Al inicio se dijo que la nulidad puede operar tanto como recurso vertical cuanto como horizontal, y al respecto el Art. 355 del Código de Procedimiento Civil ordena “Los jueces de primera instancia que, al tiempo de expedir auto o sentencia, encontraren que procede la declaración de nulidad, mandarían reponer el proceso al estado en que estuvo cuando se omitió la solemnidad que motiva la declaración, y condenarán al que la ocasionó al pago de lo que hayan costado las actuaciones anuladas”; es esta la disposición que hace posible que el recurso de nulidad se aplique también en forma horizontal de tal manera que pueda ser interpuesto, conocido y resuelto por el mismo juez que cometió la falta que afecta al desenvolvimiento correcto del proceso, ello con el fin de que se pueda invalidar a tiempo la resolución que ha sido pronunciada con omisión de alguna formalidad fundamental y así evitar que se causen mayores perjuicios a las partes.

Santos considera que más que un recurso de carácter horizontal, la nulidad concebida de tal manera sería más un incidente procesal y en cuanto a las situaciones en que este incidente procede citando un fallo de la Corte Nacional de Argentina destaca “el incidente, debe deducirse ante al *a quo* para cuestionar la validez del procedimiento seguido con violación de las formalidades legales, aun cuando entre los actos procesales que deban anularse por implicancia se encuentren resoluciones judiciales perfectamente regulares” (239); en definitiva aunque se le dé una denominación distinta opera desde la misma forma y con el mismo fin que se había analizado, esto es frente al quebrantamiento de la estructura normal de un proceso y para invalidar tales actos.

En síntesis, la finalidad de este recurso es básicamente lograr la anulación o invalidación de un pronunciamiento judicial o de los actos que le han precedido, que adolezcan de errores, y que específicamente se traten de vicios *in procedendo*.

CAPITULO IV

RECURSOS VERTICALES

4.1. Noción

Los medios de impugnación y por ende los recursos tienen como objetivo refutar o contradecir un acto jurídico procesal emanado del juzgador dentro de la sustanciación de la causa. Los autos, decretos y sentencias, son en esencia actos procesales, los que luego de ser dictaminados deben notificarse a las partes, quienes ante ello tienen una doble posibilidad: estar de acuerdo con la decisión contenida en la resolución o contrariamente, impugnarla por considerar que es el resultado de un error en la aplicación del derecho o en la prosecución normal del proceso. El impugnar o no una providencia judicial permitirá que esta pueda o no causar los efectos para los que han sido creadas.

Una de las formas de recurrir los autos, decretos y sentencias, es a través de los recursos verticales, que vienen a ser el medio idóneo para objetar dichas providencias ante la autoridad de grado superior. Por consiguiente, la esencia de los recursos verticales radica en garantizar a las partes que la revisión de la resolución impugnada es realizada por un órgano jurisdiccional distinto al que la emitió y como lo dijimos jerárquicamente superior (*tribunal ad quem*), el cual se supone debería actuar con mayor solvencia jurídica, tanto por encontrarse en un nivel jerárquico superior como por el hecho de estar organizados en salas especializadas en la que cada una se dedica a una materia concreta, ello permite que a través de la apelación se juzgue el caso con un criterio nuevo, de tal manera que se llegue a resolver de forma contraria al juez *quo* o se ratifique la decisión pronunciada por este.

Respecto a la finalidad de los recursos cabe aquí mencionar el criterio de Couture, quien al hablar de estos de forma general afirma que una de sus características es que “son medios de fiscalización concedidos a las partes” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil 350), es decir que operan como un mecanismo de defensa frente a las posibles deficiencias que se podrían dar en el proceso, por ello el autor sostiene que los recursos se ejecutan siempre a petición de parte, es decir a través del principio dispositivo por el cual son las partes procesales quienes impulsan el proceso; sin embargo considero que esa tesis se aplica solamente a los recursos verticales, ya que como se analizó anteriormente los recursos horizontales pueden operar de oficio y a petición de parte, más, en el caso de los verticales lo sostenido por Couture es totalmente válido. Si las partes no se manifiestan oportunamente respecto de un error este quedará subsanado, es por lo tanto deber de las partes, por su propia iniciativa, pronunciarse frente a errores en los actos procesales y será el órgano de justicia competente quien se encargue de resolver, la impugnación planteada por las partes.

De lo expuesto podemos concluir que los recursos verticales son una garantía a favor de las partes para que se puedan corregir las inconsistencias en las que hayan incurrido los jueces, y para que, dicha garantía sea más efectiva se da la posibilidad de que el examen de la resolución sea realizado por una autoridad distinta y de mayor grado.

4.2. Antecedentes

En los inicios del Derecho no era necesario que los juzgadores fundamenten sus resoluciones y quizá por esa razón sus decisiones mucho menos eran susceptibles de

impugnación. Si las resoluciones judiciales no requerían ser dictadas de forma motivada, era del todo posible que en ocasiones resulten arbitrarias o injustas, por tal motivo es lógico que no se haya otorgado la posibilidad a las partes de controlar o recurrir las decisiones judiciales en aquel entonces, como una forma de salvaguardar la voluntad de los juzgadores que en esa época tenían un carácter divino, dado el alto grado de religiosidad de las sociedades antiguas. Las partes, por lo dicho no contaban con otra opción que acatar las resoluciones, incluso en aquellos casos es que están podían ser injustas para sus intereses.

Para que se establezca como obligación el requisito de motivar las sentencias, era imperioso que la potestad jurisdiccional pase a manos de un órgano que reúna cierta independencia de la autoridad del monarca, y de esa manera se reste la naturaleza totalitaria que se venía dando entonces en las decisiones judiciales.

Ya en Roma, en la época de la República, las sentencias producían ipso jure el efecto de la cosa juzgada, debido a que al tener las partes la facultad de elegir a través de un contrato privado al juzgador para que resuelva la causa, mal podían luego refutar dicho pronunciamiento. En los tiempos del Imperio, existía ya la *apellatio* o *intercessio*, que consistía en un mecanismo para atacar la nulidad de una sentencia y que operaba por iniciativa propia del tribunal de jerarquía superior a aquel que había dictado la resolución recurrida, o por petición de parte. Es aquí donde se empiezan a manifestar los primeros indicios de los recursos verticales, a pesar que en el Derecho Romano solo eran apelables las sentencias definitivas, y no los autos o sentencias interlocutorias.

En el derecho germánico el sistema de justicia era muy primitivo e influenciado fuertemente por la religión, en donde la impugnación no era ni siquiera considerada como

una posibilidad, dado que las resoluciones judiciales eran consideradas como expresiones de la divinidad.

Con el Derecho Canónico se comenzó a flexibilizar la rigidez del sistema procesal mantenido hasta entonces, y se fue permitiendo la impugnación de las providencias tanto interlocutorias simples como definitivas. En lo que concierne específicamente a los recursos verticales, estos aparecen en Roma en el derecho posclásico, cuando surgió la apelación, que fue el primero de esta clase en formar parte del derecho procesal. A medida que las sentencias dejaron de ser el resultado de un contrato procesal y pasaron a ser una expresión de un órgano jurisdiccional que revestía ya un carácter público y que se encontraba organizado jerárquicamente en varios niveles, se hizo factible que las partes puedan solicitar a una autoridad diferente y de grado superior a la que dictó una providencia considerada injusta que esta sea sustituida por una nueva.

4.3. Clasificación

La potestad de administrar justicia, esto es la jurisdicción, tal y como lo ordena la Constitución, emana del pueblo pero quien concreta tal actividad son los órganos de la Función Judicial y los demás órganos que nuestra Carta Magna reconozca; partiendo de tal premisa la jurisdicción es una facultad que corresponde al Estado, el cual en el campo jurisdiccional se encuentra organizado jerárquicamente en distintos órganos, desde el de mayor grado que es la Corte Nacional de Justicia, seguido por las Cortes Provinciales, y finalmente los Tribunales y Juzgados Distritales conjuntamente con los Juzgados de Paz. Al ser los recursos verticales mecanismos de refutar providencias judiciales ante un tribunal de

mayor jerarquía he creído conveniente mencionar la forma en que la Función Judicial está establecida, para así ilustrar de mejor manera la clasificación de los recursos verticales, dentro de los cuales encontramos a la apelación, la nulidad, la casación y el recurso de hecho, los mismos que dependiendo de su naturaleza serán interpuestos ante cada órgano jurisdiccional.

Como primer recurso se analizará a la apelación, a través del cual la jurisdicción de los jueces de primera instancia es suspendida y remitida a una segunda instancia, es decir, lo que catalogamos como Cortes Provinciales; este recurso es el más usual en nuestra realidad jurídica, ello se puede atribuir a que es un mecanismo totalmente informal dado que para su interposición no se requiere cumplir circunstancias específicas ni motivación alguna, es un medio de impugnación basado en la sola percepción de las partes que creen que sus pretensiones están siendo perjudicadas con una providencia judicial y ante lo cual es posible su interposición. La apelación ha cobrado mayor notoriedad, a partir de la Constitución del 2008, que estableció como derecho de las partes procesales recurrir los fallos dentro de toda clase de juicios.

La nulidad, es otro de los recursos verticales, que básicamente se fundamenta en la inobservancia de las normas que regulan la prosecución del proceso, y cuya procedencia se halla condicionada a la apelación, por lo tanto, la competencia para conocer la nulidad, la tienen así mismo las cortes Provinciales.

Luego encontramos al recurso de hecho, el mismo que tiene una doble función y por ello será analizado dentro de la apelación y de la casación, por ser este un recurso subsidiario pues solo procede en virtud de la negativa de ambos recursos. El órgano que conocerá el

recurso de hecho será el superior al que denegó la apelación o casación, por ello pueden ser las Cortes Provinciales y también la Corte Nacional.

Finalmente, está la casación, recurso de gran connotación pero el menos empleado debido a las rigurosas exigencias requeridas para su admisibilidad; la competencia para conocer de este recurso radica exclusivamente en la Corte Nacional.

Todos los recursos mencionados excepto la casación, a más de ser verticales son recursos ordinarios, puesto que para su admisibilidad no se presentan mayores dificultades ni se requiere cumplir requisitos especiales, como si ocurre con la casación que es la vez un recurso extraordinario los cuales tienen un carácter más restrictivo y deben necesariamente estar enmarcados en causas específicas determinadas por la ley. Se estudiará con detenimiento cada uno de estos recursos, en el desarrollo de los capítulos siguientes.

CAPITULO V

Recurso de Apelación

5.1. Noción

Davis Echandía define a la apelación como “el recurso ante el superior para que revise la providencia del inferior y corrija sus errores” (510); Hugo Alsina al respecto sostienen “el recurso de apelación es el medio que permite a los litigantes llevar ante el tribunal de segundo grado una resolución estimada injusta para que la modifique o revoque según el caso” (614); el autor español Jaime Guasp define por su parte a la apelación como “aquel proceso de impugnación en que se pretende la eliminación y sustitución de una resolución judicial por el superior inmediato jerárquico del que dictó la resolución impugnada” (729); mientras que nuestro ordenamiento jurídico señala en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil “apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior”.

De las definiciones mencionadas podemos colegir que la apelación es el medio de impugnación que la ley concede a los litisconsortes o a quienes crean haber sufrido un perjuicio o agravio con una determina providencia judicial, para que esta sea revisada por una autoridad de nivel superior a la que la emitió.

Los aspectos que caracterizan a la apelación son dos principales, como primer punto se destaca el afán de restar eficacia jurídica a una resolución judicial que causa gravamen a los

litisconsortes y su sustitución por una nueva que este más acorde a los intereses de las partes; y la segunda característica es que la apelación es resuelta por un juez o tribunal distinto y jerárquicamente superior al que dictó la providencia objeto de este recurso, ello con el fin de que la revisión sea realizada por un nuevo tribunal, el que con otra visión podrá subsanar las deficiencias que se puedan haber cometido o de lo contrario ratificar la decisión tomada por el juez de primera instancia, todo ello dentro del marco del derecho.

La apelación es uno de los recursos que de acuerdo a lo establecido por nuestra legislación no requiere de fundamentación alguna, basta su sola invocación y lógicamente es necesario que no se encuentre prohibido por la ley; mas ello no es del todo absoluto pues cabe destacar que en los asuntos de niñez y adolescencia como en los juicios ejecutivos la apelación debe ser fundamentada al ser interpuesta. Para presentar este recurso se requiere únicamente la existencia de un agravio real y el interés jurídico para impugnar, el cual nace de la relación que existe entre el sujeto y el objeto de la controversia, en tanto y en cuanto lo resuelto le pueda causar un beneficio o un perjuicio directo. Así mismo, en vista de que no es necesaria fundamentación para la admisibilidad de la apelación, esta no podrá ser denegada excepto en aquellos casos en que expresamente la niega la ley, en tanto no ocurra ello, no estará al libre arbitrio del juez la posibilidad de negar el recurso de apelación, ya que tal acción constituirá un detrimento a los derechos constitucionales de la defensa y al derecho a recurrir a los fallos o resoluciones.

5.2. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica de la apelación es un tanto discutida en la doctrina, por tal razón analizaremos los puntos de vista que al respecto se han dado.

De acuerdo a la forma en que se conceptualizó a la apelación en líneas anteriores, se puede afirmar que esta consiste en un verdadero recurso que opera frente a una resolución judicial con el objeto de que esta sea examinada por el tribunal ad quem; en este sentido no existe mayor discusión, pero si han surgido diversas posiciones al tratar de establecer si la apelación es un proceso autónomo o una continuación del litigio existente, es decir si se trata de un nuevo juicio o consiste en nuevo examen.

Se dice que se trata de un proceso independiente puesto que se denota claramente una diferencia entre el objeto del proceso inicial y el objeto de la apelación, en la que la pretensión ya no es la planteada inicialmente en el juicio, por el contrario dentro de la impugnación la pretensión consiste en dejar sin efecto una resolución judicial y sustituirla por una nueva. Además, el considerar a la apelación como un asunto autónomo implica una reiteración de lo ya tramitado en el proceso primitivo para llegar a dictar la nueva resolución.

Por otro lado, la tesis de que la apelación no consiste en un proceso nuevo e independiente sino que se trata de la continuación del proceso inicial a través de un análisis posterior a lo ya resuelto, se basa en que la apelación consiste en una etapa del proceso en la cual se impugnan los resultados del juicio principal y para ello solamente es necesario realizar un nuevo examen del material recolectado durante la primera instancia y no reiterar la actuación de aquellos trámites ya realizados, los pasos que se sigan en esta etapa tienen como objeto comprobar la exactitud de los resultados conseguidos por el tribunal a quo con relación a lo actuado en el proceso y en base a ello emitir una nueva resolución que ratifique o rectifique la decisión previa.

De estos dos enfoques, el más aceptado es el segundo, es decir la idea de que la apelación consiste en una revisión o un nuevo análisis que se ejecuta dentro de la continuación del proceso inicial, en donde el tribunal ad quem solo podrá resolver sobre aquello que es materia del recurso. Por lo tanto, la apelación no constituye para nada un nuevo proceso, ya que de ser así, ello implicaría por ejemplo que en la segunda instancia nuevas pruebas sean admitidas sin restricción alguna, lo cual no es un aspecto característico de la apelación donde generalmente no se admiten pruebas, excepto algunos casos permitidos por la ley.

Si nos referimos específicamente a lo que sucede en nuestra legislación, se debe mencionar entonces que la apelación tienen un carácter meramente revisorio, pese a que en determinadas situaciones como en los juicios ordinarios se puedan presentar nuevas pruebas durante la segunda instancia, más en la generalidad de los casos la apelación se resolverá en base a lo actuado en la primera instancia como sucede en el juicio ejecutivo o en el verbal sumario, en todo caso, la apelación funciona como una revisión a los hechos suscitados de la mano con el derecho aplicable, para en base a ello poder decidir si la resolución impugnada debe surtir efectos jurídicos o no, en cuya situación deberá dictarse una nueva.

5.3. Objeto

Es evidente que el fundamento del recurso de apelación es evitar el agravio o el perjuicio, para lo cual es necesario modificar el sentido del pronunciamiento que se cree podría causar gravamen a las pretensiones de las partes, por tal razón a decir de Couture el objeto mismo de la apelación consiste en el agravio y su necesidad de reparación por acto del superior

(Fundamentos del Derecho Procesal Civil 287). Para que se pueda dar tal reparación o modificación con respecto a la resolución impugnada será imperioso que se realice una revisión a tal providencia y a lo actuado previamente, revisión que compete al tribunal ad quem y a partir de lo cual se podrá remediar cualquier situación que se considere vaya en desmedro de los intereses del impugnante.

Es la reparación de los errores cometidos por los jueces de primera instancia el objeto mismo de la apelación, deficiencias estas que deben ser *errores in iudicando*, es decir aquellos errores que tienen que ver con el fondo del proceso. Tal como lo menciona Vescovi “El fin original del recurso (refiriéndose a la apelación) es revisar los *errores in iudicando*, sean los de hecho como los de derecho. No se analizan, en cambio, los posibles *errores in procedendo*, esto es, el rito, lo cual queda reservado al recurso de nulidad” (99). Este autor hace una especial consideración al hablar de los defectos *in iudicando* y menciona a los de derecho como los de hecho, pues sostiene que si la apelación se limitara solamente a la corrección de los errores de derecho se estaría hablando de una situación similar a lo que sucede en la casación; y se dejan de lado los defectos *in procedendo*, puesto que, estos son materia exclusiva del recurso de nulidad, que se basa en la omisión de solemnidades dentro del proceso.

5.4. Clases de Apelación

La apelación constituye uno de los varios medios de impugnación disponibles en nuestro sistema procesal, esta figura jurídica se puede dividir a su vez en diversos tipos, y dicha clasificación se fundamenta en la forma de apelar una resolución judicial por la cual se establece que la apelación puede ser principal o secundaria.

La apelación es principal, cuando es interpuesta por la parte que ha resultado perjudicada con una providencia y decide apelar tal resolución por su propia iniciativa y ejerciendo la facultad que le corresponde para hacerlo; mientras que la apelación será secundaria o también llamada incidental, cuando una vez que se ha propuesto una apelación principal por una de las partes, la otra parte decide apelar también aquella parte de la resolución que a sus intereses no le sean favorable.

Jaime Guassp basándose en el derecho positivo español, menciona que a la apelación secundaria se la denomina también apelación adhesiva, sin embargo el mismo autor afirma que dicha denominación es equívoca, puesto que podría interpretarse que “la apelación por adhesión trata de coadyuvar a los resultados que pretende obtener la apelación principal, siendo normalmente todo lo contrario, ya que el que apela por adhesión contradice al apelante principal” (734). Como vemos la apelación principal y la secundaria tienen fines antagónicos, a pesar de que la apelación incidental se aproveche de la iniciativa de quien realizó la apelación principal, cada una de estas impugna la parte de la resolución que no beneficie a sus pretensiones.

Acorde a lo manifestado, la denominación de apelación adhesiva que hace el derecho español no resulta certera, más aún porque doctrinariamente también encontramos a la apelación por adhesión que a diferencia de la primera, su definición va más acorde a la expresión *adhesión*; este clase de apelación a decir de Rocco “consiste en una apelación en la cual no se proponen motivos autónomos de apelación, sino que se adhiere a otra apelación, principal o incidental, propuesta por una de las partes en juicio” (398). Por ende, en la apelación por adhesión se comparte el interés de refutar los mismos aspectos que impugna la apelación a la cual se adhiere.

5.5. Legitimación

Corresponde ahora, analizar la legitimación relacionada con el recurso de apelación, es decir lo que se pretende analizar, es quienes se encuentran facultados por la ley para deducir el recurso de apelación dentro de un proceso judicial, por consiguiente cabe mencionar que dicha prerrogativa está íntimamente ligada a la relación que existe entre el agravio cometido y la parte que sufre sus efectos, o planteándolo de otro modo, será una potestad otorgada a la parte cuyas pretensiones no han sido satisfechas y producto de lo cual ha resultado un perjuicio directo a sus intereses; debido a que apelación lo que persigue precisamente es subsanar ese perjuicio. Este perjuicio no es preciso que se traduzca en una lesión real, por el contrario, basta la sola consideración por el impugnante de que se ha producido un agravio contra sus pretensiones para que se pueda deducir el recurso de apelación; situación que se encuentra favorecida con el hecho de que este recurso no requiere fundamentación alguna.

De manera general se encuentran legitimadas para apelar las partes principales o también denominadas litisconsortes, ello comprende tanto actor como demandado, y paralelamente se da la posibilidad de deducir apelación a terceros que puedan verse afectados por la sentencia; siempre que medie un agravio o detrimento ocasionado a las partes o a un tercero producto del rechazo total o parcial a las aspiraciones del impugnante. La legitimación de terceros constituye una excepción al principio general por el cual solo tienen la potestad de apelar las partes procesales, por ende, al ser una situación especial es ineludible que en el caso de terceros se acredite un interés jurídico real en la modificación o sustitución de la resolución impugnada; en relación a esto el Código de Procedimiento Civil es muy

explícito al señalar que “Pueden interponer el recurso de apelación las partes que han intervenido en el juicio, y los que tengan interés inmediato y directo en el pleito; como el comprador de una cosa raíz, cuando un tercero ha promovido pleito de propiedad al vendedor y ha obtenido sentencia favorable; o al contrario, si habiéndose seguido pleito con el comprador, se declaró en la sentencia que la cosa pertenecía al tercero que promovió el pleito, en cuyo caso puede apelar el vendedor que tuviere interés” (Art. 325).

