

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

JUEZ PONENTE: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

Quito, 05 de marzo de 2013, las 11h00.-

**VISTOS:** En virtud de que los Jueces Nacionales, abajo firmantes, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1-2012 de 30 de enero del 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y, conforme la correspondiente acta de sorteo electrónico que consta en el expediente de casación de 21 de marzo de 2012, somos el Tribunal competente y avocamos conocimiento de la presente causa, conforme los artículos 183 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación.-Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

**PRIMERO.-**Viene a conocimiento de este Tribunal el recurso de casación interpuesto por Javier Oswaldo Gil Jara en contra de la sentencia dictada el 30 de mayo de 2011, a las 11h29, por los Conjueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, por la cual *aceptando el recurso de apelación interpuesto, revoca la sentencia venida en grado y declara con lugar la demanda y ordena que el demandado Javier Oswaldo Gil Jara pague los doscientos mil dólares americanos constante en el importe del documento cheque por el girado de fs. 2 del cuaderno de primera instancia con los intereses correspondientes a partir de la citación.*”; dictada dentro del juicio ordinario que presentó Jaime Leonardo Crespo Márquez en contra de Javier Oswaldo Gil Jara, que en primera instancia rechazó la demanda.

**SEGUNDO.-** Con auto de 12 de enero de 2012; las 10h05, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia admite el recurso interpuesto, que se fundamenta en la causal primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. El recurrente funda su recurso de la siguiente manera: **La causal 1 del Art. 3 de la Ley de Casación:** Aplicación indebida de normas de derecho en la sentencia, determinantes de su parte dispositiva, pues la Sala ha aplicado indebidamente el artículo 856 del Código de Procedimiento Civil; **La causal 1 del Art. 3 de la Ley de Casación:** Falta de aplicación de normas de derecho, pues la Sala no ha aplicado el artículo 75 de la Constitución del Ecuador no el artículo 19, inciso 3° del Código de Procedimiento

Civil, ni tampoco ha aplicado los artículos 297 y 115 del Código de Procedimiento Civil; **La causal 3 del Art. 3 de la Ley de Casación:** Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que condujeron a la no aplicación de norma de derecho en la sentencia, pues la Sala no ha aplicado el artículo 19 inciso 1º, y los artículos 116 y 117 del Código de Procedimiento Civil; y, **La causal 4 del Art. 3 de la Ley de Casación:** Resolución, en la sentencia, de lo que no fue materia del litigio, rompiendo las disposiciones de los artículos 269, 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil.

**TERCERO.-**Cuando se ha alegado varias causales, el Tribunal de Casación deben ser atendidas según el orden lógico de los efectos que tendrían en la resolución del recurso, en tal sentido, debemos en este caso en primer lugar analizar la causal cuarta alegada.

**3.1.-** El casacionista fundamenta su recurso manifestando que de conformidad a lo dispuesto por los Art. 269, 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil debe resolverse sobre lo demandado. Por su parte el inciso 1º del Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial dice: *“Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.”*. Continúa el recurrente diciendo que en el presente caso los conjueces expresan claramente que *“a fojas 2 comparece Jaime Leonardo Crespo Márquez demandando en la vía ordinaria a Javier Oswaldo Gil Jara el pago de doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América, importe de un cheque girado por la suma indicada...”*.

Además dice el casacionista que, en los considerandos de las sentencia, los conjueces se refieren a un contrato de compraventa de un inmueble y a su anexo, y haciendo un retruécano, pues la Sala debe declarar la existencia de una obligación, fundamentando que los contratos deben cumplirse de buena fe, manda a pagar un supuesto cheque, documento que no tiene la calidad de tal por disposición del Art. 2 de la Ley de Cheques. Manifiesta que el demandante no pidió el cumplimiento de la obligación contractual sino el pago del “importe de un cheque”. Finalmente, señala que según el Art. 273 del Código de Procedimiento Civil la sentencia debe decidir sobre los puntos que se trabó la litis. En este caso la litis se trabó sobre el cumplimiento o incumplimiento de un contrato, como puede observarse del libelo; sin embargo la sentencia, en su parte motiva,

fundamenta su resolución en que el demandado lo habría incumplido, *“llegando a la errada conclusión de que debo pagar un valor que proviene de un contrato de compraventa de un inmueble que, reitero, no fue demandado.”*