Sin embargo, no siempre las partes procesales están facultadas para apelar, de hecho existen ciertas excepciones, así por ejemplo en el trámite ejecutivo mientras el actor puede apelar de todas las providencias, el demandado sólo puede apelar de la sentencia, así lo establece el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil “En este juicio puede el ejecutante interponer los recursos que concede este código para los ordinarios; pero el ejecutado sólo puede apelar de la sentencia, y en los demás casos, no podrá interponer ni aún el recurso de hecho”.

5.6. Actos impugnables

En base a lo que dispone el Código de Procedimiento Civil se puede colegir que dentro de nuestro sistema procesal son susceptibles de apelación en primer lugar las sentencias, es decir, la decisión del juez que resuelve los asuntos principales de la contienda legal; en segundo lugar se mencionan a los autos, y en lo que respecta a estos y pese a que la ley hace referencia a los autos de manera general es necesario recordar que conforme a la clasificación que se había dado al inicio de esta investigación, los autos pueden ser interlocutorios simples e interlocutorios definitivos. Los autos interlocutorios simples son aquellos que tienen como finalidad dirigir el curso del proceso pero respecto a diligencias

importantes que podrían causar perjuicio a las partes como los que resuelven incidentes que se presenten en el proceso, y los interlocutorios definitivos o con fuerza de sentencia son aquellas providencias mediante las cuales se soluciona la causa definitivamente cuando no sea preciso hacerlo a través de sentencia. Tanto los autos interlocutorios simples como los definitivos están dentro de las providencias apelables; y finalmente se suman a estos los decretos, que son las providencias que tienen a su cargo ordenar alguna diligencia dentro del proceso y que para ser susceptibles de apelación deben cumplir con una condición especial que consiste en que pese a ser decretos deben tener fuerza de auto.

Es preciso mencionar así mismo los actos procesales frente a los cuales no se podrá apelar. El código *ibídem* de forma general establece que no cabrá apelación contra aquellas providencias que la ley deniegue expresamente; además y como es lógico, no será admisible cuando en los autos y decretos no se constate el requisito *sine qua non* de la apelación o al que Couture haciendo mención a la ley española señala como la medida de la apelación, me refiero al perjuicio o agravio que pueden sufrir las partes de la contienda o un tercero; dicho agravio según ordena la ley procesal ecuatoriana a más de existir debe ser considerado como irreparable para que sea procedente la apelación, caso contrario cuando no se evidencie un detrimento a los intereses del impugnante por causa de un auto o decreto, la providencia no se podrá impugnar. Se excluyen así mismo de apelación las providencias que se encargan de dirigir la marcha de proceso y como tales no pueden causar agravio alguno a las partes pues no deciden aspectos principales del litigio, es decir lo que conocemos como decretos, siempre que no tengan fuerza de auto, entre estos el Código de Procedimiento Civil menciona: “las providencias sobre suspensión o prórroga de términos, las que conceden términos para pruebas, las que manden practicarlas, las que

califiquen interrogatorios, las que concedan términos extraordinarios, y las demás de mero trámite” (Art. 326).

Vale resaltar en este punto que con la Constitución del 2008, hoy en día vigente, se introdujo un aspecto muy importante para el sistema procesal ecuatoriano, el mismo que está contenido en el artículo 76 el cual hace referencia a las garantías básicas del debido proceso y que textualmente en el literal *m* del numeral 7, establece “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” como parte del derecho a la defensa que poseen las personas en general. Esta norma modificó notablemente la sustanciación de los procesos en nuestro país, puesto que a través de esta disposición se hace posible que la apelación y cualquier otro medio de impugnación sean procedentes en toda clase de juicios, lo cual no sucedía anteriormente, y que ha resultado un gran aporte en lo que respecta al debido proceso, a la función de los recursos y para garantizar a la vez seguridad jurídica a quienes sean parte de una contienda legal.

5.7. Término de interposición y Forma

Para la interposición del recurso de apelación, como en los demás medios de impugnación, existe un periodo de tiempo dentro del cual, quienes se encuentren legitimados podrán presentar su apelación respecto a una resolución judicial; este período de tiempo destinado a la realización de actos procesales conforme se estudió previamente se denomina término. En lo que respecta a la apelación, la ley otorga un término de tres días para que se pueda interponer dicho recurso, el cual empezará a decurrir como usualmente sucede a partir del día siguiente a la notificación de la resolución que se pretende impugnar, una vez concluido

el término de tres días y si no se ha presentado recurso alguno la sentencia se ejecutoria y causa estado, es decir es inamovible y no puede ser revisada ni mucho menos modificada.

La importancia que tiene el término dentro de la apelación, es innegable, tanto así que en la legislación procesal se establece como la única solemnidad que observará el juez al momento de aceptar o negar el recurso. Por lo tanto, si la apelación es interpuesta antes de que empiece a transcurrir el término para hacerlo o una vez que este haya concluido, el recurso será declarado como inadmisibile por extemporaneidad.

El término de interposición tiene calidad de perentorio, puesto que una vez concluido caduca automáticamente, sin que para ello sea necesario declaración del juez ni ningún acto de las partes; a decir de Vescovi el término es además improrrogable y particular, aunque el mismo autor menciona que en la legislación argentina es posible la prórroga del término siempre que esta se haya establecido mediante acuerdo de las partes, y señala que es particular, ya que correrá a partir del día siguiente al de la notificación a cada parte, lo que significa que cuando la notificación se haya efectuado en días diferentes a cada una de las partes o a los integrantes de cada una de estas, el término comenzará a decurrir en forma distinta para cada uno de ellos. Conviene analizar si tales características rigen en nuestro sistema procesal, respecto al primero elemento que se refiere la improrrogabilidad del término, cabe acotar que al tenor de los que ordena el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil, los términos se pueden suspender, ampliar o disminuir cuando las partes lo soliciten en forma conjunta; por otro lado, en cuanto a la particularidad de la que habla el autor Uruguayo no se puede decir lo mismo, ya que en nuestro caso los términos son comunes, lo que quiere decir que empezarán a recurrir a partir del mismo momento

para todas las partes y sus integrantes, el inicio del término será a partir de la última citación o notificación.

En cuanto a la forma de interposición, se debe resaltar que la apelación debe ser presentada ante el mismo juez que dictó la resolución impugnada, sin que ello signifique que será el juez competente para resolver el recurso, ya que su actuación se limita únicamente a calificar la apelación, la misma que solo puede ser negada cuando exista denegación expresa de la ley y cuando sea presentada fuera del término correspondiente. Por consiguiente el recurso de apelación no queda al arbitrio del juez a quo, ya que la acción de determinar admisible o no el recurso está sujeta a disposiciones legalmente establecidas, lo contrario implicaría dejar a la voluntad del juez cuando conceder o no el recurso dando lugar a que se puedan presentar posibles abusos de autoridad y lo que es peor dejar en indefensión a las partes, lo que significa ir en contra de la naturaleza de la apelación.

Por otro lado, dentro de la forma de interposición cabe analizar sí la apelación debe ser presentada de forma escrita o verbal, al respecto el Código de Procedimiento Civil no señala una manera específica de hacerlo. Sin embargo, de acuerdo a como se destacó en su momento, el régimen vigente en nuestro país para la sustanciación de los procesos es el oral aunque este no sea aplicado en todas las materias, como sucede en el campo civil; por lo mismo, lo habitual en nuestro caso es que el recurso de apelación sea interpuesto de forma escrita sin que ello signifique que no se lo pueda hacer de forma oral, lo cual es totalmente aceptable y válido aunque menos probable en nuestra realidad procesal. La apelación de forma verbal, se la pueda constatar en los juicios constitucionales, los cuales son sustanciados en su totalidad de forma oral, y por ello resulta más factible que dentro de la

misma audiencia las partes puedan apelar una resolución dictada en el desarrollo de tal diligencia procesal. Mientras la oralidad no sea del todo instituida en los procesos civiles, la interposición del recurso de apelación en forma escrita es completamente valedera.

Del mismo modo cabe resaltar que se puede apelar de todo o solamente de una parte de una providencia judicial, así por ejemplo si se ha demandado la reivindicación, más la indemnización de daños y perjuicios, y el juez resuelve sólo respecto de la reivindicación se podrá apelar respecto de los daños y perjuicios. Una vez presentado recurso de apelación por una de las partes, la ley establece que la otra parte puede adherirse o sumarse a la apelación, esto es lo que en doctrina se conoce como apelación incidental; es decir en tal caso la adhesión es respecto del recurso mas no de lo que se reclama, pues como es lógico las pretensiones entre las partes son totalmente diferentes y por ende el objetivo de la apelación también será contrario, por ello la adhesión conforme se señala en nuestra legislación opera cuando la resolución impugnada no satisfaga las pretensiones de ambas partes. La adhesión al recurso de apelación puede presentarse ante el juez de la causa, o ante el superior, si bien no existe una norma expresa que determine el termino para adherirse a la apelación, la ex Corte Suprema o actual Corte Nacional dictó una resolución en la que establece que se puede adherir hasta los 3 días posteriores luego de la fecha en que se ha notificado con la recepción del proceso por el Ministro de sustanciación, esto en los trámites ejecutivos, verbal sumario, y demás sumarios; mientras que en los trámites ordinarios se puede adherir hasta en el escrito con el cual se contesta la concreción del recurso.

5.8. Efectos

Los recursos de manera general se pueden conceder en dos efectos, tanto en el devolutivo como en el suspensivo. Davis Echandía al analizar la apelación, sugiere que como regla general este recurso se concede en el efecto suspensivo, criterio que es compartido por muchos autores considerando que suspender la ejecución de la resolución impugnada es la consecuencia lógica y connatural a los fines que persigue la apelación como figura jurídica. Mientras que otros como Vescovi y Couture, consideran al efecto devolutivo como principal resultado de la apelación.

Parece adecuado recordar brevemente de que se trata cada uno de estos efectos. El efecto devolutivo hace referencia al hecho de que cuando se apela una providencia dictada por un juez de primera instancia, se suspende su competencia para conocer sobre el recurso, debiendo remitirse el proceso a los jueces de segunda instancia para que conozcan y resuelvan sobre el recurso, como señala Couture “No hay propiamente devolución, sino envío para la revisión” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil 298); además, el efecto devolutivo implica paralelamente que la providencia impugnada se cumpla de forma provisional hasta que se emita una nueva resolución por el juez ad quem. Este efecto, a decir del autor citado, en la práctica tiene dos limitaciones que se conocen como la *reformatio in pejus* y el principio de la personalidad de la apelación, que se analizarán más adelante.

Por otro lado, el efecto suspensivo consiste en que la ejecución de la resolución impugnada se suspende hasta que la apelación sea resuelta por el tribunal ad quem. En virtud del recurso de apelación el proceso sube a segunda instancia, lo que implica una revisión del

proceso respecto de los errores en los que se haya incurrido, de manera que es del todo razonable que se suspenda los efectos de la resolución impugnada, pues si esta sufre de graves deficiencias y es ejecutada, los efectos que ocasione puede que en lo posterior sean irreparables.

Ahora bien, las disposiciones que encontramos al respecto dentro de nuestro ordenamiento jurídico, establecen que la apelación se concede en los dos efectos, excepto en ciertos casos que la ley limita el recurso y sólo lo concede en el efecto devolutivo, tal es el caso de las resoluciones acerca de alimentos, estas al momento de apelarlas se conceden sólo en el efecto devolutivo, pues de concederse en el efecto suspensivo se causaría un grave perjuicio al beneficiario. Es importante mencionar que cuando la apelación haya sido concedida en los dos efectos, la resolución impugnada no se podrá ejecutar hasta obtener un nuevo dictamen, tal como sucede en el efecto suspensivo; y, si es concedida en el efecto devolutivo, la ley expresamente ordena que no se suspenda la ejecución de la providencia impugnada. Para una mejor comprensión me permito transcribir la norma en mención:

“Art. 331.- La apelación se puede conceder tanto en el efecto devolutivo como en el suspensivo, o solamente en aquél.

Si se concediere en ambos efectos, no se ejecutará la providencia de que se hubiere apelado; y si se concediere sólo en el efecto devolutivo, no se suspenderá la competencia del juez, ni el progreso de la causa, ni la ejecución del decreto, auto o sentencia.

En el segundo caso, el juez a quo remitirá el proceso original al inmediato superior, y dejará, a costa del recurrente, copia de las piezas necesarias para continuar la causa.”

A más de los efectos devolutivo y suspensivo que guardan relación básicamente a la ejecución de la resolución recurrida, en la doctrina se encuentran otro tipo de efectos vinculados a la finalidad que se persigue a través de la apelación y que dependerán del trámite dentro del cual se interponga el recurso; en base a ello la apelación puede tener un efecto de revisión, o de creación. Si se interpone el recurso dentro de un trámite ejecutivo o verbal sumario, el proceso se resuelve solo en mérito a los autos, tal cual como el proceso fue remitido al tribunal ad quem y sin que exista posibilidad de actuación alguna en la segunda instancia, de tal manera que existe un efecto de mera revisión y control, ya que lo que se solicita a través de la apelación es que el órgano jurisdiccional jerárquicamente superior revise el proceso y en base a dicho análisis confirme, amplíe, reforme o revoque la providencia impugnada. Mientras que cuando se interpone el recurso de apelación dentro del trámite ordinario produce un efecto de creación, pero esto sólo cuando se apela de la sentencia, ya que una vez interpuesto el recurso y notificadas las partes de la recepción del proceso, el apelante en el término de diez días deberá concretar los puntos de la apelación y las razones por las que apela, seguidamente se corre traslado a la otra parte para que así mismo en el término de diez días conteste la concreción del recurso; una vez concluidas estas fases el juez de segunda instancia abrirá el término de prueba por diez días vencido el cual pedirá autos para resolver y pronunciará sentencia, hasta que se dé el pronunciamiento las partes podrán presentar sus informes en derecho o alegatos. El procedimiento en este tipo de juicios permite a la parte que no actuó prueba en primera instancia hacerlo durante la segunda instancia, consecuentemente en este caso existe la posibilidad de una nueva sustanciación, de ahí que se genere un efecto de creación pues se puede trastocar la realidad procesal, o crear una nueva realidad.

5.9. Principio *Reformatio in Pejus*

Es importante tratar el principio de la *reformatio in pejus* o también conocido como la reforma en perjuicio, puesto que constituye una limitación a los poderes del tribunal ad quem a la hora de resolver sobre la apelación interpuesta, institución que además es aplicable a los recursos en general.

Couture define a este principio como “una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos que no ha mediado recurso de su adversario” (299). Es decir cuando únicamente una de las partes ha interpuesto el recurso de apelación, el juez superior al resolver tal impugnación no puede empeorar la situación del único apelante, es decir consiste en la prohibición de determinarle al recurrente un mayor gravamen del ya establecido en la resolución de primera instancia.

La *reformatio in pejus* implica dos situaciones, la primera es que el conocimiento del tribunal ad quem se encuentra limitado exclusivamente a los puntos impugnados por el apelante, y en segundo lugar, que sobre los puntos recurridos el juez no puede resolver en inconveniencia del apelante. Esta limitación sobre el contenido de la decisión de juez, resulta lógica, pues si una de las partes apela y la otra no, se entiende que esta se encuentra satisfecha en sus pretensiones, por lo tanto no se puede causar un mayor gravamen al apelante, quien precisamente impugna la resolución por los perjuicios ocasionados por esta, y beneficiar al que no apeló; de ser así el tribunal ad quem estaría concediendo más de lo que la parte exige, lo que resulta un vicio del juzgamiento conocido como *ultrapetita*.

De no existir este principio, las partes no tendrían la seguridad necesaria para recurrir a las resoluciones judiciales, pues existiría la posibilidad de que el resultado en la instancia superior le causare un mayor perjuicio, se entiende que se causa un mayor perjuicio cuando de alguna manera la situación del apelante empeora estableciéndose una mayor carga de obligaciones o disminuyendo sus derechos.

Queda claro la aplicación de este principio en los casos en que solo una de las partes ha apelado, pues la situación es diferente cuando ambas partes lo han hecho, en ese evento se pone en tela de duda todos los aspectos de la discusión y el juez tiene facultad de discernir y resolver sobre la integridad de la controversia dado que ninguna de las partes está satisfecha con la resolución del tribunal a quo, y por ende existe la posibilidad de que se beneficie a uno de los apelantes y paralelamente se cause un mayor perjuicio empeorando la situación del otro.

El principio de la *reformatio in pejus* es una disposición de carácter constitucional, pues está contemplada en nuestra Carta Magna dentro del capítulo que se refiere a los derechos de protección, exactamente en el artículo 77 que trata de las garantías básicas que se deben observar en los procesos penales, y textualmente en el numeral 14, expresa “Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del que recurre”. Se debe manifestar que dicha norma no resulta del todo completa y adecuada, pues en primer término hace referencia a la impugnación de una sanción, cuando debería hacer referencia de manera general a todas las impugnaciones de las resoluciones de los poderes públicos y no solo a las que impliquen sanciones, además no se establece que se debe emplear en los casos que sea un único recurrente y finalmente, se está delimitando su aplicación a las

impugnaciones en materia penal. Pese a ser un principio que a decir de la norma constitucional tienen vigencia únicamente en materia penal, en nuestro sistema procesal civil también se ha podido constatar su validez, pues la doctrina y en reiteradas ocasiones la jurisprudencia lo aprueban.

5.10. Principio de la Personalidad de la Apelación

Este principio se refiere a las circunstancias en las que existe pluralidad de sujetos en cualquiera de las partes, es decir lo que se conoce como *litis consortio*, donde solo uno de los sujetos apela una resolución y como consecuencia de tal impugnación la segunda instancia resuelve a favor del apelante. El problema radica entonces en saber si esa resolución beneficia solo al recurrente o a toda la pluralidad de sujetos que no apelaron, por principio general se establece que la sentencia únicamente beneficia al sujeto que apeló y no al sujeto que no lo hizo, esto porque los efectos de la apelación son personales, tal como se establece en el propio Código de Procedimiento Civil “Cuando son varias las personas interesadas en el juicio sobre un derecho común divisible, la apelación interpuesta por cualquiera de ellas no aprovecha ni perjudica a las demás”.

Aunque existan quienes critican esta posición por cuanto consideran que al establecerse el beneficio a un sujeto y al otro no, se crearían dos sentencias con cosas juzgadas contradictorias, tal hecho no resta importancia al principio de la personalidad de la apelación, el cual tiene también fuertes fundamentos. Pues en primer término la posibilidad de que coexistan sentencias contradictorias es un riesgo connatural a la concepción de cosa juzgada; en segundo lugar el sujeto que no apeló de la sentencia se entiende que está conforme con el primer fallo y por lo mismo su consentimiento lo vincula

a la aceptación tácita que hizo respecto a la resolución de primera instancia; y finalmente, en segunda instancia el juez tiene que resolver solo en virtud del recurso planteado, este fija su límite de acción, de tal manera que no puede cambiar aquella parte de la sentencia con relación al sujeto que no apeló.

Sin embargo, no será aplicable el principio de la personalidad de la apelación cuando el derecho materia de la controversia no sea divisible, es decir en los casos de que exista solidaridad o indivisibilidad material de la cosa litigiosa, ya que en estas circunstancias la sentencia si beneficia o perjudica a la parte que no ha impugnado el fallo, lo que en doctrina se conoce como principio extensivo.

5.11. Recurso de Hecho

También denominado en otras legislaciones como queja por recurso denegado, el recurso de hecho según lo define Tomás Di Benedetto es el “que tiene por objeto permitir al tribunal superior examinar la denegatoria del recurso de apelación o de sus efectos” (283), es decir, funciona como un recurso subsidiario de la apelación, tanto así que hay quienes lo consideran como la garantía procesal del recurso de apelación.

El recurso de hecho surge como una forma de prever aquellas situaciones en las que el juez de primera instancia no admite la apelación deducida, en virtud de considerar que lo acertado y justo es lo ya resuelto por él, buscando la manera de desechar la apelación para que su resolución quede en firme y no someterse a la autoridad de un juez superior, para tratar de evitar estas posibles arbitrariedades la ley concede a la parte a la cual se le negó la apelación el recurso de hecho, de ahí que se lo considera como un recurso subsidiario pues

solo procede en virtud de la negativa de admisibilidad del recurso de apelación, y pretende básicamente subsanar el abuso cometido por el juez a quo al denegar la apelación sin razón jurídica alguna. Por lo manifestado, el fundamento del recurso de hecho lo encontramos en el derecho que tienen las partes de acudir al órgano judicial superior para impugnar una providencia que les ha causado perjuicios, derecho este que es norma constitucional, y además para garantizar también el derecho a la defensa el cual se vería afectado si no mediara un mecanismo que permita revisar por otro tribunal la decisión del juez que niega un recurso contra una resolución dictada por él mismo.

El recurso de hecho se interpone siempre ante el órgano jurisdiccional que negó la apelación, el termino para proponerlo es de tres días contados a partir de la notificación de la providencia que deniega la apelación, este recurso al igual que el de apelación no necesita fundamentación, por lo tanto al juez inferior no le corresponde calificar su legalidad o ilegalidad, su actuación se limita a receptar el recurso de hecho y remitir el proceso al superior para que este sean quien lo califique y determine si es procedente o no. El recurso de hecho de forma general no puede negarse, salvo por las causas expresas determinadas en la ley. De acuerdo al artículo 367 del Código de Procedimiento Civil estas causas son:

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

Este recurso solo procede por la aplicación del principio dispositivo, es decir a instancia de parte, sin que pueda darse la intervención oficiosa. El tribunal ad quem, una vez planteado el recurso, examinará los requisitos de admisibilidad y los de procedencia, para determinar si la apelación ha sido bien o mal denegada, por ello las posibles decisiones del tribunal de segunda instancia son las siguientes: primero, se puede desestimar el recurso por no cumplir los requisitos de admisibilidad; segundo, rechazar el recurso de hecho por considerar que la negación de la apelación ha sido bien concedida; y finalmente, se puede admitir el recurso. Dentro de la última posibilidad, una vez admitido el recurso se revoca la decisión del juez inferior y se procede a sustanciar la apelación la cual será resuelta en merito a los autos remitidos, facultándose a las partes únicamente presentar sus alegatos.

CAPITULO VI

El Recurso de Nulidad

6.1. Noción de Nulidad

La nulidad es, en forma general en Derecho, una acción de invalidez, que provoca que una norma, acto jurídico o acto judicial no surta los efectos jurídicos que normalmente están llamados a cumplir, retrotrayéndose la situación al momento de su celebración o a su estado anterior. Tiene por fundamento, proteger intereses que podrían resultar quebrantados por no cumplirse las prescripciones legales previstas para la celebración de los actos ya mencionados.

Pero conviene concretarnos al campo que nos ocupa, el ámbito procesal, según define Hugo Alsina a la nulidad desde tal perspectiva, es “la sanción por la cual la ley priva a un acto de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescriptas por aquella”(630); Eduardo García Sarmientos al respecto sostiene “la nulidad procesal consiste en la carencia, perversión o infracción, sea de las condiciones o bien de los elementos que deben darse en cada proceso”(21).

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano se refiere a las "nulidades procesales" a partir del artículo 344, dentro libro II relacionado a los recursos, sin embargo no brinda una definición clara de lo que es la nulidad, pues al iniciar al hablar de estas simplemente afirma que “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales

determinadas en este Código”. Por lo que, la nulidad desde esta perspectiva, netamente adjetiva, es considerada como una sanción, a través de la cual se priva a un acto procesal de los efectos que normalmente emanan de él, siempre que haya mediado como requisito indispensable la omisión de las solemnidades básicas o del trámite correspondiente a la naturaleza de la causa. Así la nulidad procesal se refiere a la ineficacia de un acto procesal, acto que según Echandía debe ser emanado del juez, ya que cuando el acto viciado proviene de las partes, se debe hablar de actos inexistentes, más no de actuaciones nulas.

Es importante precisar que la nulidad en derecho puede ser de carácter sustantivo y por otro lado de carácter adjetivo; las nulidades desde la óptica sustantiva son las que conciernen a los actos y declaraciones de voluntad, y que tienen como fundamento la omisión de los elementos que la ley prescribe para el valor del acto o contrato, y las nulidades procesales tienen que ver con las irregularidades incurridas dentro de un proceso judicial; por lo tanto las primeras están íntimamente relacionadas al concepto de validez, mientras que en las segundas este concepto no entra en juego, tan solo importa si el procedimiento encaminado a hacer efectivo un derecho está o no viciado.

Sin embargo dentro del campo procesal la nulidad es también bastante amplia, por ello Couture afirma que:

“En el lenguaje del derecho procesal el vocablo nulidad menciona, indistintamente, el error (acto nulo, como sinónimo de acto equivocado), los efectos de error (sentencia nula, como sentencia privada de eficacia), el medio de impugnación (recurso de nulidad) y el resultado de la impugnación (anulación de la sentencia o sentencia anulada)” (Fundamento del Derecho Procesal Civil 304).

Pese a ser esto una realidad, la mayoría de legislaciones han optado por tratar a la nulidad dentro de los recursos, es decir han preferido regular el remedio y no la enfermedad; en virtud de aquello y considerando que el tema de mi investigación es “los medios de impugnación”, analizaré a la nulidad como tal, lo que implica que en el desarrollo de su estudio se tomen en cuenta las otras concepciones dadas al término, por considerarse elementos del recurso de nulidad.

6.2. El Recurso de Nulidad

El recurso de nulidad como tal, se relaciona específicamente a la nulidad de los actos procesales, y consiste en el remedio procesal dirigido a invalidar un acto, una resolución o todo el proceso cuando se haya incurrido en una omisión de los requisitos de forma que al respecto establezca la ley. Es por lo mismo, la nulidad un medio de refutar cualquier acto procesal, cuya finalidad al contrario de los recursos analizados, no está orientada a la revisión del contenido mismo del derecho o lo que hemos conceptualizado como vicios *in iudicando*, sino que busca obtener la invalidación de un pronunciamiento que adolece de vicios en cuanto a la sustanciación del proceso, es decir errores *in procedendo*.

El objetivo de la nulidad como recurso se puede sintetizar de acuerdo a como lo señala Vescovi en “provocar la rescisión de la providencia que ha sido determinada o contiene tal vicio” (203); aspecto que constituye la principal diferencia entre la nulidad y apelación, pues el primero busca anular una resolución o los actos que le han precedido, mientras que en la apelación se pretende reemplazar una resolución válida pero que contiene errores en el juzgamiento o vicios en cuanto al fondo. En la apelación se imputa un agravio y en la nulidad un error formal.

En lo que respecta a nuestra legislación el recurso de nulidad tienen como fundamento al tenor de lo que dispone el Código de Procedimiento Civil, la omisión de las solemnidades sustanciales de los juicios determinadas en la ley, así como la violación del trámite correspondiente a cada causa cuando ello influya en la resolución final del litigio, circunstancias que no son más que vicios in procedendo; en cualquiera de estos casos los jueces se encuentran facultados a declarar la nulidad ya sea de oficio o petición de parte.

6.3. Naturaleza Jurídica

Como bien advierte Couture, al referirse a la definición y naturaleza de este recurso, “la nulidad como lo que no produce ningún efecto, significa, en todo caso, anotar sus consecuencias, pero no su naturaleza” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil 304), para este autor la naturaleza de esta figura jurídica radica en la inobservancia de las normas que determinan la forma de un acto, criterio que puede ser aceptado desde una perspectiva muy general, más, conviene precisar si es o no válido considerar a la nulidad como un medio de impugnación, para lo cual es pertinente recordar que la impugnación es aquella acción de las partes que procura la corrección o eliminación de los posibles defectos que se presenten en los actos procesales o remediar las injusticias que ellos conlleven; partiendo de tal definición y realizando una analogía con la conceptualización de nulidad, es totalmente coherente, considerar a la nulidad como un recurso impugnativo, el cual además tiene un carácter ordinario dado que para su admisibilidad no se requieren mayores exigencias, basta la existencia de errores in procedendo para que el recurso pueda ser interpuesto.

Pero así mismo, conviene hacer otra precisión en cuanto a la naturaleza jurídica de la nulidad, ya que es un recurso que puede ser horizontal como vertical. Será horizontal en las circunstancias que quedaron establecidas en el capítulo tres; y por otro lado se desempeña como recurso de carácter vertical, cuando se interpone para ante el juez de la instancia superior al que pronunció el acto o resolución viciada, casos en los que la nulidad queda supeditada a la presentación del recurso apelación. No obstante, para que la nulidad pueda ser conocida y resuelta por el tribunal ad quem y opere como un verdadero recurso vertical, esta debe ser presentada conjuntamente con el recurso de apelación, de ahí que algunos autores y legislaciones consideren que la nulidad está subsumida por la apelación y que no constituye un recurso independiente. Para el autor Lino Palacios, las diversas formas en que la nulidad es regulada por los distintos sistemas procesales se puede resumir de la siguiente manera: “1) los que erigen la nulidad en recurso autónomo; 2) los que la consideran, dándole o no la denominación de recurso, implícita en la apelación; 3) los que declaran a ambos recíprocamente implícitos” (139).

En nuestro caso, pese a que la nulidad es regulada de forma independiente dentro del Código de Procedimiento Civil, su autonomía práctica no es tal, pues como mencione en líneas anteriores, para que la nulidad proceda como recurso vertical, debe proponerse simultáneamente con el recurso de apelación. Esta circunstancia es definitiva al momento de tratar de resolver sobre la independencia del recurso de nulidad, pues como recurso vertical la existencia de la nulidad depende necesariamente de la apelación, cosa diferente es lo que sucede con la nulidad como recurso horizontal, en donde no se encuentra condicionada a ningún otro recurso. Por tales razones no se puede hablar de un recurso de nulidad (vertical) independiente y autónomo, por cuanto está completamente supeditado a

la apelación, aunque cabe recalcar, que son mecanismos de impugnación con fundamentos y fines diferentes más no excluyentes; la nulidad pretende la rescisión de una providencia (iudicium rescindens), y la apelación busca la revisión (iudicium rescisorium).

6.4. Fundamento

Acorde se ha dicho ya en reiteradas ocasiones, el fundamento de la nulidad constituyen los errores *in procedendo* o lo que es lo mismo vicios en la forma de los actos procesales, pero siempre que aquellas faltas sean de tal gravedad que podrían afectar las garantías de defensa de las partes, es decir, no importan tales formalidades cuando funcionan como meros ritos, sino cuando el cumplimiento de estas implique garantizar que el proceso se desarrolle en normal orden y precautelando los derechos de las partes, de no ser así, sería ir en contra de la disposición constitucional que ordena que “No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. Por lo mismo, las solemnidades que interesan al recurso de nulidad son aquellas de mayor importancia, las que al no observarse impiden mantener la igualdad en la sustanciación de las causas y ponen en juego las pretensiones de las partes al no permitirles ejercer sus derechos en lo que respecta a la tramitación de la contienda.

Ahora bien, desde la óptica de nuestra legislación, las solemnidades de los actos procesales que de no cumplirse pueden ser objetadas a través de la nulidad, se pueden resumir de la siguiente manera: la violación del trámite correspondiente a la naturaleza de la causa y el incumplimiento de las solemnidades sustanciales legalmente establecidas para los juicios. Estas dos circunstancias en realidad se constituyen en un abanico de posibilidades por ser algunas las formalidades sustanciales requeridas para cada caso o diversa la naturaleza de cada trámite, pero siempre se catalogaran como la omisión de solemnidades esenciales y

como el quebrantamiento del trámite pertinente. En lo que respecta a la primera posibilidad, dentro de los requisitos sustanciales que se deben observar en todos los juicios están, la jurisdicción y competencia del juez o tribunal, legitimidad de personería, citación de la demanda, concesión del término probatorio, notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia, y formar el tribunal con el número de jueces que la ley ordena; además de estos, se prescriben otras formalidades para cada clase de juicio, es así que en el juicio ejecutivo se señala por ejemplo adjuntar a la demanda el título ejecutivo.

Para que estos vicios den lugar a interponer el recurso nulidad deben, en síntesis, ser vicios de nulidad insanable, deben provocar la indefensión del agraviado, influir en la decisión de la causa, y que no se haya convalidado legalmente la nulidad.

6.5. Procedencia

Dentro de este punto cabe analizar, frente a qué tipo de providencias el recurso de nulidad resulta procedente, en relación a ello la ley procesal no hace mayor precisión y establece que el proceso puede ser nulo en todo o en parte, lo que permite entender que la nulidad puede ser declarada respecto a un acto procesal determinado o bien, de todo el proceso. Como sabemos los procesos se encuentran divididos en partes, o lo que se conoce como instancias, que se transcurren de forma sucesiva las unas a las otras, y que comprende desde el momento que la demanda es propuesta hasta que el juez resuelve el litigio, o hasta que se eleven los autos al superior, en donde iniciará una nueva instancia. En el desarrollo de la primera instancia se puede interponer recurso de nulidad de forma horizontal, tal como mencioné en líneas anteriores, y concluida ésta también se lo podrá hacer simultáneamente con el recurso de apelación, lo cual implicará que inicie una nueva instancia del proceso.

La doctrina al analizar este tema, hace una especial distinción, en cuanto a la procedencia del recurso de nulidad y el incidente de nulidad. El ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente el Código de Procedimiento Civil, como ya se dijo, regula a las nulidades procesales dentro de la sección de los recursos, no obstante, por analogía se puede decir que ésta es contemplada en otras secciones, no precisamente con la misma denominación pero en circunstancias muy similares como sucede en la sección de las excepciones, donde al hablar de las dilatorias se establece entre las más comunes la falta de competencia, falta de personería, etc., situaciones que son consideradas a la vez como causas de nulidad. Sin embargo, en el sistema procesal de nuestro país la nulidad de forma general es considerada como recurso, con tal explicación y con el objeto de esclarecer las circunstancias bajo las cuales procede la nulidad, me permito citar el análisis de Mabel de los Santos, quien basándose en la legislación argentina, señala que procede el *recurso de nulidad* si se atacan errores in procedendo de las sentencias definitivas o interlocutorias en sí mismas; y que procederá como *incidente de nulidad* cuando se impugnen los defectos de procedimiento anteriores a la resolución, cuando se pretende cuestionar irregularidades del procedimiento previo al dictado de una providencia simple y cuando se objeten errores de procedimiento anteriores a la sentencia pero conocidos al tiempo de notificarse ésta (242).

Aunque el Código Procesal Ecuatoriano no contemple de forma expresa a la nulidad como incidente, en los casos en los que esta puede ser interpuesta como recurso horizontal su sustanciación equivale al trámite que se da a los incidentes, entendiéndose como tales a aquellas cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio; por lo tanto la nulidad en nuestro sistema procesal opera como recurso horizontal o incidente y

como recurso vertical, en cada una de las circunstancias señaladas por De Los Santos, acotando, que siempre que sea contra una sentencia, se interpondrá la nulidad como recurso vertical, pues el mismo juez que pronunció la sentencia no puede revocar dicha providencia y cuando se trate de sentencia ejecutoriada se reclamará la nulidad a través de un nuevo juicio, como se lo analizará más adelante.

6.6 Legitimación

En virtud del principio de protección, conforme lo establece Couture, la nulidad solo puede invocarse cuando en virtud de ella, los intereses de una de las partes o de ciertos terceros a quienes afecte la sentencia, queden en riesgo de ser menoscabados. La declaratoria de nulidad únicamente debe darse cuando constituya la solución para proteger las pretensiones jurídicas que han sido lesionados, a partir del apartamiento de las formas procesales.

La legitimación también estará otorgada en función del interés en anular una providencia judicial viciada en su forma, que se traduce también en un perjuicio efectivamente sufrido de quien solicita la declaratoria de nulidad. Evidentemente, quien no ha sido afectado por un vicio de esta naturaleza, carece de legitimación para alegar la nulidad, porque no le causa gravamen alguno. Por último, se requiere que la parte que invoca esta declaratoria no haya convalidado expresa o tácitamente el vicio.

Otra situación distinta es la declaratoria de oficio de la nulidad procesal por parte del juzgador, quien, debe velar porque se cumplan con todos los presupuestos procesales necesarios para que el proceso se desenvuelva normal y válidamente, en virtud de ello no siempre es necesario que la nulidad sea alegada por las partes, ya que por disposición de la

ley puede proceder de oficio, como lo ordenan los artículos del Código de Procedimiento Civil que se mencionan a continuación:

“Art. 355.- Los jueces de primera instancia que, al tiempo de expedir auto o sentencia, encontraren que procede la declaración de nulidad, mandarían reponer el proceso al estado en que estuvo cuando se omitió la solemnidad que motiva la declaración, y condenarán al que la ocasionó al pago de lo que hayan costado las actuaciones anuladas”

“Art. 349.- Los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades 1, 2, 3, 4, 6, y 7 del Art. 346, 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 la falta de jurisdicción”.

Es decir, la primera disposición se refiere a la posibilidad que tienen el juez para poder declarar la nulidad si encontrará motivos suficientes para hacerlo respecto a lo actuado previamente al pronunciamiento de un auto o sentencia, y en el segundo escenario la nulidad de oficio procede ante la omisión de todas las formalidades sustanciales y comunes a los juicios, excepto en la que hace referencia a la concesión del término probatorio, en cuyo caso el recurso debe ser necesariamente interpuesto por las partes; además claramente la norma resalta que para que se declare la nulidad de oficio, la omisión de las solemnidades sustanciales deben interferir en una correcta administración de justicia que se vea reflejada en la resolución de la contienda legal.

Y finalmente, en relación a los terceros, cabe acotar que estos no se encuentran legitimados, excepto que se hayan incorporado al proceso mediante intervención voluntaria u obligada y

que se vean afectados por los errores in procedendo de un acto procesal como los litigantes principales.

6.7. Término de interposición y forma

En lo que concierne a la interposición del recurso de nulidad, pese a estar este regulado de forma independiente pero supeditado a la interposición de la apelación, la forma y el término para presentarlo se guiaran por las normas que rigen para la apelación, es decir, en lo que compete al término serán dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia que se pretende recurrir, y respecto a la forma se tomará en cuenta lo ya señalado al tratar el recurso de apelación. De no realizarse dentro del periodo de tiempo mencionado, se entenderá que los vicios se han convalidado, excepto aquellos casos en que la nulidad puede aún ser declarada de oficio.

Al interponerse el recurso sería importante que el recurrente además de invocar con precisión el fundamento, indique el perjuicio que los errores in procedendo le han originado, no obstante esto no constituye una obligación legal, sin embargo como se observará más adelante al hablar del principio de trascendencia, la nulidad para ser declarada como tal debe ocasionar un gravamen a los derechos de las partes.

La nulidad procesal, dentro del marco de nuestro sistema judicial puede ser interpuesta de las siguientes formas: al contestar la demanda, como excepción, donde se podrá objetar por ejemplo la falta de jurisdicción o competencia, por ser estas solemnidades sustanciales de todo tipo de juicios y por ende su omisión es causal de nulidad; en tal situación se planteará como excepción dilatoria. Se puede solicitar declaración de nulidad así mismo durante el transcurso del proceso, en la primera instancia, frente a un auto interlocutorio pronunciado

con defectos o cuando previo a su dictamen se hayan generado vicios in procedendo, en este caso la nulidad es propuesta como recurso horizontal o también se lo concibe como incidente. Se interpondrá como un mero recurso vertical conjuntamente al interponer el recurso de apelación o de hecho, cuando el juez de primera instancia no se haya pronunciado respecto a las nulidades y cuando estas influyan directamente en la decisión de la causa; es importante recalcar que si la nulidad ha sido reclamada en primera instancia y se hubiera ejecutado la providencia que denegó el recurso, no se podrá declarar la nulidad por el juez superior. Las partes podrán solicitar la nulidad de sentencia ejecutoriada a través de un nuevo juicio ordinario posterior en los casos que taxativamente señala el Código de Procedimiento Civil; y por último, al deducirse el recurso de casación también se podrá alegar nulidad, ya que, como se estudiará luego, la nulidad está contemplada como una de las causales para la interposición de la casación.

Además de las circunstancias señaladas, se puede también reclamar la nulidad de las sentencias ejecutoriadas, a través de una acción independiente, esto es, en un nuevo juicio. Para poder demandar la nulidad de sentencia ejecutoriada deben mediar las causales expresamente determinadas en la ley, estas, son:

- “1. Por falta de jurisdicción o por incompetencia del juez que la dictó;
2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio; y,
3. Por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía.”

Es requisito fundamental que la sentencia no se haya ejecutado, caso contrario no será procedente la acción, al igual que si la sentencia ha sido pronunciada en última instancia o sí la nulidad por falta de jurisdicción, competencia y personería ya fue planteada en el proceso y como efecto se obtuvo un pronunciamiento que llegó a ejecutoriarse.

La nulidad de sentencia ejecutoriada debe ser planteada ante el mismo juez que la dictó, en razón de que a éste le corresponde la ejecución del fallo, por ende será preciso que conozca las acciones que le faculden impedir dicha ejecución, de ello se puede colegir que la demanda de nulidad de una sentencia ejecutoriada suspende la ejecución de la misma, siempre que se trate de sentencias que contengan la declaración de un derecho, pues no sucede lo mismo con aquellas que determinan la ejecución de un fallo.

Esta acción de nulidad se refiere concretamente a la nulidad de la sentencia la cual debe encontrarse ejecutoriada, mas no se podrá reclamar la nulidad del proceso mediante acción, pues ello corresponde hacerlo a través de recurso de nulidad previo a que la sentencia se ejecutorié.

6.8. Efectos

El proceso, como institución jurídica, tiene como finalidad última resolver los conflictos de relevancia jurídica que, plantean los justiciables, este objetivo se cumple cuando el juzgador dicta sentencia resolviendo sobre el fondo del asunto planteado. Cuando un proceso carece de todos los presupuestos procesales necesarios, el juez o tribunal no debería dictar sentencia, y al observar la falta de alguno de esos presupuestos está en la obligación de declarar de oficio la nulidad del proceso, mas, como ello no siempre sucede,

las partes pueden solicitar la declaración de nulidad en los diferentes momentos del proceso.

Debe considerarse que una declaratoria de nulidad no necesariamente conlleva la de todo el proceso, puede bien referirse a una parte de este, como lo sostiene el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil, de ahí la nulidad puede presentarse en el transcurso del juicio, cuando el proceso está cerca de su conclusión, o una vez concluido.