**3.2.-** Es pertinente recordar la contestación dada al recurso de casación por el actor, Jaime Crespo Márquez que sobre esta causal dice: *“Para determinar si estos cargos son o no pertinentes, es menester confrontar lo pedido en la demanda con lo resuelto en la sentencia. En esa demanda yo pedí que se me pague la cantidad que el hoy recurrente todavía me adeuda, de USD 200.000, con el cual se iba a completar el pago del precio fijado por un inmueble que negociamos las partes; el cheque fue protestado por el Banco girado por fecha inexistente y falta de firma conjunta. Dije en la demanda que este cheque debía tomarse como un principio de prueba por escrito, con lo cual claramente estaba indicando que se instrumentó un negocio jurídico entre las partes, y que en el transcurso del proceso iba a aportar otros elementos probatorios para sustentar la existencia de esta deuda (o como dice el tribunal ad quem, para justificar el origen de los valores que constan en el cheque), que tuvo origen en las obligaciones que contrajimos las partes legítimamente. Basta al efecto ver: 1) tanto el contrato adicional al de compraventa del terreno (fs. 39-39 vta. del cuaderno de primera instancia) donde las partes especificamos claramente que quedaba pendiente un importe de USD. 200.000, que se iba a pagar mediante el cheque tantas veces mencionado; 2) la escritura pública a fs. 41-42 ibídem, donde se vuelve a mencionar el negocio jurídico que dio origen a la obligación de pagar los USD. 200.000. En suma, imposible negar que se debe la cantidad, aunque con argumentos falaces se pretenda hacer ver que en la demanda se pidió otra cosa.”*

**3.3.-** Respecto a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, ésta se refiere a la falta de congruencia entre aquello que es materia de la litis y la sentencia, siendo la incongruencia *un error in procedendo* que consiste conforme lo explica Humberto Murcia Ballén, en *“la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes*, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante o disonante, como también se lo llama... La incongruencia del fallo puede revestir tres formas, y cualquiera de las tres, estructura la causal de casación que se comenta, pues que todas ellas implican la transgresión del

susodicho principio de la consonancia o armonía, y son: a) *ultra petita*, en la cual se incurre cuando la sentencia provee sobre más de lo pedido; cuando se falla con exceso de poder, y por eso a la sentencia se la califica entonces de excesiva; b) *extra petita*, en la cual se incurre cuando la sentencia decide sobre pretensiones no formuladas por el demandante en su demanda, ni en oportunidad posterior; o sobre excepciones que debieron ser alegadas no fueron propuestas; y c) *minimapetita*, también llamada *citrapetita*, en la cual incurre el juez cuando, al dictar su sentencia, omite decidir sobre algunas de las peticiones o de las excepciones invocadas; es decir, cuando se falla con defecto de poder, y por eso a la sentencia, en tal supuesto, se la califica de fallo parcial o diminuto" (Murcia Ballén, Humberto, *Recurso de Casación Civil*, 6ta ed., Edit. Gustavo Ibañez, Bogotá-Colombia, 2005, pgs. 506-507). (El inclinado es nuestro).