Los efectos de este recurso se han orientado en el sentido de dejar sin efectos los actos procesales viciados y cuando sea preciso reponer el proceso al punto en que se provocó la omisión o transgresión de las normas procesales. Siempre que la violación del trámite o la omisión de solemnidades sustanciales afecte las garantías de defensa de las partes provocando su indefensión, el proceso será nulo a partir del acto viciado, como por ejemplo cuando se ha omitido citar al demandado, en ese caso, será nulo todo el proceso a partir de la providencia que contenga la inobservancia a tal solemnidad sustancial, por cuanto la falta de citación provoca lógicamente la indefensión del demandado, al impedirle que conozca la existencia de una acción en su contra.

En síntesis el efecto principal de una declaratoria de nulidad es anular el valor jurídico de un acto procesal, es decir que se lo considere como inexistente y que por tanto no produzca efecto alguno, retrotrayéndose todo lo actuado al estado anterior al acto impugnado.

6.9. Principios Relevantes

Con relación a las nulidades procesales, en la doctrina existen ciertos principios que resultan aplicables a esta figura jurídica y contribuyen con un valioso aporte que debería ser considerado al momento de declarar una nulidad.

La mayor parte de legislaciones, contemplan como causal de la nulidad, la existencia de un vicio en cuanto a la forma de los actos, que las partes prueben interés jurídico, y que el acto no debe haber sido convalidado; estos presupuestos son el reflejo de los principios que se anotan a continuación.

6.9.1. El Principio de Especificidad o Legalidad

Este presupuesto es considerado como el principal de los requisitos que deben confluir para la declaración de nulidad de un acto procesal, y es que a través de éste se establece que *no hay nulidad sin ley específica que la establezca (pas de nullité sans texte)*, lo cual significa que para que la nulidad sea procedente debe existir una norma legal que expresamente contemple la causal de invalidez del acto y autorice al juez a declararla. Tal y como Couture advierte la especificidad debe manejarse diligentemente y aplicarse a los casos en que sea estrictamente indispensable, pues no puede operar de forma absoluta, para ello sería necesario que la ley prevea todos los posibles casos de nulidad y ello es prácticamente imposible. Es ésta la perspectiva aplicada en la doctrina como la mayoría de legislaciones, en las que al regular la nulidad se establecen las circunstancias ante las cuales procede de forma general y por tal razón se otorga al juez un cierto grado de discrecionalidad para valorar si el caso que se alega por las partes corresponde y merece ser

declarado como nulidad, aunque siempre su pronunciamiento deberá estar fundamentado en los principios que rigen la materia y en las normas del debido proceso.

El recurso de Nulidad será utilizado como un medio para frenar las actuaciones indebidas de quienes buscan declaratorias de nulidad sin ningún fundamento jurídico.

6.9.2. Principio de Trascendencia

Basado en la máxima *pas de nullité sans grief*, el principio de trascendencia busca demostrar que la figura jurídica de la nulidad va más allá del simple cumplimiento de formulismos en la sustanciación de los procesos, su finalidad es revocar aquellas providencias en la que no se hayan observado los requisitos correspondientes y que por ello se vean restringidos los derechos de las partes.

La desviación de las formas no puede por sí sola conducir a una nulidad procesal, como claramente la norma constitucional lo ordena; la nulidad como la sanción que acarrea la invalidez del proceso o de una parte de este debe sustentarse en que los vicios in procedendo bajos los cuales fue realizado un acto procesal ocasionen consecuencias perjudiciales para los justiciables, ya sea coartando sus derechos, negándolos, o interfiriendo en la resolución de la causa, v. gr. no haberse notificado a las partes con la apertura del término de prueba.

El principio de trascendencia, por lo mismo hace referencia al perjuicio real que deben ocasionar a las partes los defectos de forma del proceso, si el vicio no se traduce en un menoscabo a las pretensiones planteadas en el juicio no será necesario que sea dictaminada

la nulidad, pues las solemnidades no han sido creadas para satisfacer como menciona Couture "pruritos formales".

6.9.3. El Principio de Convalidación.

La convalidación, es el supuesto por el cual un acto procesal *nulo* puede ser ratificado a través del consentimiento de las partes. La ratificación puede ser expresa o tácita, de acuerdo a la forma en que haya sido ratificada, es expresa cuando las partes manifiesta su voluntad de aceptar el acto pese a los defectos con los que ha sido pronunciado, y es una convalidación tácita, cuando respecto al acto viciado no se ha presentado recurso de nulidad o se lo ha hecho inadecuadamente, por ejemplo extemporáneamente.

Una forma expresa de convalidar la nulidad es además la que se establece en el sistema procesal civil ecuatoriano, que consiste en facultad concedida a las partes para que de mutuo acuerdo decidan prescindir del recurso de nulidad durante el proceso, teniendo como excepción lo que respecta a la falta de jurisdicción del juez.

6.9.4. Principio de Protección

Este supuesto se halla directamente relacionado con el principio de trascendencia, pues establece que la nulidad debe interponerse únicamente cuando los intereses de las partes puedan resultar lesionados con motivo del apartamiento de las formalidades contempladas en la ley. Para este principio la nulidad busca proteger a las partes de quedar en indefensión debido a una violación del trámite que corresponda a la naturaleza de la causa.

CAPITULO VII

El Recurso de Casación

7.1. Noción

Etimológicamente el término *casación* proviene del verbo latino *casso* que literalmente quiere decir anular, deshacer, abrogar o derogar. Anular no es sino dejar sin valor lo hecho o lo pactado, abrogar o derogar hacen referencia a la acción de revocar; partiendo de ello la casación, jurídicamente hablando, consiste en un medio de impugnación de carácter extraordinario a través del cual las partes buscan obtener la anulación de una sentencia o auto definitivo ante el órgano jurisdiccional supremo dentro del ordenamiento de los tribunales, considerando que en tal providencia el juez o tribunal de última instancia a incurrido en un error que implique falta aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de la ley y la jurisprudencia.

Disgregando la definición propuesta, tenemos que la casación es vista como una acción de impugnación puesto que es un medio que permite refutar o contradecir una sentencia; es además calificada como un recurso extraordinario, dado que para su admisibilidad las partes deben encausar el recurso en los motivos que taxativamente la ley expresa, es decir su ejercicio es más restringido, no se lo puede usar libremente o abusar de él como sucede con otros recursos procesales; se dijo también que pretende anular o abolir una sentencia, pues es esta la razón de ser de la casación; su conocimiento compete exclusivamente a la Corte Nacional, es este el órgano jurisdiccional supremo en nuestro caso, las razones a ello se sustentan en que se trata de un recurso extraordinario e incluso considerado como último

recurso y por tales motivos no estaría bien que fuese conocido por un juez o tribunal de inferior jerarquía; y, finalmente, se hace referencia a las causas que determinan la procedencia de la casación siendo estas la falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de las normas y la jurisprudencia, tales circunstancias pueden ser en cuanto al fondo o a la forma del proceso, por lo tanto pueden tratarse de vicios in iudicando o in procedendo.

Eduardo Loza menciona que la casación “Es un recurso extraordinario que procede contra sentencias definitivas dictadas con infracción de la ley o la doctrina legalmente aceptada, cuyo objeto es anularlas y, por este medio, restablecer la vigencia del derecho”(29).

7.2. Naturaleza Jurídica

La esencia misma de la casación permite ubicarlo como un recurso extraordinario y de una última tentativa; primero porque solo procede cuando se hayan cumplido los requerimientos y condiciones específicamente enumeradas en la ley, y además porque es necesario que se hayan agotado todos los demás recursos para interponerse. Se lo considera como recurso extraordinario porque tanto para su aceptación, como para su tramitación requiere de exigencias y condiciones distintas de las que exigen los recursos ordinarios, para los cuales no existen mayores requisitos; Guasp al respecto sostiene:

“los dos rasgos definidores del recurso extraordinario se dan plenamente en la casación: las partes no pueden acudir a ella a base de su simple interés, sino que tienen que contar con una causa legalmente determinada, es decir, con un motivo :

el motivo de casación precisamente; por su parte, el órgano jurisdiccional no puede conocer de los problemas litigiosos en los mismos términos de amplitud en que lo hicieran los Tribunales de instancia, sino que encuentra limitados sus poderes a temas determinados y taxativos coincidentes precisamente con las circunstancias que funcionan como motivo de la casación”(804).

La casación es también un recurso netamente formalista ya que para su interposición y tramitación deben observarse cada una de las formalidades que la ley exige caso contrario se desestimaré el recurso; y, se lo contempla como un recurso de derecho estricto por cuanto la resolución que dicte la Corte deberá referirse únicamente a los aspectos que el recurrente invoque al interponer el recurso.

7.3. Objeto

La casación como recurso procesal busca básicamente evitar el apartamiento de las normas de derecho, pero este objetivo está complementado por otros fines concomitantes entre sí, pero proveniente de campos diferentes, me refiero a los fines que la doctrina trata como de interés público y de interés privado.

En lo que concierne al fin de orden público, la casación busca brindar a los individuos seguridad jurídica, es decir, garantizar y precautelar la vigencia y cumplimiento del Derecho, lo cual se traduce en la protección de la norma jurídica y su aplicación a los casos concretos basándose en el verdadero sentido y propósito de la ley y no en equivocadas interpretaciones que podrían deparar en un perjuicio a las partes; además pretende también otorgar seguridad jurídica en el sentido de que las partes procesales tengan la certeza que

frente a resoluciones no fundadas en derecho podrán ejercer su derecho a impugnar no solo en una segunda instancia, sino incluso ante el máximo órgano jurisdiccional. Desde el punto de vista privado el fin de la casación se halla íntimamente relacionado al primero y prácticamente resulta una consecuencia de este, consiste en la intención de alcanzar una correcta y eficaz administración de justicia precautelando los derechos de las partes y lógicamente reparar el agravio ocasionado producto de la falta de aplicación, indebida aplicación, o errónea interpretación de la ley y la jurisprudencia.

El recurso de casación está llamado a cumplir estas finalidades, las mismas que se cumplen de manera simultánea y que se fundamentan en la estricta observancia de la ley, tanto en lo relacionado a las normas sustantivas que versan sobre el fondo de la causa como a las de procedimiento o normas adjetivas. Esto conlleva a que la casación sea vista como una figura jurídica de control jurisdiccional respecto a las actuaciones de los órganos jurisdiccionales que busca ante todo evitar transgresiones a la ley por partes de quienes administran justicia. Otro objetivo que deriva de la denominación misma de este recurso es el de casar la sentencia que no es más que dejar sin efecto el fallo anterior y dictar el que corresponda, sin embargo en el caso de que se hayan producido vicios de procedimiento, produce el efecto de que el juez inferior retome la causa desde el momento en que se produjo tal vicio.

Pero a todos estos se suma un objetivo muy particular por la importancia que reviste y porque a través de éste la casación cobra mayor notoriedad, me refiero a la unificación de la jurisprudencia aspecto que permite que la triple reiteración de los fallos de casación pasen a

constituirse en precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante tanto para la interpretación, como para la aplicación de la ley.

7.4. Importancia de la Casación

La importancia de este recurso radica en los objetivos planteados, pues como dijimos la casación tiene como fin una correcta observancia y aplicación de la ley, lo que requiere buscar el verdadero sentido de la misma y evitar que se le den diversas interpretaciones. Cuando la Corte Nacional emite su resolución en virtud del recurso, no hace más que señalar el correcto significado y alcance de las normas, su pronunciamiento será de cumplimiento obligatorio para las partes; pero tal pronunciamiento del máximo órgano jurisdiccional, debe consistir en un referente a la forma de interpretar y conceptualizar la ley, por ello ha sido necesario establecer la unificación de la jurisprudencia que se va formando a través de los fallos que se reiteren por tres ocasiones, los cuales, como se dijo, han llegado a constituir precedente jurisprudencial de carácter estrictamente obligatorio.

Con la unificación de la jurisprudencia, se logra respetar los principios de igualdad y seguridad jurídica; igualdad en el sentido de que frente a un mismo supuesto de hecho las resoluciones de los jueces sean las mismas, lo que paralelamente otorga seguridad jurídica a los individuos al tener la certeza de que los órganos jurisdiccionales deben interpretar de la misma manera el derecho.

La casación por lo tanto procura la uniformidad y generalidad en la aplicación de la Ley y la Doctrina, a través de la unificación de los fallos de triple reiteración, por ello se ha llegado a afirmar en la doctrina que el recurso de casación constituye una fuente

generadora de derecho, ya que a través de este los jueces de la Corte Nacional legislan y sientan un precedente en cuanto a la aplicación e interpretación de las normas.

7.5. Características

Son algunos los aspectos que hacen de la casación el recurso de más notoriedad y quizás importancia, entre aquellos analizaré los más relevantes.

Primeramente, y como se lo ha dicho en reiteradas ocasiones se trata de un recurso extraordinario, cuya explicación ya quedó expuesta previamente. Es además un recurso limitado ya que las providencias respecto de las cuales se puede interponer el recurso de casación son exclusivamente las que la ley determina; lo mismo sucede con las causales que dan paso a su interposición, que de igual manera están establecidas y circunscritas en la ley, no siendo posible ningún tipo interpretación analógica ni extensiva de la norma que se refiere a las causales; y vale decir que es limitado también debido a que las facultades de los jueces que resuelven sobre el recurso están absoluta y expresamente delimitadas por la ley, únicamente deberán conocer sobre los aspectos de derecho que invocan las partes y resolver, lógicamente, sobre la base de tales pretensiones.

La casación busca enmendar errores in iudicando, así como los in procedendo, y la revisión atacando no al proceso en general sino únicamente de la sentencia impugnada. Su presentación se realiza ante el juez que emitió la resolución, quien una vez interpuesto tiene que enviar el proceso a la Corte Nacional, a quien compete de forma exclusiva el conocimiento del recurso.

Una característica que no se puede dejar de destacar es que se trata de un medio de impugnación de interés público, pues desde esta óptica trata de unificar la jurisprudencia para dar seguridad jurídica a los individuos a través de la aplicación uniforme de la ley y acorde a su verdadero sentido jurídico. Así mismo se caracteriza por ser un recurso que procede solo contra resoluciones definitivas y ejecutoriadas, pues si las mismas no han adquirido esta característica, no podrá interponerse el recurso; se trata de aquellas providencias que ponen fin al litigio, y que consecuentemente no pueden ser impugnadas por otros medios más que por el recurso de casación, es por eso que algunos lo consideran como un recurso extra litis.

Se trata de un recurso cien por ciento formalista, su interposición conlleva cumplir una serie de solemnidades y formulismos, que al no observarse tornan improcedente el recurso. Es de igual manera un recurso renunciabile, pese a tener una finalidad pública, esto es darle el verdadero sentido a la ley y unificar la jurisprudencia, y si bien la ley de manera expresa no se refiere a la renuncia o desistimiento del recurso de casación como tal, se permite al recurrente renunciar a este una vez que ha sido planteado, renuncia que encuentra su fundamento en el principio de renunciabilidad de los derechos de los particulares contemplado en el artículo 11 del Código Civil, que sostiene que “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”, se sustenta además en la disposición 373 del Código de Procedimiento Civil que indica “La persona que ha interpuesto el recurso o promovido una instancia, se separa de sostenerlo, o expresamente por el desistimiento, o tácitamente por el abandono”, esta norma resulta también aplicable a la casación ya que

dentro de tal cuerpo legal se considera a esta figura jurídica como una de las clases de recursos, no obstante de no encontrarse regulada por el código procesal.

7.6. Legitimación

Quienes se hayan legitimados para interponer recurso de casación son las partes procesales, entendiéndose como tales a actor y demandado, que haya sufrido un gravamen en sus pretensiones y que además hayan intervenido en la instancia donde fue dictada la sentencia materia del recurso, al respecto al artículo cuatro de la Ley de Casación expresa “El recurso sólo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto. No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquélla. No será admisible la adhesión al recurso de casación”.

Cabe destacar lo que señala la doctrina con respecto a los litisconsortes, es decir cuando cada parte se encuentra integrada por varias personas, en cuyo caso, si el litisconsorcio se ha formado en función de la voluntad de sus integrantes y cuando solo una de ellas interponga el recurso de casación no se beneficiarán del mismo quienes no hayan participado de la impugnación; mientras que si se trata de litisconsorcio necesario, la doctrina afirma que en este caso la interposición del recurso favorece a los demás, es decir estamos frente a lo que al principio analizamos como efecto extensivo. Santiago Andrade al hablar de los litisconsortes, hace otra diferenciación, basada en la divisibilidad del derecho común en disputa, y sostiene que si éste es divisible, el recurso interpuesto por solo

uno de los colitigantes no beneficiará ni perjudicará a los demás, y por el contrario si el derecho común resulta indivisible la interposición del recurso por una de las personas favorecerá por igual a los demás litisconsortes. Sin embargo, es preciso recalcar que tales criterios no son del todo exactos, pues como sabemos el efecto principal de la casación es anular la sentencia, la cual es una providencia indivisible y por ende sus efectos también lo son, ello que implica que necesariamente el casar una resolución afecte a todos los litisconsortes, pues no se puede anular la sentencia solo respecto a uno y subsistir para los demás.

7.7. Fundamentos de la Casación

7.7.1. Perjuicio

Como quedó establecido al analizar la naturaleza del recurso de casación, al ser este extraordinario, no queda simplemente al libre arbitrio de las partes su interposición, por el contrario tiene estrictos parámetros bajo los cuales procede, de forma general se puede decir que como en la totalidad de los recursos el presupuesto esencial es la existencia de un perjuicio causado al recurrente por el fallo impugnado. El perjuicio del que hablamos se traduce en la insatisfacción de las pretensiones de las partes o dicho de otra manera cuando exista una afectación a los intereses que están en juego en el proceso. Lógicamente el gravamen ocasionado debe provenir de las causales que la ley señala para la procedencia de la casación.

De este supuesto nace el interés para recurrir, al que algunos autores consideran como otro fundamento de la casación, sin embargo a mi criterio, el interés para impugnar es una consecuencia del perjuicio pues únicamente quien lo haya sufrido tendrá interés en

proponer recurso de casación. Ambos aspectos se hallan íntimamente vinculados, de ahí que pueden ser contemplados de forma conjunta, tanto que más que la existencia del uno está supeditada a la del otro, sin perjuicio causado no podrá nacer interés para proponer recurso.

7.7.2 El error de Derecho

Como se ha expuesto previamente, la casación busca entre sus objetivos principales ejercer un control en cuanto a la correcta aplicación del derecho por los órganos jurisdiccionales, y descarta dentro de su campo de acción toda injerencia en cuanto a los hechos.

El autor español Jaime Guasp, considera que el aspecto primordial que caracteriza y que incluso constituye el fundamento mismo de este recurso; es el elemento que admite a la casación como un recurso destinado a anular un fallo por razones estrictamente de derecho y no por cuestiones fácticas, es decir la casación es un recurso que no pretende atacar una resolución por creer que esta tiene un desajuste con los hechos, sino al contrario trata de revisar los desajustes con el derecho, de ahí su significado netamente jurídico al concretarse en resolver únicamente cuestiones de tal índole.

Entonces, la regla general en la Casación es subsanar los errores que tengan influencia decisiva sobre el fallo en lo que concierne a derecho, mas no los de hecho, considerando que por error de hecho se entiende la falsa descripción de una situación o del estado de una cosa, mientras que el error de derecho implica aplicar la ley a un caso específico de forma incorrecta; por ello para la procedencia de la casación debe existir una trasgresión que exclusivamente atente al ordenamiento jurídico.

Con relación a esto Vescovi expresa “la casación implica un control del Derecho aplicado en la sentencia (y el proceso todo), pero no en los hechos, cuya apreciación por los tribunales resulta intangible frente al poder casatorio” (243). Del criterio expuesto por este autor, se infiere, que a la casación no concierne la apreciación de los hechos, sin embargo como se verá más adelante, las salas Especializadas podrán revisar si los jueces o tribunales de las instancias anteriores han valorado la prueba conforme a las normas que regulan este procedimiento, lo cual que no implica un análisis a los hechos en sí, sino a la forma como estos fueron tasados en la etapa correspondiente; ello siempre que los errores en la valoración influyan decisivamente en la resolución final del juicio.

7.8. Interposición del Recurso

7.8.1 Providencias Recurribles

De acuerdo a lo que señala la propia Ley de Casación, las providencias frente a las cuales procede el recurso de casación son las sentencias y autos definitivos, es decir aquellas que pongan fin al proceso. Además contra aquellas providencias dictadas en la fase de ejecución de las sentencias cuando en estas se resuelva más allá de los asuntos controvertidos en el juicio o de lo contemplado en el fallo y cuando tal providencia vaya en contra de lo ejecutoriado. En ambos casos se habla de sentencias, autos y providencias expedidas en procesos de conocimiento.

Por otro lado quedan fuera del campo de providencias recurribles en vía recurso de casación los decretos que tienen como finalidad impulsar el proceso, así como los autos que resuelvan sobre incidentes y no será procedente, de igual manera, frente a las providencias

pronunciadas por las Cortes Especiales de las Fuerzas Armada y la Policía, ni contra resoluciones administrativas de órganos que pertenezcan a la Función Ejecutiva.

El artículo 2 de la Ley de Casación que regula la procedencia del recurso, señala textualmente “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.”

Con relación a esta norma, cabe precisar algunos de sus elementos para su mejor comprensión. Se habla en primer lugar de sentencias y autos, pero a estos se les da la particular calificación de definitivos, lo cual como dijimos al principio hace referencia a que marcan el fin del proceso, pero ello implica además, que se trata de autos y sentencias que resuelvan sobre los puntos de derecho primordiales de la contienda respecto de los cuales no exista posibilidad de volverlos a discutir. Por ello es muy importante que se sepa diferenciar entre una providencia final y una definitiva, pues para el caso de la casación debe cumplir ambas características, como se desprende del fallo de la Primera Sala de lo

Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del 9 de Mayo de 1996, citado por Andrade Ubidia:

“es preciso que la providencia impugnada sea final y definitiva porque resuelva sobre lo principal causando excepción de cosa juzgada sobre el motivo central de la controversia, de manera que no pueda renovarse la contienda ni ante el mismo Tribunal ni ante otro diferente: a este respecto, uno de los autores del proyecto que se convirtió en ley, el Dr. Jorge Zabala Egas, emite los siguientes criterios que ayudan a la debida comprensión de la norma, de conformidad con lo que establece el artículo 18 regla primera inciso segundo del Código Civil «bien puede ser una sentencia final, pero no definitiva. Este sería el caso del auto por el cual el juez cede la competencia que es final en cuanto al punto en discusión, esto es, la competencia, pero no es definitiva, pues no resuelve el problema del fondo de la Litis. Las sentencias que declaran la nulidad de lo actuado son finales cuando se expiden en única o última instancia, pero no son definitivas por la misma razón que en el ejemplo anterior... Estos son algunos ejemplos de aplicación de las características de sentencias o autos finales y definitivos, que es lo que la Ley exige para que sean de aquellos que pongan fin a los procesos”(74).

Luego se indica que estas sentencias o autos deben ser expedidos en procesos de conocimiento, debiéndose entender como tales a los juicios en los que el juzgador tiene que resolver una controversia sometida a su conocimiento en virtud de la voluntad de las partes, es decir se trata de procesos en donde están en juego pretensiones o intereses contrapuestos y las partes buscan precisamente que el órgano jurisdiccional declare la existencia o la

inexistencia de un derecho. Se lo denomina de tal manera, porque justamente la intención de las partes es otorgar al juez el conocimiento necesario para que este pueda decidir acerca de las pretensiones en disputa. Los procesos de conocimiento difieren totalmente de los procesos de ejecución, los cuales tienen por finalidad efectivizar un derecho existente, es decir, simplemente buscan como su nombre lo indica la ejecución de un derecho ya establecido. Los procesos de conocimiento resuelven controversias, los de ejecución solo ordenan el cumplimiento de una obligación sobre la base de un derecho.

Se hace referencia además a los autos y sentencias definitivos pronunciados por las Cortes Superiores, hoy en día Cortes Provinciales que constituyen órganos jurisdiccionales de segundo nivel o segunda instancia, y además los pronunciados por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo, con lo que, queda excluida toda posibilidad de que la casación pueda proceder ante las sentencias y autos pronunciados en una primera instancia, excepto las resoluciones pronunciadas por los tribunales ya mencionados los cuales en efecto operan como primera instancia, ello debido a que la naturaleza misma de la casación requiere para su procedencia que se hayan agotado todos los recursos, por lo tanto, un proceso no podrá ser remitido directamente desde un juez de primera instancia a la Corte Nacional en virtud de que se haya interpuesto recurso de casación, pues en tal caso, se lo rechazará inmediatamente. En el segundo inciso de la norma se hace referencia a los autos y sentencias dictadas en la etapa de ejecución de la sentencia, respecto a esto, se puede acotar que la condición esencial para la procedencia del recurso de casación ante estas providencias es que exista un desajuste entre el fallo que se está ejecutando y una providencia que se aparta del sentido de esta; de no establecerse tal condición se podría

presentar una situación de abuso del recurso, ya que las partes podrían interponerlo con la intención de dilatar el proceso, más no porque vaya en contra del fallo en ejecución.

7.8.2. Termino y Forma de interposición

Para que el recurso de casación pueda ser admitido es indispensable que se cumplan los requisitos exigidos para su interposición, ya que como sabemos se trata de un recurso del todo formalista, en donde la omisión de alguna de las solemnidades podría implicar la denegación del recurso. Aquellos elementos que deben concurrir simultáneamente para que surja un proceso de casación son, en primer lugar que se traten de providencias recurribles; que el recurso se funde en cualquiera de las causales legalmente establecidas; que el impugnante se encuentre legitimado para interponer el recurso; y que se observen lo requerido en cuanto al tiempo y la forma.

Corresponde en este punto analizar el término de interposición y la forma en que debe realizarse. En cuanto a lo primero, las partes podrán presentar el recurso dentro de los cinco días posteriores a la notificación del auto definitivo que ponga fin al proceso, de la sentencia y del auto definitivo que niegue o acepte la ampliación o aclaración de un fallo; la ley hace una concesión especial a los organismos y entidades del sector público y establece para dichas instituciones un término más amplio, el cual tiene una duración de quince días.

En relación a la forma de interposición del recurso, en base a lo que determina el artículo 6 ibídem, la presentación deberá realizarse mediante un escrito en el que se deberá señalar la providencia recurrida, individualizándola completamente en cuanto al proceso en el que fue pronunciada, así como también en cuanto a las partes procesales que intervinieron; se exige

además que se indique las normas o las solemnidades que según el recurrente hayan sido transgredidas con la providencia impugnada para ello será necesario que las partes expresen los fundamentos en los que sustentan la impugnación y como consideran que ha influido en la decisión final del juez tales violaciones, independientemente de que se destaque la causal que origina el recurso, lo cual es además requerimiento indispensable.

Es lógico que se exija señalar la providencia recurrida para poder determinar si el recurso es procedente o no contra dicha providencia. Es además menester que se identifique plenamente el proceso dentro del cual el auto o sentencia impugnada ha sido pronunciado y las partes procesales que intervienen, para tener mayor certeza en relación a qué causa se está proponiendo el recurso, ya que puede existir más de un litigio en el que las mismas partes participen. En nuestro sistema procesal los juicios son identificados a través de un número asignado por los órganos judiciales, lo cual facilitara la individualización del proceso. Se considera importante también la individualización de las partes, con el objetivo de conocer si el recurrente ha sido en efecto parte del proceso y por lo tanto si está legitimado para recurrir.

Una de las exigencias es también que se enuncien las causas que dan origen al recurso, esto por la condición misma de la casación que tiene un carácter extraordinario, lo que lo vuelve más estricto, e implica que procederá solo bajo ciertas circunstancias, que son las causales señaladas expresamente en la ley en las que las partes deberán basar su interposición, para complementar ello, se deben señalar así mismo que normas específicamente han sido inaplicadas, aplicadas indebidamente o erróneamente interpretadas o que formalidades del procedimientos han sido violentadas por el auto o sentencia impugnados. Así mismo se

debe fundamentar el recurso, lo que significa establecer una relación de causa y efecto entre las normas transgredidas y su consecuencia manifestada en la resolución final del proceso.

Cada uno de estos requisitos tiene calidad de indispensable, puesto que su falta podría generar la negación del recurso, de ahí la importancia de que sean observados estrictamente.

7.8.3. Competencia

Al tratar la *competencia* del recurso en estudio, primero cabe hacer una consideración especial, pues en este caso como sucede en otros recursos horizontales, el órgano competente para conocer y resolver de la casación, no es el mismo ante el cual se interpone el recurso. Es así, que el recurso de casación debe interponerse ante el juez o tribunal que dicto la providencia que se pretende impugnar, pero, para ante las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, el cual es por disposición constitucional el órgano judicial que de forma privativa tiene competencia para conocer los recursos de casación.

Dentro de este proceso, una vez interpuesto el recurso ante el órgano correspondiente que será el que haya pronunciado el auto o sentencia que se busca atacar, este debe proceder a calificar el recurso dentro del término de tres días, concediendo o denegando el mismo, la calificación consiste en la verificación de los siguientes elementos: que se trate de un auto o sentencia recurrible vía casación, que su interposición se haya realizado dentro del término legal, y si el escrito mediante el cual se deduce el recuso reúne los requisitos que determina el artículo seis de la Ley de Casación, entre los que están por ejemplo, la descripción la providencia recurrida, las causales en la que se funda el recurso y otras ya analizadas. Únicamente en base al cumplimiento de tales formalidades el órgano judicial

tendrá que admitir o denegar el recurso, y proceder a notificar a las partes, como es lógico, motivando debidamente su decisión.

Si el recurso ha sido concedido, el juez o tribunal ante quien se interpuso debe ordenar en la misma providencia que acepta el recurso de casación que se eleve el expediente a la Corte Nacional y que se remitan copias del proceso al órgano competente para la ejecución del fallo, salvo que se haya rendido caución para suspender su ejecución. A partir del momento en que el proceso es remitido a la Corte Nacional, esta ejerce su exclusiva competencia para conocer de la casación, para ello en primer lugar deberá manifestarse respecto a sí se admite o se rechaza el recurso, analizando si él mismo ha sido debidamente concedido por el tribunal de segunda instancia, para ello la Sala Especializada cuenta con un término de quince días. Si el recurso es admitido se debe notificar a las partes y correr traslado a quien corresponda, con el recurso deducido, concediéndoles cinco días de término para que sea contestado fundamentadamente. En caso de que se rechace el recurso se devolverá el proceso al órgano judicial inferior.

7.9. La Casación y el orden Constitucional

A partir de la Constitución de 1998, se introdujo una importante declaración que calificaba a nuestro país como un *Estado social de derecho*, más en la Constitución hoy en día vigente se modificó la definición de la Asamblea Constitucional anterior y se declara al Ecuador como un *Estado constitucional de derechos*.

Explicaré entonces en qué consisten ambas connotaciones; el *Estado de derecho* hace referencia a los sistemas que tienen una tendencia completamente legalista, dentro del cual la preeminencia del derecho vigente tiene un carácter absoluto. El *Estado constitucional de*

derechos, como lo designó la Constitución del 2008, pretende superar la noción del *Estado de derecho* agregando la característica de *constitucional* con lo que se intenta resaltar la supremacía de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico, dicha primacía implica la aplicación de los principios constitucionales sobre las demás normas, su aplicación directa en todos los casos aunque no existan reglamentos de aplicación y la utilización de la constitución como criterio de interpretación de la ley; además se habla en plural de *derechos*, para hacer referencia a los sistemas de justicia vigentes en nuestro país los cuales se rigen por sus propias normas, como lo son la Justicia Ordinaria y la Justicia Indígena, e intenta además, denotar el carácter garantista del Estado que procurara a toda costa el respeto a los derecho de los individuos.

Al ser entonces el Ecuador un *Estado constitucional de derechos*, necesita de organismo que controlen la vigencia efectiva de la ley y que a la vez se encarguen de administrar justicia, para ello, la misma Carta Magna establece que dicha potestad la ejercerán los órganos de la Función Judicial y los demás reconocidos por la Constitución. La Función Judicial se encuentra organizada en juzgados, cortes y tribunales a quienes corresponde específicamente la función de impartir justicia, dentro de tales órganos jurisdiccionales la Corte Nacional de Justicia es el órgano supremo y de mayor jerarquía, el cual a través de sus salas especializadas ejerce sus atribuciones, algunas de ellas contempladas en la Constitución, como: conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que señale la ley; constituir el sistema de precedentes jurisprudenciales en base a los fallos de triple reiteración; resolver las causas contra las servidoras y servidores públicos; presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia, y otras más que la ley determine. Dentro de todo este campo de acción, se determina que la función

principal de la Corte Nacional es actuar como tribunal de casación, su actividad a decir de Santiago Andrade, no consiste en impartir justicia en los casos concretos, más bien implica ejecutar un control de la aplicación del derecho en la actividad de los jueces y tribunales inferiores, para el autor la labor de la Corte Nacional se traduce en “velar porque uno de los poderes del Estado, el judicial, obre como corresponde en un Estado de derecho, sometiendo su actuación a los preceptos constitucionales y legales”(16), sin embargo recalca que:

“únicamente cuando encuentra que los jueces han transgredido el ordenamiento constitucional y legal, la Corte Suprema de Justicia puede asumir el papel de juez de instancia, y allí sí, **administra justicia** a las partes involucradas en un proceso judicial, al igual que en los poquísimos casos en que la ley dispone que el máximo Tribunal actúe directamente como tribunal de instancia”(16)

Por lo tanto, al atribuir a la Corte Nacional la potestad de resolver los recursos de casación, se le está encargando a más de administrar justicia en los casos concretos, el control de la aplicación e interpretación del derecho en las actuaciones de los jueces de instancia, facultad que le es posible cumplir a través de la unificación de la jurisprudencia que permite integrar los fallos de triple reiteración en materia de casación para que pasen a constituir precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante. Razón por la cual se considera que la Corte Nacional tiene además facultades colegisladoras, aspecto muy discutido por los juristas, así de la Rúa señala al respecto “Nunca la jurisprudencia –aunque plenaria- crea o puede crear derecho. Los jueces solo pueden interpretar la ley, desentrañar el mandato del legislador, explicar la inteligencia de la norma; pero no pueden extender su

alcance ni adicionar otros imperativos contenidos en ella. La interpretación se realiza *intra legem* y no fuera o más allá de la norma.”(202). Es claro que la jurisprudencia no creará nuevas normas de derecho, pero al señalar la forma correcta de interpretación y aplicación de la ley, establece un antecedente que deberá ser consultado obligatoriamente por los jueces al administrar justicia, lo que indirectamente significa que la jurisprudencia es fuente de derecho.

La unificación de la jurisprudencia es una actividad constitucionalmente consignada a la Corte Nacional, órgano jurisdiccional al que corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, de acuerdo a lo señalado por la propia Carta Magna cuando se reitere por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho en diferentes sentencias pronunciadas por las salas especializadas, dichos fallos deben ser remitido al pleno de Corte, para que sean analizados en cuanto a la similitud de lo resuelto, y así decidir si los fallos pasan a ser jurisprudencia obligatoria y vinculante; al respecto el Código Orgánico de la Función Judicial, determina que la existencia de un precedente jurisprudencial será declarada a través de una resolución de la Corte, la que contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, más lo concerniente a la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, se publicará en el Registro Oficial, momento a partir del cual la aplicación de tales precedentes se torna obligatoria.

La norma constitucional como el Código Orgánico de la Función Judicial admiten la posibilidad de que el criterio jurisprudencial obligatorio pueda ser modificado, pero para ello se requiere que la jueza o juez ponente fundamente su postura en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio propuesto, de esta manera su fallo en primer lugar deberá ser aprobado de forma unánime por la sala y luego será el pleno de la Corte el cual

decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio, analizando para ello si el criterio se ha cambiado, o si se contempla una cuestión nueva que no se halla comprendida en el precedente jurisprudencial.

7.10. Causales

Por la vigencia del principio dispositivo en nuestra legislación, se entienden que son las partes quienes tienen la obligación de impulsar el proceso; en el recurso de casación este principio tiene plena aplicación puesto que las partes podrán interponer el recurso únicamente cuando su pedido se fundamente en las causales o razones expresamente establecidas en la ley, siendo requisito fundamental que en el escrito de interposición consten dichos motivos en los que se funda el recurso. Estos motivos se encuentran contenidos en el art.3 de la ley de Casación, bajo la denominación de causales y tienen la especial característica de ser taxativas, es decir son las únicas circunstancias frente a las que procede la casación, por lo tanto se excluye la posibilidad de que exista alguna otra causal.

La primera causal se refiere al *error in iudicando*, textualmente la Ley de Casación en su Artículo 3 numeral 1 señala que dicha causa consiste en “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”, se trata por lo tanto de un vicio en el juzgamiento, el cual afecta al contenido mismo de la resolución. Se incurrirá en el primer supuesto de esta causal, la aplicación indebida, cuando se aplique erróneamente una norma que no se ajusta a una situación concreta, para ello se parte de que ante una realidad jurídica existe una norma aplicable, sin embargo el juez al resolver no aplica la disposición correcta, ya sea por

desconocimiento o por beneficiar alguna de las partes. La falta de aplicación, por otro lado, se refiere a que no se aplica la norma correspondiente con relación a los hechos esgrimidos consecuentemente existe una omisión que genera una resolución equivocada. La errónea interpretación se presenta cuando no se da el verdadero sentido y alcance a una determinada disposición legal; se debe considerar que el juzgador al interpretar una norma debe guiarse por los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil, caso contrario, el apartarse de estos criterios ocasionaría dar a ley un sentido distinto y equivoco produciendo evidentemente una resolución contraria al sentido y alcance del derecho.

En definitiva esta causal se presenta cuando de una manera equivocada se han interpretado las normas sustantivas o los fallos jurisprudenciales obligatorios o no se han aplicado o se han aplicado indebidamente, siempre que estos errores resulten determinantes para que el juez tome su decisión.

La segunda causal se refiere a los vicios del procedimiento que tengan influencia en la decisión final de la causa y que por ende provoquen la nulidad procesal. En el capítulo referente a la nulidad se analizó las circunstancias bajo las que esta procede, la primera se refiere a cuando existe violación del trámite correspondiente a la naturaleza de la causa, y la segunda cuando existe omisión de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias. Cuando se han presentado alguna de estas dos situaciones se ocasiona la nulidad y si no ha sido declarada oportunamente, puede constituir un fundamento para interponer el recurso de casación. Para que estos vicios den lugar a interponer el recurso deben ser vicios de nulidad insanable, deben provocar la indefensión del agraviado, influido en la decisión de la causa, y que no se haya convalidado legalmente la nulidad; cabe recalcar entonces que existen dos clases de vicios procesales, los primeros son aquellos que

aunque hayan influido en la resolución de la causa y que pueden sanearse ya sea por voluntad de las partes o porque estas no presentan reclamación alguna, produciéndose la convalidación legal, a estos vicios se los conoce como leves y levísimos, en cambio los segundos que se los conoce como vicios graves no son susceptibles de saneamiento ni de convalidación.

La tercera causal guarda relación a la valoración legal de las pruebas, y específicamente se trata del error cometido en la valoración de las pruebas como producto de la transgresión a normas jurídicas que regulan la materia y cuando como producto de ello se produce una deficiente aplicación del derecho sustantivo. En relación a ello, el Código Procesal ecuatoriano establece como único sistema de valoración de la prueba a las reglas de la sana crítica, mas no define ni enumera cuales son estas normas, por tal razón para definir este concepto me permito citar lo que se manifiesta en la Resolución No. 127–2002 pronunciada el 14 de junio del 2002 por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia que define a la sana crítica de la siguiente manera “no son sino las reglas del correcto entendimiento humano, en el que se juntan la lógica del raciocinio y la experiencia personal del juez”, es por lo tanto la sana crítica, un sistema de principios de sentido común en el que confluyen los conocimientos y la experiencia del juzgador. En consecuencia, la causal se genera cuando un medio probatorio no ha sido valorado de la forma señalada por la ley, esto es, en base a la sana crítica, y en contrario sensu se le ha dado otra apreciación. Sin embargo, es importante mencionar que pese a que la valoración a través de la tarifa legal ha quedado suprimida de nuestro sistema, aún encontramos ciertas disposiciones expresas que determinan el valor que debe darse a un medio probatorio. A manera de ejemplo me permito citar, lo que sucede con la confesión judicial, la cual es considerada

como la reina de las pruebas, debido a la importancia que la misma ley procesal le concede; es así que el artículo 123 del Código de Procedimiento Civil ordena “Para que la confesión constituya prueba es necesario que sea rendida ante el juez competente, que se haga de una manera explícita y que contenga la contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados”, siempre que se cumplan los requisitos mencionados, la confesión judicial constituirá prueba plena dentro de un juicio, mas como destaca el artículo siguiente *ibídem* “Si la confesión no tuviere alguna de las calidades enunciadas en el artículo anterior, será apreciada por el juez en el grado de veracidad que éste le conceda, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. La primera es una norma de valoración expresa de la confesión judicial que debe ser aplicada irrestrictamente por el juez; la segunda en cambio deja la posibilidad de aplicar las reglas de la sana crítica cuando la confesión judicial no cumpla las condiciones necesarias.

Como se sabe la valoración de las pruebas es una atribución específica de los jueces o tribunales de instancia, por ello al Tribunal de Casación únicamente le corresponde, a pedido de parte, controlar que en dicha valoración se hayan observado las normas procesales que versen sobre la apreciación de los medios probatorios, mas no les compete a las Salas Especializadas de la Corte Nacional revalorizar las pruebas actuadas en la instancia anterior, ni la admisión de nuevas pruebas; reiterando, su función se limita a analizar que se haya aplicado e interpretado conforme a derecho las disposiciones que regulen la valoración de la prueba, es decir, lo concerniente a la sana crítica.

La cuarta causal se concreta en los vicios de juzgamiento, en todo proceso la demanda y la contestación fijan el campo de acción del juez, y de las partes, el juez debe resolver solo

sobre la totalidad de lo que se le ha planteado, tal cual el principio de que sólo lo que existe en el proceso existe en el mundo para el juez; de tal manera que si se excede en sus actuaciones, o lo contrario no resuelve sobre todo lo que corresponde, causa un grave perjuicio a las partes, pues no soluciona en forma debida el proceso y por lo tanto no remedia el asunto controvertido. En definitiva estamos en presencia de los vicios de juzgamiento *ultrapetita*, *infrapetita* y *extrapetita*, el primero de ellos consiste en haber resuelto más allá del petitorio o los hechos planteados en el litigio; por el contrario el concepto de *infrapetita* atañe a aquellas circunstancias en las el juez no se pronunciado sobre todas las pretensiones materia del juicio; y es un vicio *extrapetita* cuando se ha resuelto sobre peticiones y hecho no alegados dentro de la causa.