**3.3.1.-** Doctrina igualmente autorizada nos explica un poco más el tema: “Pero ¿qué es la congruencia o asonancia de la sentencia? La congruencia o asonancia es uno de los requisitos que debe cumplir la sentencia y que consiste en la identidad o correspondencia formal que debe existir entre la decisión y las contrarias pretensiones de las partes... El vicio de incongruencia de la sentencia, también llamado disonancia, inconsonancia o falta de asonancia, puede adoptar dos modalidades a saber: **a.***Incongruencia o disonancia positiva: Es aquella que se produce cuando el operador de justicia en la parte motiva del fallo se pronuncia sobre hechos no debatidos en el proceso, como puede ser en los casos de prescripción, pago, compensación, falta de cualidad e interés no traídos a los autos por argumentos de las partes.* **b.***Incongruencia o disonancia negativa: Es aquella que se produce cuando el operador de justicia en la parte motiva del fallo, deja de pronunciarse sobre hechos debatidos en el proceso, como puede ser en los casos de prescripción, pago, compensación, falta de cualidad e interés traídos a los autos por argumentos de las partes.*” (Humberto E. T. Bello Tabares, *La Casación Civil, Propuestas para un Recurso Eficaz y Constitucional*, Ed. Paredes, Caracas-Venezuela, pg. 517.). (El inclinado es nuestro).

**3.3.2.-** Por tanto, para el análisis de esta causal es necesario contrastar lo que el actor pidió en la demanda y lo otorgado en la sentencia; así vemos que a fojas 2 del expediente de primer nivel, comparece Jaime Leonardo Crespo Márquez para demandar: “en la **VÍA ORDINARIA**, al girador del cheque, Sr. **JAVIER OSWALDO GIL JARA**, el pago de los **DOSCIENTOS MIL DÓLARES** de los Estados Unidos de Norte América que es el importe del cheque y que se me adeuda, con los

*intereses correspondientes y en caso de oposición, con las costas de este proceso, ...”.*

**3.3.3.-** Por su parte, la sentencia de los Jueces Provinciales ordena: *“revoca la sentencia venida en grado y declara con lugar la demanda y ordena que el demandado Javier Oswaldo Gil Jara pague los doscientos mil dólares americanos constante en el importe del documento cheque por el girado de fs. 2 del cuaderno de primera instancia con los intereses correspondientes a partir de la citación.”*

De lo transcrito, entre la pretensión y lo resuelto habría concordancia en cuanto se pide pagar el valor del cheque y así se lo resuelve, por lo que aparentemente se trataría de una pretensión de cobro de cheque, con lo cual se debería a entrar a analizar la validez del documento anexado a la demanda, de tal manera de saber si cumple con los requisitos que la ley determina para el efecto; pero conforme el inciso segundo del Art. 297 del Código de Procedimiento Civil que ordena que: *“Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma.”*

La sentencia en su parte considerativa declara: *“CUARTO.- ANALISIS DE LA PRUEBA.- La acción que nos ocupa es la acción ordinaria en el que se debe declarar la existencia de una obligación. Según determina el art. 1453 del Código Civil las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos, reconociendo la ley en el art. 1458 al contrato principal cuando subsiste por sí solo y el accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal. El art. 1562 determina que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.”*

Conforme lo antes transcrito en este fallo, el casacionista considera que los Jueces Provinciales llegaron a una errada conclusión *“de que debo pagar un valor que proviene de un contrato de compraventa de un inmueble...”*; y, el actor del juicio declara en su alegato que *“En esa demanda yo pedí que se me pague la cantidad que el hoy recurrente todavía me adeuda, de USD 200.000, con el cual se iba a completar el pago del precio fijado por un inmueble que negociamos las partes.”*

**3.4.-** De conformidad con lo antes analizado, este Tribunal de Casación considera que la acción

presentada corresponde, no al cobro de un cheque, sino al cobro de una deuda surgida de una relación contractual entre las partes. Por lo tanto la acusación relativa a la causal cuarta es improcedente.

**CUARTO.-** Ahora bien, aceptado que, lo que se discute es una obligación de origen contractual, debemos mirar los contratos referidos y a los que se han hecho referencia en el fallo de segunda instancia.

**4.1.-** En la especie, Jaime Crespo Márquez comparece a exigir el pago de una obligación nacida de contratos suscritos, por una parte, entre él y su cónyuge; **y por otra, Javier Gil Jara y su cónyuge Enma Patricia Peñafiel Ochoa**, por tanto, de esa forma debió configurarse la relación procesal, para que la otra parte contractual, conformada por dos personas, pueda ejercer su legítimo derecho a la defensa, consagrado en la Constitución de la República, que en el Art. 76 garantiza que *“en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas: ... 7. a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.”*

La falta de llamamiento procesal a la señora Enma Patricia Peñafiel Ochoa dentro del litigio donde se discute una obligación nacida de contratos donde ella también es parte, hace que no haya tenido la oportunidad de defenderse dentro de este proceso que eventualmente, le puede traer graves consecuencias, como es la obligación de pagar el valor que se ha demandado.

**4.2.-** El fallo impugnado en su parte pertinente relata: *“Encontramos a fs. 19, 20 21 (sic) del cuaderno de segunda instancia que refiere a la escritura pública otorgada ante el Notario Público Quinto de este cantón en fecha 31 de octubre del 2006, y en el cual cónyuges **Jaime Leonardo Crespo Márquez e Yda Piedad Pontón Jaramillo** dan en venta real y perpetua enajenación con transmisión de dominio y posesión a favor de los cónyuges **Javier Oswaldo Gil Jara y Enma Patricia Peñafiel Ochoa** del mueble descrito en la cláusula segunda del dicho documento y donde se enajena también el proyecto de construcción de la “Estación de Servicios Crespo” con los permisos de construcción aprobados. Como correlación a éste contrato el documento adicional de fs. 39 del cuaderno de primera instancia...”* (el énfasis es nuestro); dicho documento se refiere a un *“Contrato Adicional al de Compraventa de Terreno”* donde *“Comparecen libre y voluntariamente los señores cónyuges **JAIME LEONARDO CRESPO MARQUEZ E YDA***

**PIEDAD PONTON JARAMILLO;** y, por otra parte como compradores los cónyuges **JAVIER OSWALDO GIL JARA Y ENMA PATRICIA PAÑAFIEL OCHOA.** Todos mayores de edad, domiciliados en esta ciudad y cantón, provincia del Azuay, ecuatorianos, capaces ante la Ley para celebrar todo tipo de acto o contrato,”

**4.3.-** El Tribunal considera necesario recordar que, en concordancia con el principio dispositivo consagrado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso, este principio es de mucha mayor trascendencia en la casación, dada la propia naturaleza del recurso, pues la casación recae sobre la legalidad de la sentencia de instancia, de suerte que si la sentencia impugnada contiene infracciones legales se la casa y se dicta una nueva, haciendo una correcta aplicación de las disposiciones legales infringidas; en definitiva se intenta restablecer el imperio de las normas de derecho y unificar la jurisprudencia; sin embargo, todos las juezas y jueces también deben atender el principio de tutela judicial efectiva de los derechos, por lo que tienen el deber fundamental de garantizar la tutela de los derechos consagrados en la Constitución, conforme ordena el Art. 23 del cuerpo legal antes mencionado; el mismo que en su inciso segundo ordena: *“La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.”*

**4.4.-** Por tal motivo, las juezas y jueces deben asegurarse que al proceso hayan sido llamados todos quienes pudiesen ser afectados directamente por la resolución que se dicte, para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la defensa. Esta atribución debe ser ejercida incluso de oficio, tal como antes se mencionó respecto a la tutela de los derechos constitucionalmente garantizados, este criterio ha sido continuamente sostenido en la jurisprudencia ecuatoriana, baste citar los fallos No. 194-2002 publicado en el R. O. 710 de 22 de noviembre del 2002; No. 266-2003, publicado en el R.O. No. 262 de 29 de enero del 2004; y, No. 231-04 publicada en el RO 39 de 15 de junio de 2005.