La quinta causal se la conoce también como incongruencia específica, y hace referencia cuando la sentencia no ha cumplido los requisitos que la ley ha establecido para la validez de la misma, o cuando existe una incongruencia entre las tres partes de la sentencia expositiva, motiva, y resolutive, es decir lo que se afirma en una parte se niega en otra, de tal manera que existe una contradicción que hace imposible la coexistencia de las distintas partes, contrariando los principios de armonía y de unidad que debe guardar toda sentencia, y que la misma debe ser congruente y univoca, se enmarcan dentro de esta causal la sentencias que adolecen de inconsistencia, es decir cuando el silogismo que se concluye no está respaldado de manera debida por las premisas del mismo.

Se puede comprender que las causales, primera, cuarta y quinta se refieren a la violación del derecho sustantivo, y por otro lado la causal segunda y tercera son transgresiones de las normas procesales. Cabe mencionar además que cada causal contiene a su vez varias especies, las mismas que son excluyentes y que por lo tanto deben argumentarse de manera

única pues no cabe que puedan presentarse de manera conjunta ya que resultan contradictorias pues por lógica el juez no puede aplicar indebidamente y al mismo tiempo no aplicar y equivocarse en la interpretación de una norma. Así también quien interponga el recurso debe hacerlo con la debida fundamentación dejando en claro, y señalando de manera puntual en que sub causal ha incurrido el juez, y estableciendo la norma que debía aplicarse, la que se dejó de aplicar, o como debía interpretarse, aclarando que en determinadas situaciones es muy difícil establecer con absoluta claridad en cuál de las tres sub causales se ha incurrido, pues las diferencias entre estas resultan muy sutiles, por lo que habrá que hacer un análisis minucioso, y con mucho detenimiento y acierto para establecer con absoluta claridad en que sub causal se ha incurrido. Por último al interponerse el recurso se debe argumentar una causal pues cada una de estas resulta excluyente de la otra pero esto respecto de una misma parte de la sentencia, pues lo que puede acontecer es que el fallo incurra en dos causales pero en distintas partes de la resolución.

7.11. Consecuencias y Efecto

7.11.1. Consecuencias

En relación a las consecuencias que ocasiona el recurso de casación, se debe decir que estas pueden ser diversas en razón de la manera en que es regulado el recurso en las diferentes legislaciones o de acuerdo a la perspectiva que tienen los diferentes doctrinarios. Así por ejemplo para algunos en virtud del recurso de Casación se generan dos situaciones que en doctrina se conocen como Casación sin reenvío, y Casación con reenvío, la primera hace relación a que una vez interpuesto el recurso la Corte de Casación resuelve anulando la sentencia de segunda instancia, poniendo término al juicio. La segunda, hace relación a que una vez interpuesto el recurso, la Corte resuelve casando la sentencia y remitiendo el

proceso a los jueces de segunda instancia para que sea retomado a partir del punto donde se presentó el vicio y haya un nuevo juzgamiento.

Desde otra perspectiva, en nuestro sistema procesal a través del recurso de Casación la sala especializada busca anular las sentencias que contengan errores de derecho y así determinar la correcta vigencia y aplicación de la ley, sin que para ello sea posible la actuación de ningún medio de prueba o que se aleguen nuevos hechos. La Corte Nacional se ocupará exclusivamente de los aspectos planteados por el recurrente, no entrará a conocer otras situaciones por contrarias a derecho que estas parezcan si no han sido invocadas por las partes. En concordancia con esto se ha llegado a establecer que la casación no es una instancia, pues la instancia implica una indagación de los hechos, una plena tramitación de la controversia, mientras que en virtud del recurso de casación no se realiza ninguno de estos supuestos, pues no interesan los hechos, ni las actuaciones de los sujetos procesales, sino que la competencia de los jueces se circunscribe a analizar sobre los errores en que ha incurrido el juez al emitir su pronunciamiento, errores que versan sobre la interpretación y aplicación del derecho.

Ahora bien la principal consecuencia y efecto que produce el recurso de casación es la anulación de la resolución recurrida, en virtud de dicha anulación las cosas vuelven al estado anterior al momento en que se produjo el vicio, y por ende la sentencia o auto que hasta ese momento se encontraba ejecutoriada pierde tal calidad, y se da paso a la nueva resolución que emita la Corte Nacional subsanando los errores incurridos por el juez o tribunal inferior.

Otra consecuencia lógica es la anulación de los efectos provocados por el fallo recurrido, se parte de que el auto o sentencia que se impugna ya se ha ejecutoriado, lo cual como es lógico genera efectos jurídicos que quedarán sin valor alguno al pronunciarse una nueva resolución en virtud del recurso de casación. La anulación del fallo presenta una situación especial cuando la casación ha sido fundada en la causal que hace referencia a la nulidad procesal, pues en este escenario una vez casada la sentencia o auto, se debe remitir el proceso al juez u órgano judicial al que correspondería conocerlo a fin de que continúe con la sustanciación de la causa desde el punto en que se produjo el vicio in procedendo que acarreo la nulidad.

Finalmente, otra consecuencia, y sin duda una de los más importantes, radica en que el fallo dictado por la Corte Nacional se incorpora a la jurisprudencia y como tal constituye precedente que debe aplicarse en lo posterior para casos análogos, y es más, si el fallo es reiterado por tres ocasiones constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante.

7.11.2. Efecto

No se puede dejar de destacar que es lo que sucede con el fallo impugnado vía casación mientras el recurso es resuelto, pues en este caso podemos hablar de un efecto netamente devolutivo como lo establece la ley y más aún, porque como se estudió, es condición indispensable para la procedencia de la casación que el auto o sentencia se halle ejecutoriado, con lo que se entiende que la providencia estará produciendo plenos efectos. El fallo sometido a casación, por lo tanto y en función del efecto devolutivo, no dejará de surtir efectos jurídicos al interponerse recurso de casación, e incluso al ser admitido e iniciado el trámite correspondiente. Sin embargo, y como toda regla tiene su excepción, existen algunos casos en los que el fallo recurrido no se puede cumplir por disposición de la

ley, ello sucede cuando el juicio versa sobre el estado civil o cuando el recurso de casación ha sido interpuesto por entidades del sector público; así mismo se concede la posibilidad al recurrente de solicitar la suspensión de la ejecución del fallo siempre que para ello rinda la respectiva caución, con el fin de garantizar los perjuicios que la interrupción de la ejecución podría causar a la otra parte.

Lo explicado se aplica cuando luego de interpuesto el recurso y seguido el trámite se casa el fallo recurrido ya sea total o parcialmente, pues situación contraria es el hecho de que seguido el trámite no se case el fallo ya sea porque la pretensión es improcedente, porque las causales que se ha invocado no se han justificado o por cualquier otra circunstancia, en tal evento si bien se aceptó el recurso se rechaza la pretensión alegada, y como consecuencia el fallo recurrido queda confirmado.

7.12. Recurso de Hecho

En el capítulo concerniente a la apelación se analizó al recurso de hecho como un medio para impugnar la denegación de este recurso, mas su aplicación como recurso subsidiario no se limita únicamente a la apelación, se puede interponer recurso de hecho asimismo cuando no se admita la impugnación de un auto o sentencia vía casación, pues así lo establece la ley correspondiente.

El recurso de hecho consiste en una queja, incluso es conocido con tal denominación en otras legislaciones, que el recurrente interpone al ser negada la apelación o la casación. En la misma forma que la casación se otorga para corregir un error en la aplicación e interpretación del derecho, el recurso de hecho busca reparar el error cometido respecto a la

admisibilidad, en este caso, de la casación, y en virtud de ello obtener que se acepte a trámite el recurso.

Vescovi sostiene que la existencia del recurso de hecho es propia de los sistemas iberoamericanos en donde la apelación y casación deben interponerse ante el mismo juez que pronunció la providencia recurrida, quienes además tienen la facultad de admitir o denegar la impugnación; por esa razón aparece como justo e imperioso conceder la posibilidad al impugnante de solicitar nuevamente la concesión del recurso a la autoridad superior.

La importancia del recurso de hecho es tal, que incluso es considerado como una especie de garantía al derecho de defensa de los justiciables, y que por esa misma razón debe ser resultado por el juez ad quem para que de esta manera se pueda ejercer una revisión efectiva a la resolución del juez a quo en la que se negó la procedencia de la casación. Sin embargo, las partes deben presentar el recurso ante el mismo que negó la casación en el término de tres días, pero para que este simplemente remita el expediente completo del proceso a la Corte Nacional, órgano que en efecto decidirá sobre la aceptación o no del recurso, de suceder lo primero se procede a darle trámite o de lo contrario, y en el segundo caso se debe motivar la denegación del recurso.

7.13. Análisis del Caso Práctico

A través del análisis de un caso real, se pretende demostrar la importancia que cobran los medios de impugnación en las contiendas legales que conforme se estudió, básicamente pretenden reparar un perjuicio causado por un acto procesal. Mi examen se concreta a tres fallos de la Corte Nacional de Justicia que en virtud de su triple reiteración han llegado a constituir precedente jurisprudencial de aplicación obligatoria y vinculante, siendo estas resoluciones pronunciadas dentro del recurso de casación, el estudio se realizará desde tal perspectiva.

Los fallos objeto de este análisis versan principalmente sobre el juramento acerca de la imposibilidad de determinar la residencia del demandado como requisito para que se pueda realizar la citación por la prensa, aspecto que consta en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, y los efectos que la violación a tal disposición implican. En dos de los tres casos a analizarse se ha planteado recurso de casación motivado en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, y además se hace alusión a otras causales; la causal segunda, en la cual nos centraremos, conforme se desprende del texto legal consiste en “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”. Es decir entonces, se refiere a los casos en que no se hayan observado como corresponde las normas procesales y por ende se haya incurrido en un vicio in procedendo, esta causal en otras palabras, evoca a las nulidades procesales, las cuales al tenor de lo que ordena nuestro ordenamiento jurídico toman lugar en dos posibilidades: cuando no se hayan respetado las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios y las especiales para determinados asuntos, o cuando se haya violado el trámite

correspondiente a la naturaleza de la causa; bajo estas dos circunstancias resulta procedente el recurso de casación siempre que se cumplan las otras características señaladas por la disposición transcrita líneas arriba. Tales condiciones se pueden subsumir en los principios que la doctrina califica como aplicables a las nulidades procesales, estos son el de especificidad y el transcendencia; el primero de ellos hace alusión a que la transgresión cometida este tipificada en la ley como causal de nulidad, y el segundo como su nombre lo indica se trata de que dicha violación tenga tal importancia que podría ocasionar indefensión de una de las partes, influir en la decisión de la causa, y principalmente no le permitiría al proceso cumplir con su misión principal que consiste en garantizar la tutela del ordenamiento jurídico a través de la ejecución pacífica y justa del derecho objetivo en los casos concretos.

Al invocar las partes la causal segunda, pretenden demostrar el error in procedendo incurrido por los jueces de instancia al no cumplir lo concerniente a las solemnidades sustanciales cuya infracción representa un motivo para que el proceso en todo o en parte sea declarado nulo, siempre y cuando la omisión de tales presupuestos deba como consecuencia viciar al proceso de nulidad insanable, provocar indefensión, influir en la resolución final y deberá no haber sido convalidada. En las situaciones materia del análisis, específicamente se hace referencia a la *citación*, la cual se encuentra detallada dentro de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios que señala el artículo 346, por ello conviene definir en qué consiste esta formalidad, y porque su calidad de sustancial. La citación consiste en un acto jurídico procesal por el que el actuario de un despacho o el funcionario citador hace conocer al demandado de las acciones que se intentan en su contra, constituyendo la citación, por estas razones, una garantía del debido proceso y particularmente una garantía del derecho a la defensa, pues permite poner bajo

conocimiento de una persona la existencia de acciones iniciadas en su contra con el objetivo de que esta pueda contradecir en función de sus pretensiones; por estas razones constituye una solemnidad sustancial para todo los juicios, ya que su omisión priva al demandado de conocer a tiempo de la demanda planteada en su contra y por ende genera una suerte de indefensión para aquel, contrarrestando el derecho de protección y todo lo que este implica, tutelado constitucionalmente. Existen en nuestra legislación diversos tipos de citación: personal, por boletas, por la prensa, por oficio (agentes diplomáticos), deprecatorio, y exhorto, cada uno de estos procederá en las circunstancias que establecidas en el Código de Procedimiento Civil. Vale destacar, que la citación en las acciones constitucionales opera con mayor simplicidad que en el campo civil, pues en aquellos casos según establece la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, las notificaciones se pueden realizar a través de los medios más eficaces que estén al alcance de los jueces o de las partes, prefiriéndose los medios electrónicos, esta situación denota menos rigidez que en la jurisdicción civil.

Para este caso en especial nos compete destacar a la citación por la prensa, la misma que tiene los mismos fines que una citación personal, o por boleta, pero en este caso implica que la providencia en la que se hace saber de la demanda y un extracto de la misma debe ser publicada por tres ocasiones en un periódico de circulación local, provincial o nacional, señalado por el juez; sin embargo la citación a través de la prensa se podrá realizar únicamente en los casos en los que sea imposible determinar la individualidad o residencia del demandado, tanto así que el artículo 82 *ibídem* señala como requisito indispensable que la afirmación de tal imposibilidad deba ser realizada por el demandante bajo juramento. Una vez demarcado el campo normativo y conceptual que concierne a los fallos materia de éste examen, me referiré de manera breve a cada uno de ellos.

En la primera resolución de No. 159-2001, pronunciada el 09 de abril de 2001 por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, el recurrente deduce recurso de casación dentro de un juicio ordinario de reivindicación seguido en su contra y de otro, alegando que “el proceso está viciado de nulidad insanable por falta de citación con la demanda a los demandados e indefensión de su consocio”. Al respecto cabe mencionar que el actor en la demanda, sostiene que se citará a los demandados en su domicilio en razón de su trabajo y señala una dirección para hacerlo, agregando además, que la citación se realice en aquel lugar sin perjuicio de que se lo haga en su domicilio habitual; más en el proceso no existe constancia alguna de que se haya realizado la citación ni en su lugar de trabajo ni en el domicilio, lo único que se desprende del proceso son las publicaciones realizadas en un periódico; sin que para optar por este tipo de citación haya mediado el juramento en las condiciones que la ley requiere, pues simplemente el actor bajo juramento ha manifestado “desconocer la dirección domiciliaria” lo cual bajo ninguna circunstancia coincide con lo señalado por el Código de Procedimiento Civil. Pues en primer lugar, la disposición habla de residencia y no de domicilio, términos que aunque guarden relación tienen una sutil diferencia, primero el domicilio es un concepto más amplio, el cual consiste en la residencia con el ánimo real o presunto de permanecer en ella, mientras que la residencia no implica una permanencia constante, por ello la residencia puede considerarse el lugar de trabajo de una persona. El lugar del trabajo puede ser también contemplado como domicilio en los casos que la ley determine. La segunda observación tiene que ver con el juramento que el actor ha realizado en el que afirma simplemente desconocer la dirección domiciliaria, cuando el artículo 82 *ibídem* de forma diáfana establece que debe tratarse de un juramento en el que se afirme sobre “la imposibilidad de determinar la individualidad o residencia”, expresión que entraña algo más que desconocer, pues no sería raro que una persona desconozca donde

reside otro individuo, pero ello no implica que no se pueda determinar por otros medios el lugar de residencia y más aún que sea imposible, lo cual denota que se hayan agotado todos los recursos y formas existentes para lograr determinar la residencia del demandado. Por lo tanto, el actor en cuanto a este punto no ha cumplido lo requerido por la ley para que pueda realizarse la citación por la prensa y en virtud de ello la Sala considera que la citación no ha sido válida, mas este vicio respecto al recurrente ha sido convalidado ya que pese a la falta de citación compareció al juicio ejerciendo su derecho a la defensa como corresponde, en contrario sensu, respecto al otro demandado la omisión de la citación no ha sido convalidada, ello ocasiona que la sentencia incurra en la causal segunda del artículo 3 de la ley de casación que habla de los vicios in procedendo, concretamente en lo que se refiere a la omisión de la citación. Como vemos, el recurso de casación fue interpuesto por uno de los demandados y pese a haber sido convalidada la nulidad por el recurrente, la nulidad procesal subsiste en relación al otro demandado quien en efecto no compareció al juicio por no haber sido citado, es por esta razón que la Sala casa la sentencia pronunciada por el tribunal a quo y declara nulo todo lo actuado a partir de la providencia en donde se incurrió en el error de procedimiento.

En el segundo fallo pronunciado el 14 de junio de 2002 por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, signado como 127-2002, se resuelve el recurso de casación interpuesto dentro del juicio por indemnización por daño moral seguido en contra del recurrente, el cual fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Al analizar el tribunal de casación los fundamentos del recurrente, señala que en relación a la causal tercera el impugnante no logra demostrar que el tribunal de última instancia haya incurrido en un error respecto a la valoración de la prueba, pues solo se limita a afirmar que la sentencia es injusta para sus pretensiones, por tal motivo la

impugnación por esa causa es denegada. Con relación a la causal primera, se alega haber violado la disposición que establece que las actas y razones sentadas por los citadores hacen fe pública, ello porque cuando el citador procedió a citar al demandado en la dirección señalada por el actor dejó sentada la razón de que no se pudo realizar la diligencia por cuanto en tal dirección habitan otras personas; el actor basándose en tal afirmación procedió a realizar la citación por la prensa arguyendo la fe pública de la razón sentada por el citador, más tal condición no exime la responsabilidad que tiene el actor de realizar el juramento correspondiente previo a la citación por la prensa y de emprender toda acción que se necesaria para lograr determinar la residencia del demandado pues esta es una obligación que compete exclusivamente al actor. Por tanto, se puede percibir, que en este caso ni siquiera existió el referido juramento del artículo 82, y además es preciso destacar que en el proceso constan una serie de documentos en donde se encuentra la dirección del demandado y que se encontraban en poder del banco, por consiguiente la imposibilidad como tal, de determinar la residencia, no existía. El recurso, como mencione, es interpuesto dentro de juicio de indemnización por daño moral, por ello en el fallo también se hace alusión a como la citación por la prensa puede afectar moralmente a una persona, más aun cuando se trata de un juicio por pago de dinero respecto a un comerciante, al que siempre interesará la buena reputación y el buen nombre, aspectos que obviamente se verán manchados con la publicación en la prensa de una citación de tal índole, por la razones mencionadas es que se configura un perjuicio moral real causado al actor a través de la citación por la prensa. Para evitar situaciones como estas, y principalmente para evitar la indefensión del demandado es que la citación a través de la prensa no puede ser manejada de forma indistinta, y su utilización se limita a circunstancias extremas. Este fallo pese a no versar principalmente respecto a vicios in procedendo o a la citación, como el anterior y el

que se verá a continuación, hace consideraciones muy importantes con relación a esta solemnidad sustancial y su forma de ejecutarse por medio de la prensa.

En cuanto al tercer fallo, Resolución No. 258-2011, este fue pronunciado el 11 de julio del 2001 por la primera Sala de lo Civil y Mercantil resolviendo el recurso de casación deducido por el demandado dentro del juicio verbal sumario de divorcio, el impugnante motiva la interposición de la casación en la causal segunda, es decir, nuevamente estamos frente a los vicios de forma o errores in procedendo. El recurrente de igual manera que en el primer fallo afirma que no ha sido citado con la demanda y que por tanto esta solemnidad sustancial ha sido omitida, además agrega que la actora conocía el lugar de su residencia, precisamente porque era la esposa del demandado. La actora por su lado sostuvo bajo juramento que desconocía el actual domicilio del demandado, y en base a ello se ordenó realizar la citación por la prensa, pero como se puede observar, el juramento no se ha realizado en los términos señalados por la ley, no se ha manifestado en esta caso tampoco la imposibilidad de poder determinar la residencia del demandado mediante juramento. Como manifiesta el tribunal de casación, cuando se realiza la citación por la prensa, conociendo el lugar de residencia y jurando desconocerlo o la imposibilidad de determinarlo, se revela una actitud temeraria y mal intencionada de parte del actor que denota la intención de provocar la indefensión del demandado; en tales circunstancias se da lugar a la nulidad del proceso, siempre que efectivamente el demandado no hay podido ejercer su derecho a la defensa y que la nulidad no se haya convalidado. En función de todo lo expuesto, la sala resuelve casar la sentencia y con los mismo efectos que en el primer fallo.

Una vez que se ha anotado los aspectos más sobresalientes de cada uno de los fallos, se puede colegir que en ninguno de los tres casos se cumple lo manifestado por el artículo 82

del Código de Procedimiento Civil respecto a la citación por la prensa, y en relación a esta circunstancia la Corte Nacional se pronunció de la misma forma, como se destacó al describir cada uno de los fallos. Con ello pretendo demostrar la importancia de los fines que persigue la casación y reflejar su materialización, pues, por un lado se ha ejercido el control en la aplicación del derecho, paralelamente se verifica como la reiteración de criterios en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas llega a constituir un precedente jurisprudencial, y finalmente se está brindando seguridad jurídica a los individuos ya que a través de la casación se garantiza la vigencia y cumplimiento del Derecho basada en el verdadero sentido y propósito de la ley. Fines que son desarrollados concretamente por la Corte Nacional, por ser este el órgano que de forma exclusiva tiene competencia para resolver del recurso de casación, y respecto del cual se infiere que posee también atribuciones de administrar justicia, aunque no como un deber principal, pues como afirma Calamendri:

“También la Corte de casación coopera, como diremos, a este función jurisdiccional en sentido estricto, que consiste en administrar justicia a los particulares; pero esta su cooperación es para ella un medio, no un fin, puesto que el fin último que ella, como oficio suyo exclusivo, persigue, es un fin más amplio, y que excede, como veremos, los límites de la controversia particular decidida.” (13)

El autor se refiere a que la casación lleva implícita la potestad de administrar justicias a un caso concreto, mas esta no es su esencia, pues sus objetivos primordiales como ya mencionamos son otros y consisten principalmente en mantener exacta observancia de las normas de derecho por parte de los jueces, velando y controlando que la ley sea aplicada según su verdadera significación y alcance; tal facultad fiscalizadora guarda una estrecha

relación con lo relativo a la interpretación judicial de las leyes o lo que usualmente se conoce como jurisprudencia.

Es verdad que respecto a una misma norma se pueden dar varias interpretaciones, por ello es necesario establecer un referente que guíe a los jueces y a través del cual se pueda ir alcanzado una aplicación uniforme del derecho. Pero esta tarea, no es del todo simple, pues se debe tratar de constituir un sistema de precedentes jurisprudenciales pero en base a correctas interpretaciones, por ello en algunas legislaciones y particularmente en la nuestra, para que un fallo puede ser considerado como jurisprudencia de aplicación obligatoria, debe haberse reiterado por tres veces el criterio expuesto respecto de un mismo punto de derecho; tal como sucedió en los fallos analizados, donde acerca de una solemnidad sustancial común a todos los juicios, como lo es la citación, y particularmente la citación por la prensa, las Salas Especializadas se manifestaron bajo los mismos términos, partiendo de iguales fundamentos legales y doctrinarios, logrando así establecer el sentido y alcance correcto de las normas cuya infracción fue alegada. La reiteración de un fallo por tres ocasiones, permite inferir que la interpretación contenida en tales resoluciones está acorde a la voluntad de la ley y por ello llegan a constituir precedente jurisprudencial, pues emanan de jueces que por pertenecer al máximo órgano de la función judicial se suponen están capacitados y cuentan con experiencia suficiente para llegar a emitir criterios jurídicos coherentes y principalmente motivados por el derecho. En lo correspondiente a la unificación de la jurisprudencia será de fundamental importancia la función de la Corte Nacional, que será el ente encargado por disposición constitucional de desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales basado en los fallos de triple reiteración.

La unificación de la jurisprudencia quizás resulta la consecuencia más importante de la casación, pues permite crear un ambiente de seguridad jurídica al establecer la correcta forma de interpretación y aplicación que se debe dar a determinadas normas, con lo que además se logra que estas tengan verdadera eficacia y cumplan el fin para el que han sido creadas. Se dice que es la más relevante porque conlleva un gran aporte al Derecho, en la medida que resuelve sobre circunstancias cruciales que muchas veces se prestan para erróneas interpretaciones, por no haber sido redactada la ley con total claridad, o porque el criterio adoptado por el juzgador no ha sido el correcto, como lo pudimos constatar en los casos estudiados en los que no se exigió el juramento que ordena la norma para proceder a realizar la citación por la prensa, aspecto que obviamente vulnera el ejercicio del derecho a la defensa del demandado, pues es menos probable que una persona conozca de que existen acciones en su contra cuando se le ha citado a través de la prensa, que cuando se lo ha hecho de forma personal o por boletas. En las resoluciones estudiadas, los jueces acertadamente decidieron que la citación realizada por la prensa no es válida, pues se produjo violando las normas que rigen la materia, esta decisión contribuye enormemente al Derecho Procesal, ya que a través de la interpretación realizada por los juzgadores se explica claramente el camino a seguirse siempre que se pretenda citar a la parte demandada a través de un medio de prensa. No está por demás recalcar que la citación en esta materia es una figura de alta relevancia, tanto así que constituye una solemnidad sustancial de todos los procesos, de ahí el gran aporte que traen estos fallos, pues es virtud de su triple reiteración son parte del marco jurídico de aplicación obligatoria y dado el valioso contenido que llevan implícito permiten un ejercicio efectivo del derecho a la defensa y evitan su violación frente a actitudes temerarias, de mala fe o involuntarias de los demandantes, quienes en ocasiones pretenden burlar las normas de derecho en función de

sus intereses. Con la aplicación adecuada de la jurisprudencia fruto de estos fallos, se evitarían esta clase de situaciones y la citación por la prensa procedería solo en las situaciones pertinentes.

En virtud de lo dicho, la obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales crea unas circunstancias especiales para la casación, pues en virtud de este recurso, a más de ejercer un control de la aplicación de la ley, por otro lado y a través de la unificación de la jurisprudencia, la Corte Nacional tiene una suerte de facultad colegisladora, si bien no está creando nuevas normas de derecho, está estableciendo la debida interpretación que ha de dársele al ordenamiento jurídico y determinando el alcance verdadero de la leyes.

Hemos verificado entonces, la transcendencia del recurso de casación, porque a más de resolver conflictos particulares, realiza un control sobre la aplicación del derecho, permite la unificación de la jurisprudencia y por ende otorga seguridad jurídica y certeza a los individuos, no solo en cuanto a la defensa de que todos somos iguales ante la ley sino, en procura de la unidad del derecho objetivo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez analizados cada uno de los medios de impugnación existentes en la legislación ecuatoriana, se puede concluir que estos recursos judiciales son necesarios e indispensables dentro del derecho procesal, pues a más de constituir una garantía para las partes ya que permiten subsanar cualquier error o desacierto que se presente en los pronunciamientos de los órganos judiciales, son un mecanismo para alcanzar una tutela efectiva del ordenamiento jurídico.

Los medios de impugnación buscan principalmente garantizar decisiones judiciales más justas y correctas, a la vez que constituyen un medio de fiscalización y control a la actividad del órgano jurisdiccional, cuyas actuaciones se encuentran debidamente delimitadas por la ley. Por lo mismo, frente a aquellas resoluciones judiciales que no guarden conformidad con el derecho o que contenga fallas, las partes tienen la facultad de impugnar o de interponer recursos para que dichos pronunciamientos sean modificados o anulados, evitando de esta manera que los actos procesales sean defectuosos y por ende causen perjuicios a las partes, y tratando por el contrario de que obedezcan y sean el resultado del correcto desarrollo del proceso y de la exacta aplicación del derecho.

Los recursos contribuyen valiosamente a lograr el perfeccionamiento de la administración de justicia, al hacer posible que las resoluciones judiciales defectuosas puedan ser analizadas y revisadas nuevamente por la misma autoridad o por la jerárquicamente superior con el fin de subsanar las posibles irregularidades cometidas. Dentro de todos los recursos hay uno en especial que reviste mayor importancia, me refiero al recurso de

casación, el cual hace posible la unificación de la jurisprudencia, que consiste en crear un precedente de aplicación obligatoria conformado por los fallos de triple reiteración dictados por la Corte Nacional. Dicha jurisprudencia, constituye un gran aporte en cuanto a la forma en que se ha de interpretar y aplicar las leyes a los casos concretos, de ahí su trascendencia; pues al ser precedentes de aplicación irrestricta para los juzgadores, permiten garantizar la seguridad jurídica tan necesaria en un Estado constitucional de derechos.

Cabe mencionar que si bien la institución de los recursos es necesaria e indispensable para lograr el acierto y la certeza en las resoluciones judiciales, no es menos cierto que en muchas de las ocasiones los mismos son utilizados con el único propósito de dilatar la marcha del proceso, lo que representa una actitud antiética, y desnaturaliza el sentido y objetivo de los recursos, es por eso que como manera de evitar y subsanar aquellas situaciones en la legislación se establecen las respectivas sanciones para tales actuaciones.

Es necesario, sin embargo, crear una nueva conciencia en el sistema de justicia en general, no solo en el órgano jurisdiccional, sino en todos quienes somos partícipes de él; aquellas prácticas tendientes a dilatar los procesos o desviarlos por el camino incorrecto deben quedar a un lado y se debe defender los derechos de las partes de forma honesta y legal, ya que existen los mecanismos válidos para hacerlo, lo que hace falta es mayor conciencia y quizás conocimiento, tanto en funcionarios judiciales como también de los profesionales del derecho.

Los medios de impugnación son una gran herramienta de defensa de los derechos de las partes procesales, sí se los utiliza debidamente, en función del propósito por el cual han sido creados, y bajo los parámetros que las leyes señalen, de esa manera nos estaremos encaminando hacia una verdadera justicia, que se desarrolle bajo las garantías constitucionales que contempla nuestra carta magna y cumpliendo con los principios rectores del Derecho Procesal Civil.

Anexos

- Fallos de Triple Reiteración analizados dentro del Caso Práctico:

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

de Justicia de Quito el 23 de febrero del 2000 y en su lugar acepta parcialmente la demanda. Por lo tanto se dispone la suspensión definitiva de la obra y se declara que el demandado Luis Tapia está obligado al pago de la indemnización de los daños y perjuicios que el actor prueba haber sufrido como consecuencia inmediata o directa de la obra nueva denunciada, monto que se fijará por cuerda separada por la vía verbal sumaria. No procede la destrucción de la obra denunciada por las razones constantes en el Considerando Sexto de este fallo. Con costas a cargo de los demandados. En cien dólares se fijan los honorarios del abogado patrocinador de la parte actora, debiendo descontarse el porcentaje de ley para el Colegio de Abogados de Pichincha. Cancelese la inscripción de la demanda en el Registro de la Propiedad, para lo cual el juez a quo notificará a dicho funcionario.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

f) **Drs. Galo Galarza Paz.- Santiago Andrade Ubidia.- Ernesto Albán Gómez.**

FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN XVIII-A, XVIII-B y XVIII-C

SÍNTESIS:

"El juramento que puntualiza el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a la imposibilidad de determinar el domicilio del demandado, por lo que no basta con decir que desconoce dicho domicilio sino que es necesario declarar bajo juramento que es imposible

establecer el domicilio del demandado; por lo que si solo se declara que se desconoce el domicilio y se cita por la prensa, tal citación es nula".

XVIII-A.

Resolución 159-2001

R. O. 353 de 22 junio de 2001

Juicio ordinario por reivindicación No. 237-2000, seguido por Predios Rústicos Agrícola Vacacional "Pallatanga S.A." contra Livio Cardoso Mora.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL, Quito abril 09 de 2001. Las 10H00.

VISTOS.- Livio Cardoso Mora deduce recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil, en el juicio ordinario de reivindicación seguido en su contra y de otro por Predios Rústicos Agrícola Vacacional "Pallatanga S.A.". Invoca como normas de derecho transgredidas en la sentencia los artículos 17 y 21 de la Ley de Organización y Régimen de las Comunas, el artículo 953 del Código Civil, y los artículos 248 y 405 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en las causales primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Concedido el recurso sube a la Corte Suprema de Justicia y, por el sorteo de ley, se radica la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que en providencia de 11 de octubre del 2000, acepta a trámite el recurso. Concluida la sustanciación,

atento el estado de la causa, para resolver se considera:
PRIMERO.- En orden lógico esta Sala analiza primeramente las acusaciones, respaldadas en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, la que dice: "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".- Una de las acusaciones del recurrente es la de que el proceso está viciado de nulidad insanable por falta de citación con la demanda a los demandados e indefensión de su consocio Johnny Ortiz Cáceres. Respecto de esta acusación 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 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.- Según nuestro Código de Procedimiento Civil existen diversos tipos de citaciones, siendo las más comunes: la personal y por boleta. La citación personal puede hacerse en cualquier lugar en que el

secretario o citador encuentre al demandado, previa la identificación correspondiente. Si no se encuentra personalmente al demandado la citación ha de hacerse por tres boletas, dejadas en tres días distintos en la habitación del demandado, en la forma contemplada en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil. La habitación en que se ha de dejar las boletas es la señalada por el actor, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 71 ordinal 7mo. del Código de Procedimiento Civil, con la obligación del secretario o citador de cerciorarse de la verdad de que se trata de la respectiva habitación para hacer allí la citación en forma legal (último inciso del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil). En la segunda parte del artículo 81 y en el artículo 82 se establecen modalidades en la forma de citación a los comerciantes y a los ministros plenipotenciarios y agentes diplomáticos; así como también en el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado se regula la forma de citación de las demandas contra el Estado o las dependencias u organismos que carezcan de personalidad jurídica.- 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 ha ser demandado. Por eso

el artículo 86 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". Advirtiéndose 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. Así mismo el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil utiliza la palabra "residencia", no "domicilio".- Domicilio y residencia son conceptos que, para fines procesales, son diversos y no siempre coincidentes. El domicilio consiste, dice el artículo 45 del Código Civil, en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídese en político y civil.- Y el Artículo 48 agrega, "el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determinará su domicilio civil o vecindad". La residencia es el lugar de morada, habitación donde vive un individuo; el domicilio es más amplio aunque puede coincidir con residencia; pues es aquella en donde el individuo realiza la actividad de sus negocios, es el lugar donde ha establecido la sede de sus negocios e intereses. El domicilio no coincide necesariamente con el lugar del trabajo del demandado, pues solo si la persona labora en su propio domicilio puede haber coincidencia de ambos. El juez debe ser muy cuidadoso para admitir que la citación se haga al demandado por la prensa, porque se está extendiendo el abuso en su utilización como un artificio para impedir que el demandado pueda ejercitar su derecho de defensa. **SEGUNDO.-**

El actor en la demanda expresa: "A los demandados Livio Cardoso Mora y Jhonny Ortiz Cáceres se los citará con la demanda y auto inicial, en su domicilio por razones de trabajo, en las instalaciones que tiene en el terreno materia de la reivindicación, ubicado en la jurisdicción del recinto Villingota, parroquia Chanduy, cantón Santa Elena, sin perjuicio que se lo cite en su domicilio habitual de cada uno de los demandados, cuya dirección domiciliaria bajo juramento manifiesto desconocer. Esta citación se la practicará de conformidad con lo prescribe el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil". Del texto transcrito se entiende que la demanda debía citarse a los demandados en el lugar señalado por el actor, y además por la prensa; puesto que la expresión "sin perjuicio" significa fuera de o además de; no se podría por tanto reemplazar la citación a los demandados en el lugar señalado por el actor con la citación por la prensa. De otro lado es importante destacar que el actor en su demanda no declara bajo juramento que es imposible determinar la residencia de los demandados, como exige el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, sino que simplemente afirma con juramento que desconoce la dirección domiciliaria.- Del proceso no hay constancia de que se haya practicado citación alguna en el lugar señalado en la demanda por el actor o sea en el terreno materia de la reivindicación ubicado en la jurisdicción recinto Villingota, parroquia Chanduy, cantón Santa Elena; lugar en que se ha citado anteriormente a Juan Carlos Arroba y Johnny Ortiz Cáceres con la petición presentada por Predios Rústicos Agrícola Vacacional "Pallatanga S.A." para la práctica de la diligencia preparatoria de inspección judicial del inmueble, conforme las actas sentadas en el proceso (fojas 18 vlt de

cuaderno de primer nivel); únicamente se han incorporado al proceso publicaciones del extracto de la demanda en el Diario "Meridiano" de la ciudad de Guayaquil (fojas 48, 49 y 50 del cuaderno de primer nivel). **TERCERO.**- Por cierto la falta de citación al demandado Livio Cardoso Mora ha quedado convalidada en virtud de lo dispuesto por el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, el momento en que este ha comparecido a juicio; (fojas 35 y 36 del cuaderno de primer nivel) y ha ejercitado ampliamente su derecho de defensa en todas las instancias del juicio. No sucede lo mismo con el otro demandado Johnny Ortiz Cáceres respecto del cual la falta de citación no se ha convalidado en forma alguna.- Tampoco se ha dado cumplimiento a lo ordenado por el Juez Décimo Séptimo de lo Civil del Guayas, con sede en Santa Elena, en providencia de 18 de enero de 1996 (fojas 29 del cuaderno de primer nivel), de citarse con la demanda al Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA). Por lo dicho, al omitirse la solemnidad sustancial 4ta del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil respecto del demandado Johnny Ortiz Cáceres, la sentencia adolece del vicio in procedendo contemplado en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, y procede el recurso interpuesto.- En mérito de las consideraciones expuestas, La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, casa la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil, y en su reemplazo, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley de Casación, declara la nulidad de todo lo actuado a

partir de la providencia pronunciada por el Juez Décimo Séptimo de lo Civil del Guayas de 17 de septiembre de 1996 (fojas 54 vta del cuaderno de primer nivel), a costa de dicho Juez, A. Guillermo Minchala Heredia, y se ordena remitir el proceso al órgano judicial correspondiente a fin de que conozca la causa desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho. Restitúyase al recurrente el monto de la caución depositada. Notifíquese y devuélvase.

f) Drs. Galo Galarza Paz.- Santiago Andrade Ubidia.- Ernesto Albán Gómez.

XVIII-B.

Resolución 127-2002

R. O. 630 de 31 julio 2002

Juicio ordinario No. 335-2001 por daño moral, seguido por Félix Salame Arzubiaga contra Filanbanco S. A..

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 14 de junio del 2002; las 11h24.-

VISTOS: El Abogado Jaime Cevallos Álvarez, en su calidad de Procurador Judicial de Filanbanco S. A., interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, dentro del juicio que, por indemnización por daño moral, sigue Félix Jorge Salame Arzubiaga inicialmente contra el Banco La Previsora S. A., fusionado luego con Filanbanco S. A. Por el sorteo legal, el

recurso se radicó en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, la que lo aceptó a trámite. Concluido éste, para resolver se considera:- **PRIMERO:** El recurrente señala como normas de derecho infringidas en la sentencia las siguientes: Incisos primero, segundo y tercero del primer artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 2258 del Código Civil, por la Ley 151, publicada en el Registro Oficial 779 del 4 de julio de 1984; artículo 10 del Reglamento sobre la oficina de citaciones; y artículos 119, 120, 121 y 169 del Código de Procedimiento Civil. Funda el recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **SEGUNDO:** Se examinará en primer lugar la alegación de que en la sentencia impugnada se ha incurrido en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, es decir cuando se ha producido una "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". El recurrente sostiene que no se han aplicado los artículos 119, 120 y 121 del Código de Procedimiento Civil, pero en concreto se limita a afirmar que al valorar la prueba no se la ha examinado en su conjunto ni se ha aplicado la sana crítica, como establece el artículo 119 de dicho Código. Es cierto, como se señala en el extracto de la sentencia que reproduce en su escrito, que la sana crítica no está definida en ningún Código y que tampoco se podrán encontrar sus reglas en ningún texto legal. Tal cosa sería imposible, pues no son sino las reglas del correcto entendimiento humano, en el que se juntan la lógica del

raciocinio y la experiencia personal del juez, son como las describe Friedrich Stein: *"Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos"* (El conocimiento privado del juez, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999, página 27). Al determinar la ley que el juez apreciará la prueba con las reglas de la sana crítica, se consagra en definitiva su libertad para examinarla, ponderarla, comparar las pruebas producidas unas con otras, y preferir aquellas que su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en el proceso. Operación intelectual que el juez realiza con todo el acervo de su experiencia humana, que es variable y contingente, pues depende de circunstancias locales y temporales, pero que deberá hacerlo dentro de la racionalidad y aplicando las reglas de la lógica, que son estables y permanentes. Es por eso que la sana crítica no le permitirá hacer una valoración absurda, o que contraríe las reglas de la experiencia humana, pues si tal situación se detectara en una sentencia, el tribunal de casación sí tendría atribución para corregirla. Sin embargo, el recurrente no cuestiona de ninguna manera la lógica de las conclusiones a las que llega el tribunal sobre las pruebas actuadas, sino que simplemente manifiesta su inconformidad y afirma que la sentencia es injusta e ilegal, pues la referencia que se hace en dicho escrito respecto a los principios del derecho social y a la interpretación a favor del trabajador es absolutamente incongruente en relación al presente caso. Por estas razones se

desecha la impugnación que se funda en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **TERCERO:** Afirma el recurrente que se ha violado el artículo 10 del Reglamento sobre la oficina de citaciones, que dice lo siguiente. "Las citaciones practicadas por los citadores tienen el mismo valor que si hubieren sido hechas por el secretario respectivo, y las actas y razones sentadas por aquéllos hacen fe pública. Las citaciones que deben hacerse por la prensa las hará el secretario del juzgado", artículo que relaciona con el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, el mismo que establece que los instrumentos públicos, que enumera a continuación, hacen fe y constituyen prueba. La referencia a estas normas tiene que ver con el fundamento de la demanda incoada por el actor, que considera que se la ha inferido un daño moral por habersele citado por la prensa, en un juicio verbal sumario anterior seguido en su contra por el banco ahora demandado. Afirma el recurrente que la citación por la prensa se hizo en virtud de la razón puesta por el citador en dicho proceso. Esta dice lo siguiente (foja 43): "No cito a Félix Jorge Salame Arzubíaga esto es en el domicilio señalado de la ciudadela Urdesa Norte Avda. 2da. No. 310 Calle 5ta. Pude cerciorarme en dicho domicilio de que ahí vive una familia de apellido Panchana". Pero de esta razón se concluye únicamente que en el domicilio esta aseveración del citador la que goza de fe pública. Pero de ninguna manera pueda admitirse que ella sea suficiente para relevar al actor de la obligación, que le impone en forma expresa el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, de hacer todo lo necesario para determinar la individualidad o residencia de