**4.5.-** En la resolución No. 375 – 2003 publicada en el Registro Oficial No. 362 de 23 de junio de 2004, dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia y que ha sido ratificado en varios fallos por la misma Sala de la Corte Nacional de Justicia, se manifiesta: “Esta Sala, en numerosas resoluciones, se ha referido al tema de la falta de legitimación en la causa o **legitimatio**

**ad causam**, que siendo fundamental sin embargo no ha sido suficientemente desarrollado en nuestra literatura jurídica por lo que hay general obscuridad, confundiéndola inclusive con la ilegitimidad de personería o **legitimatio ad processum**: así aparece, entre otros, en las resoluciones No. 438-98, de 19 de junio de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 39 de 2 de octubre de 1998; No. 516-99 de 15 de octubre de 1999, publicada en el Registro Oficial 335 de 9 de diciembre de 1999; No. 314-2000, de 25 de julio del 2000, publicada en el Registro Oficial N°140 de 14 de agosto del mismo año; No. 405-99, de 13 de julio de 1999, publicada en el Registro Oficial No. 273 de 9 de septiembre de 1999: en esta última resolución señala que la **falta de legitimación en la causa (legitimatio ad causam)**, “consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial. Sobre este tema, el profesor Hernando DevisEchandía expresa que para que haya *legitimatio ad causam* «No se necesita ser el titular o el sujeto activo o pasivo del derecho o de la relación jurídica material (lo que supondría que ésta siempre existiera), sino del interés en que se decida si efectivamente existe (y por lo tanto, aun cuando en realidad no exista). Se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido (por ejemplo, quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene la legitimación en la causa por el solo hecho de pretender ser heredero o dueño; pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por ello la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda. Si además de existir la legitimación en la causa, resulta que el derecho o la relación jurídica sustancial existe en verdad, que el demandante es su titular y el demandado el sujeto pasivo, entonces el demandante obtendrá sentencia favorable de fondo; mas, en caso contrario, la sentencia será de fondo o de mérito, pero desfavorable a aquél» (Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del proceso. Tomo I. pp. 269-270, 14a. edición, editorial ABC, 1996). La legitimación en la causa o *legitimatio ad causam* «Determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las



peticiones de la demanda sea posible. Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en él de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda. Es decir, **no existe debida legitimación en la causa en dos casos:** a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso» (obra citada, pp. 268-269). A continuación (p. 269) el mismo autor dice: «... puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litisconsorcio necesario... Como ejemplos pueden mencionarse las demandas de nulidad o rescisión de un contrato, que deben comprender a quienes figuran como partes en el mismo contrato y a sus causahabientes a título singular o universal (compradores o cesionarios del primer comprador), ya que la decisión produce efectos contra todos...» Finalmente, DevisEchandía, en la obra antes citada, p. 336, dice: «Para nosotros, la debida formación del necesario contradictorio es un problema de legitimación en la causa; cuando no está debidamente integrado, habrá una legitimación en la causa incompleta que impedirá sentencia de fondo... Lo anterior significa que la falta de integración adecuada del litisconsorcio necesario, nunca es causal de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria»...”.

**4.6.-** Por lo tanto, es evidente que en este proceso no se ha dado la *debida configuración del necesario contradictorio*, por la falta de llamamiento a este proceso a la señora Enma Patricia Peñafiel Ochoa, quien también es suscriptora de los documentos sobre los que se sustenta la obligación contractual demandada, por lo que es necesario tutelar el ejercicio de su legítimo derecho a la defensa, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Por todo lo anterior, y sin que sea necesario más consideraciones, este Tribunal de Casación de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** 1) CASA la sentencia dictada el 30

de mayo de 2011, a las 11h29, por los Conjuces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay; y, **2)** por falta de legítimo contradictor en la parte demandada, se rechaza la demanda.-**3)** Dejase a salvo el derecho que le faculte la Constitución y la ley, a la parte actora.-Sin costas que regular.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.-f) Drs. Álvaro Ojeda Hidalgo, Paúl Iñiguez Ríos y Wilson Andino Reinoso , JUECES NACIONALES y Dra. Lucía Toledo Puebla SECRETARIA RELATORA que certifica.- ES FIEL COPIA DE SU ORIGINAL.- Quito, 05 de marzo de 2013.- Lo que comunico para los fines de Ley.-

Dra. Lucía Toledo Puebla

SECRETARIA RELATORA