Como se ve, esta norma establece el derecho de quien ha sufrido daños meramente morales a demandar una indemnización pecuniaria a título de reparación; pero hacen falta sin duda que para ejercer tal derecho se cumplan algunos requisitos: a) la falta y el perjuicio sufrido deben tener particular gravedad, b) la falta cometida puede ser de muy variada naturaleza: cualquier forma de difamación, actos de violencia física, incluso delitos; procedimientos arbitrarios o injustificados; y, en general actos que causen sufrimientos físicos o psíquicos; c) la reparación puede ser demandada a quien ha causado los daños por acción u omisión próxima, es decir debe comprobarse una relación de causalidad que permita identificar al responsable de los daños; d) esta acción u omisión debe ser ilícita, es decir contraria a la ley, a la justicia, a la equidad o a la moral; e) queda a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, atendiendo la particular gravedad de la falta y del daño.- **QUINTO:** La falta que el actor considera que le ha causado un daño moral consistió en la citación por la prensa de una demanda dentro de un juicio verbal sumario iniciado para el pago de dineros; publicación que se hizo, ante la afirmación hecha con juramento por el actor en dicho juicio (y que es el demandado en éste), de que era "imposible determinar la individualidad del domicilio del demandado". Es evidente entonces la relación de causalidad entre el acto del demandado y el presunto daño alegado por el actor. Pero, como queda dicho, la acción debe ser ilícita y para establecer la posible ilicitud, hay que volver a lo que determina el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil: para solicitar la citación por la prensa se debe afirmar, con juramento, que ha sido imposible determinar

quien debe ser citado, al punto que se exige, para que el juez admita la solicitud de publicar la citación por la prensa, que el peticionario afirme bajo juramento que le ha sido imposible el hacerlo. Por tanto no es aceptable la argumentación del recurrente de que el tribunal ad quem ha incurrido en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, al no aplicar las disposiciones citadas con el alcance que él pretende. **CUARTO:** Sostiene también el recurrente que en la sentencia impugnada se ha violado el artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 2258 del Código Civil, por la Ley 151, publicada en el Registro Oficial 779 del 4 de julio de 1984, que dice lo siguiente: "En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.- Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.- La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo".

la individualidad o residencia del citado. Esta norma exige, por tanto, que el solicitante haya agotado las gestiones necesarias para disponer de esa información. No cabe duda de que si no se ha procedido de esa manera y se sostiene con juramento la imposibilidad de obtenerla, se ha actuado en contra del mandato de la ley. Es decir se ha actuado ilícitamente. En el proceso se han adjuntado los estados de cuenta que el banco demandado le había enviado al actor a la dirección de su oficina; se ha demostrado que en el contrato celebrado entre el actor y el banco para la emisión de una tarjeta de crédito se señala esa misma dirección; e inclusive en las guías telefónicas de la ciudad de Guayaquil de los años 1996-97, 1998 y 1999, consta su dirección domiciliaria, aunque también consta aquella otra a la que el citador acudió, según señala en la razón respectiva. Con estos datos, que estaban, en un caso, en poder del propio banco y que, en otro caso, eran de tan fácil consulta, como acudir a las páginas de una guía telefónica, resulta inadmisibles que se sostenga "que ha sido imposible" determinar el lugar en que debía practicarse la citación, para pedir que lo haga por la prensa. **SEXTO:** La publicación por la prensa de una citación dentro de un juicio por pago de dinero es un acto con indudable potencialidad para causar un daño moral, especialmente si el citado es una persona vinculada con actividades comerciales. No se trata solamente de que, al hacerlo, aparezca el nombre de una persona como deudora, a la que se ha tenido que demandar para que cumpla con su obligación crediticia; también se deduce de la publicación un ánimo de renuencia, de ocultamiento; de un afán, que se puede presumir fraudulento, de eludir ese cumplimiento, lo cual sin duda pone en mal predicamento el nombre, la

reputación del citado y lo desprestigia, si ejerce actividades comerciales ante sus relacionados y clientes. Por eso la ley acentúa las precauciones, antes de llegar al extremo de la citación por la prensa y exige la solemnidad de un juramento, para recurrir, cuando ya no hay otra alternativa, a este mecanismo extraordinario de emplazamiento a un demandado, para que conteste al libelo que se ha propuesto en su contra y para satisfacer de esa manera la necesidad procesal de conformar la litis. Pero en todo caso, el legislador ha querido salvaguardar el derecho a la honra de las personas, y en consecuencia su buen nombre, su tranquilidad, su bienestar. En esta línea debe entenderse, por ejemplo, la Ley 167 (Registro Oficial 771, de 22 de junio de 1984), que tipificó como delito una conducta análoga a la que se está examinando. Dicha Ley dice lo siguiente: "Constituye difamación la divulgación, por cualquier medio de comunicación social u otro de carácter público, excepto la autorizada por la ley, de los nombres y apellidos de los deudores ya sea para requerirles el pago o ya empleando cualquier forma que indique que la persona nombrada tiene aquella calidad. Los responsables serán sancionados con la pena de prisión de seis meses a dos años".

Como se ve, dicha conducta solamente no constituirá un delito en los casos en que la publicación esté autorizada por la ley, es decir cuando se cumplan los requisitos que ésta determina. **SÉPTIMO:** Establecida la acción u omisión ilícita y la relación de causalidad próxima, como dice la ley, corresponde al juez apreciar la gravedad de la falta y de su resultado. Para ello tomará en cuenta, indudablemente, los factores personales y las circunstancias de hecho registradas en el caso. Es decir apreciará

las condiciones de la persona natural que en su propio nombre, o a nombre de una persona jurídica, actuó ilícitamente; la oportunidad de su acción y las alternativas de que dispuso para evitarla. Apreciará también las condiciones personales del afectado, su actividad profesional y su situación social. Para establecer la gravedad del resultado no solamente deberá considerarse los daños efectivamente producidos, como ocurre en los casos de lesiones físicas, sino también el daño virtual, como podría ser calificado cuando no es posible determinar la cuantía del daño con precisión matemática, y en la gran mayoría de los casos así ocurre, pero cuando hay al mismo tiempo la certeza de que la acción ilícita tiene capacidad para producir un daño. Pero todos estos elementos corresponden a la libre apreciación del juez, aplicando, aquí más que en otros casos, la sana crítica, que como se ha dicho anteriormente, une las reglas de la lógica a las máximas de la experiencia. No corresponde, por tanto, a un tribunal de casación, revisar las conclusiones a las que ha llegado un tribunal de instancia en esta materia. **OCTAVO:** También es facultad del juez el fijar el valor de la indemnización. La ley le atribuye esta determinación, confiando en su prudencia para hacerlo, aunque debe atender a la gravedad de la falta y del daño, que él mismo apreciará. La misma ley considera que se trata de una indemnización reparatoria, aunque es claro que en muchos casos los daños causados no son rigurosamente reparables, pero aun en estos casos se trata de compensar económicamente los sufrimientos, la angustia, la ansiedad, las humillaciones padecidas por quien fue víctima del daño. Pero hay que considerar también, que habiéndose originado el daño en un acto ilícito, de alguna manera la fijación

del monto de la indemnización asume un carácter sancionador; más todavía, cuando, como ocurre en este caso, se puede vislumbrar una situación de abuso del derecho, por cuanto se ha utilizado indebidamente una prerrogativa legal por parte de una entidad, un banco, que por cumplir una función de vital importancia en la vida social, está especialmente obligada a respetar los derechos de sus clientes y los procedimientos establecidos por la ley. Esta situación permite considerar que al fijarse el monto de la indemnización se atiende también una finalidad preventiva. Por esta razón tampoco puede la sala de casación revisar la decisión adoptada en la instancia. **NOVENO:** Se advierte que la sentencia impugnada no analiza con la suficiente profundidad las importantes cuestiones jurídicas inmersas en este caso y deja de resolver la reconvenida propuesta por el banco demandado; pero como ya se señaló en providencia anterior, al no haberse planteado oportunamente estos reclamos en el recurso de casación, no corresponde a esta Sala pronunciarse sobre ellos, aunque se observa al tribunal de instancia que cumple sus deberes jurisdiccionales en forma más cuidadosa. Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY** no se casa la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en el juicio seguido por Félix Jorge Salame Arzubiaga contra el Banco La Previsora S. A., fusionado posteriormente con Filanbanco S. A. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

f) **Drs. Ernesto Albán Gómez.- Santiago Andrade Ubidia.- Galo Galarza Paz.**

conoció perfectamente donde vivo, cual es mi domicilio, donde trabajo... Tenía ella toda posibilidad de indagación, y al tiempo de rendir el juramento que consta del proceso, no indicó que le ha sido imposible «DETERMINAR EL DOMICILIO E INDIVIDUALIDAD DE MI RESIDENCIA» vale decir que ella debió haber agotado todos los esfuerzos para ubicarme dentro de un cantón que como el de Rumiñahui todos nos conocemos y podía encontrarme. Es decir, la actora no agotó los esfuerzos para ubicarme, conforme lo provee el Art. 86 del Código de Procedimiento Civil." En virtud del principio dispositivo, el Tribunal de Casación únicamente puede conocer los vicios señalados por el recurrente, conforme lo ha declarado esta Sala en innumerables fallos. Por lo tanto, en la presente causa, se limitará a conocer de la transgresión fundamentada en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de la materia.- **SEGUNDO:** Respecto a esta acusación, este Tribunal reitera lo que ya sostuvo en su fallo No. 159-2001 de 9 de abril del 2001, publicado en el Registro Oficial 353 de 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 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,

XVIII-C.**Resolución 258-2001****R.O. 416 de 20 septiembre 2001**

Juicio verbal sumario No. 88-2001 por divorcio, seguido por Germania Taco Perez contra Jaime Yáñez Salcedo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 11 de julio del 2001; las 09h:40.-

VISTOS.- Jaime Ramiro Yáñez Salcedo deduce recurso de casación contra la sentencia de mayoría pronunciada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito, en el juicio verbal sumario de divorcio seguido por Germania Catalina Taco Pérez en contra del recurrente.- Dicho recurso es concedido, por lo que el proceso sube a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia y, por el sorteo de ley, se radica la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que en auto de 4 de abril del 2001, acepta a trámite el recurso. Concluida la sustanciación, atento el estado de la causa, para resolver se considera:

PRIMERO.- El recurrente fundamenta su recurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, y dice que en el fallo impugnado se ha omitido lo que dispone la solemnidad sustancial cuarta del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, así como alega: "En el presente caso no se citó con la demanda al suscrito pese a que como esposo que soy de la actora

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.- Según nuestro Código de Procedimiento Civil existen diversos tipos de citaciones, siendo las más comunes: la personal y por boleta. La citación personal puede hacerse en cualquier lugar en que el secretario o citador encuentre al demandado, previa la identificación correspondiente. Si no se encuentra personalmente al demandado la citación ha de hacerse por tres boletas, dejadas en tres días distintos en la habitación del demandado, en la forma contemplada en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil. La habitación en que se ha de dejar las boletas es la señalada por el actor, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 71 ordinal 7mo. del Código de Procedimiento Civil, con la obligación del secretario o citador de cerciorarse de la verdad de que se trata de la respectiva habitación para hacer allí la citación en forma legal (último inciso del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil). En la segunda parte del artículo 81 y en el artículo 82 se establecen modalidades en la forma de citación a los comerciantes y a los ministros plenipotenciarios y agentes diplomáticos; así como también en el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado se regula la forma de citación de las demandas contra el Estado o las dependencias u organismos que carezcan de personalidad jurídica.- 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 ha ser demandado. Por eso el artículo 86 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.» La resolución citada continúa: «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. Así mismo el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil utiliza la palabra «residencia», no «domicilio».- Domicilio y residencia son conceptos que, para fines procesales, son diversos y no siempre coincidentes. El domicilio consiste, dice el artículo 45 del Código Civil, en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídese en político y civil.- Y el artículo 48 agrega, «el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determinará su domicilio civil o vecindad». La residencia es el lugar de morada, habitación donde vive un individuo; el domicilio es más amplio aunque puede coincidir con residencia; pues es aquella en donde el individuo realiza la actividad de sus negocios, es el lugar donde ha establecido la sede de sus negocios e intereses. El domicilio no coincide

necesariamente con el lugar del trabajo del demandado, pues solo si la persona labora en su propio domicilio puede haber coincidencia de ambos. El juez debe ser muy cuidadoso para admitir que la citación se haga al demandado por la prensa, porque se está extendiendo el abuso en su utilización como un artificio para impedir que el demandado pueda ejercitar su derecho de defensa..." Igual criterio ha sostenido en la Resolución No. 398-2000 de 4 de octubre del 2000, publicada en el Registro Oficial 224 de 14 de diciembre del 2000.-

SEGUNDO- (SIC) En la especie, la actora manifiesta en su demanda (fojas 4-4 vía del cuaderno de primera instancia): "Bajo juramento declaro que desconozco el domicilio actual del demandado señor JAIME RAMIRO Y ÁNEZ SALCEDO, por lo que amparada en la disposición contenida en el Art. 86 del Código de Procedimiento Civil, solicito se disponga la citación por la prensa del demandado.", es decir, que la actora en su demanda no declara bajo juramento que es imposible determinar la residencia del demandado, como exige el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, sino que simplemente afirma con juramento que desconoce la dirección domiciliar actual. Una vez aceptada a trámite verbal sumario la demanda de divorcio, el juez de primer nivel dispone que, de conformidad con el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, se cite al demandado por la prensa en uno de los periódicos de circulación en la ciudad de Quito. Las tres publicaciones se efectúan en distintas fechas en el diario "La Hora" de Quito (fojas 7-8 de primera instancia); una vez terminado el trámite en el proceso, se dicta sentencia el 15 de junio del 2000 en contra del demandado y en rebeldía de éste (fojas 26 y 26 vta. ibidem).

Respecto a la naturaleza de las citaciones efectuadas por la prensa, en casos como éste, la Sala dijo ya en su Resolución No. 83-99, publicada la Gaceta Judicial Serie XVI, No. 9359 a 9371 que "...cuando, mediante maniobras contrarias a la buena fe y a la lealtad procesal, utilizando los mecanismos legales previstos para supuestos de excepción en que se justifica su empleo, se ha colocado al demandado en situación de verdadera indefensión, resulta temerario, por decir lo menos, pretender que el juzgador aprecie como indicio en contra del demandado aquello que él físicamente estuvo en imposibilidad de hacer; no debe perderse de vista que el proceso, para su efectiva realización y para que pueda alcanzarse su fin, que es la heterocomposición de las pretensiones de los litigantes como vía para la armonía social y el logro del ideal de justicia, impone a los contendientes el deber de adoptar actitudes que se compadezcan con el alto fin que persigue, lo cual implica el proceder con lealtad y con buena fe, y sin lugar a dudas que quien, conociendo el lugar del domicilio o de la residencia del demandado, declara con juramento ignorarlo a fin de conseguir que la citación se realice por la prensa, con el evidente propósito de que, por la índole misma de las publicaciones y sus características, tal emplazamiento pase desapercibido, no está actuando con lealtad ni demuestra buena fe. En nuestro sistema procesal, el citar al demandado por la prensa afirmando que se desconoce su identidad o residencia cuando en realidad sí se la conoce, si es que con este arbitrio desleal se logra que el demandado no tome debido y oportuno conocimiento de la acción incoada en su contra, colocándolo en indefensión, si provocaría nulidad procesal en el evento de que el demandado no haya podido ejercer su derecho de

contradicción porque, aunque formalmente haya citación practicada de conformidad con la ley, sin embargo se habrá atentado directamente contra el debido proceso ya que utilizando este mecanismo en fraude de la ley, (práctica innoble por desgracia tan frecuente en nuestro medio) se logra con frecuencia que la citación pase desapercibida; en efecto, el proceso de acelerada urbanización de nuestra sociedad, la existencia de múltiples medios de prensa, las características de las publicaciones reducidas al mínimo y ocupando lugares nada destacados por sus costos, la sustitución de la prensa en la comunicación social por otros medios más rápidos y efectivos como la televisión, etc., determinan el que, si bien la citación por la prensa brinde al juez la certeza de que la publicación se realizó, sin embargo no le da de modo alguno la seguridad de que la demanda ha llegado efectivamente a conocimiento del demandado, por lo que con frecuencia se coloca a éste en situación de verdadera indefensión, pues el desconocimiento real de la existencia de la demanda en su contra le coloca en imposibilidad de ejercer en debida forma su derecho de defensa proponiendo en su oportunidad las excepciones y más medios de defensa de los que se halle asistido, de manera que no se cumple con la garantía constitucional del debido proceso y sin lugar a dudas que quien procede de esta manera esto es, afirmando desconocer el domicilio del demandado cuando en realidad sí lo conoce y este hecho lo llega a comprobar el juzgador, no está actuando con lealtad ni demuestra buena fe...” El fallo de mayoría impugnado dice en su considerando tercero que “Si bien es cierto que la actora, al prestar su juramento, no se ha sujetado, estrictamente, a lo dispuesto en el Art. 86 del Código

de Procedimiento Civil, para solicitar que se cite por la prensa al demandado, no es menos cierto que se trata de una simple omisión de forma, por lo que debe estarse a lo preceptuado en el Art. 192 de la Constitución Política de la República del Ecuador, según el cual «El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia.... No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades....» Por consiguiente, se declara bien hecha la citación al demandado...” (fojas 27 vta. y 28 de segunda instancia), razonamiento que precisamente contradice el espíritu de la misma norma constitucional que se invoca como fundamento para convalidar la citación por la prensa, por las reflexiones recabadas anteriormente. Por lo dicho, al omitirse la solemnidad sustancial cuarta del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil respecto del demandado, la sentencia adolece del vicio in procedendo contemplado en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, y procede el recurso interpuesto. En consecuencia, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, casa la sentencia de mayoría dictada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito, y en su reemplazo, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley s/n publicada en el Registro Oficial 39 de 8 de abril de 1997, reformatoria de la Ley de Casación, declara la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia pronunciada por el señor Juez Undécimo de lo Civil de Pichincha 31 de marzo de 1999 (fojas 6 del cuaderno de primera instancia) a costa de dicho Juez, Dr. Felipe Granda Aguilar, y de los señores Ministros Jueces de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito que

dictaron la sentencia de mayoría, doctores Jorge Washington Cevallos Salas y Ruth Amores Salgado. Se ordena remitir el proceso al órgano judicial correspondiente a fin de que conozca la causa desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho. Notifíquese y devuélvase.-

f.) Drs. Galo Galarza Paz.- Santiago Andrade Ubidia.- Ernesto Albán Gómez

NOTA. La Sala informa a los lectores, que además de los fallos arriba citados, se han publicado los siguientes, en que se ratifica el criterio vertido.

Resolución 297-01, de 21 de septiembre de 2001, (R.O. 449 de 8-nov-01), juicio ordinario por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio N° 145-01.

Resolución 398-00, de 4 de octubre de 2000, (R.O. 224 de 14-dic-00), juicio ordinario N° 31-98.

FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN XIX-A, XIX-B Y XIX-C.

SINTESIS:

"En la escritura pública de promesa de compraventa se puede entregar al promitente comprador la posesión del bien, y en este caso la tendrá con ánimo de señor y dueño y no como mero tenedor".

Bibliografía:

Alsina, Hugo. Tratado De Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo II. Buenos Aires: Compañía Argentina De Editores, 1942.

Andrade, Santiago. La casación Civil en el Ecuador. Quito: Andrade & Asociados, 2005.

Calamendri, Piero. La Casación Civil. Buenos Aires: Europa América, 1959.

Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma, 1969.

Couture, Eduardo J. Introducción al Estudio del Proceso Civil. Buenos Aires: Depalma, 1978.

De la Rúa, Fernando. Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Depalma, 1991.

De Los Santos, Mabel. “El Recurso de la Nulidad”. Recursos Ordinarios y Extraordinarios. Ed. Roland Arazi. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2005. (Pág. 231 – 269)

Di Benedetto, Tomás Mario. “Recurso de Queja por Apelación Denegada”. Recursos Ordinarios y Extraordinario. Ed. Roland Arazi. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2005. (Pág. 279 – 311)

Echandia, Hernando D. Compendio de Derecho Procesal. Bogota: ABC, 1979

Echandia, Hernando D. Nociones Generales De Derecho Procesal Civil. Madrid: Aguilar S. A., 1966.

García, Eduardo. Incidente, Incidencias y Nulidades Procesales. Santa Fe de Bogotá: El Foro de la Justicia, 1991.

Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.

Kandus, Cecilia Beatriz. “Recurso de Aclaratoria”. Recursos Ordinarios y Extraordinarios. Ed. Roland Arazi. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2005. (Pág. 55 - 104)

Loza Pintado, Eduardo. La Casación en el Proceso Civil. Quito: Editorial Ecuador, 1990.

Lino Palacio. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

Morales, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil.

Ortega, Víctor. Teoría de las Nulidades. Bogotá: Editorial Kelly, 1941.

Ugo Rocco. Tratado de Derecho Procesal Civil I. Bogotá: Temis, 1983.

Vescovi, Enrique. Los Recursos Judiciales Y Demás Medios Impugnativos En Iberoamérica. Buenos Aires: Depalma, 1988.

Constitución de la República del Ecuador

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Código Orgánico de la Función Judicial

Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Tomo I. 2004