



Y7y

**Juicio No. 117-2010**

**Proceso N° 532-2011**

**Asunto: Pago por consignación**

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

**Quito, a 14 de diciembre de 2012; las 11h00.-**

**VISTOS.-** El doctor Eduardo Arturo Nieto Boada, en calidad Procurador Judicial del Banco del Pichincha C.A., interpone recurso de casación de la sentencia dictada en el trámite ordinario de pago por consignación seguido por Eduardo Granda Garcés contra del Banco de Pichincha C.A., impugnando la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en fecha 17 de marzo de 2011, las 14h52. Evacuadas las diligencias propias del recurso, es el estado de resolver, para hacerlo se considera:

**JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-**

El conocimiento del presente recurso, corresponde al Tribunal constituido por los señores jueces doctor Paúl Iñiguez Ríos ponente, Wilson Andino Reinoso, y señora jueza doctora Paulina Aguirre Suárez, en mérito de haber sido designados, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1-2012 de 30 de enero de 2012, para integrar la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil; y, conforme a la correspondiente acta de sorteo que consta en el expediente de casación de fecha 21 de marzo de 2012, somos competentes y avocamos conocimiento del presente recurso de casación, conforme a lo establecido en el artículo 190 numeral 1 del

### **FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-**

**PRIMERO:** En el escrito de interposición del recurso de casación los recurrentes señalan, que las normas infringidas son los artículos: 11 numeral 9, 75, 76, 82, 83 y 172 de la Constitución; 21 segundo inciso, 25, 28 inciso primero y 29 del Código Orgánico de la Función Judicial; 115 del Código de Procedimiento Civil; y, 1612 y 1715 del Código Civil.

**SEGUNDO:** El casacionista fundamenta su recurso en la causal 3 del artículo 3 de la Ley de Casación.

**TERCERO:** Fundamenta el recurso de casación en la causal 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, exponiendo que se refiere a la “Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”, que “...no se efectuó la valoración de todas las pruebas solicitadas dentro del proceso por lo que se hizo una indebida aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y, como consecuencia, se realizó una aplicación indebida de los artículos 1612 y 1715 del Código Civil, más aún, cuando durante las etapas probatorias se violaron los Arts. 11 numeral 9, 75, 76, 82, 83 y 172 de la Constitución de la República del Ecuador y Artículo 21 inciso segundo, 25, 28 inciso primero y 29 del Código Orgánico de la Función judicial, cuando se dejó en indefensión a mi representado, al no haberse practicado todas las pruebas que fueron solicitadas...”.

Sostiene el recurrente que durante la etapa de prueba en primera instancia, el perito designado quien emitió un informe muestra un total desconocimiento de la materia, por lo que al existir error esencial en el informe mediante escrito solicitó en la etapa de prueba se nombre un perito adscrito al Ministerio Público, pedido que fue negado sin motivación legal, al negarse ésta prueba el señor Juez A quo coartó su derecho a la defensa violando taxativamente los artículos 75 y 76 de la Constitución.

Aduce el censor del fallo que dentro de la etapa de prueba en segunda instancia, solicitó se nombre un perito contable para que revise la contabilidad del Banco del Pichincha C.A. conforme consta del escrito de prueba presentado, pedido que fue aceptado, sin embargo, al no ser posible la ubicación de la Perito Contable se declaró caducado su nombramiento pero no se nombró un nuevo perito para efectuar el informe coartándose su derecho a la defensa.

La falta de aplicación del artículo 11 numeral 9, del artículo 75, 76 número 1, del artículo 82, 83, 172, de la Constitución, han llevado a los jueces de la Segunda Sala de la Corte Provincial de Pichincha a dictar sentencia y auto que recurre.

Se violenta la Constitución en su artículo 76 numerales del 1 al 7, “la afectación del derecho de defensa coloca al individuo en un estado de indefensión, esto es, cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o la de realizar dentro de dicho proceso, las adecuadas pruebas, o cuando se le crea un obstáculo que dificulte la actividad probatoria”.

También motiva y fundamenta el recurso, indicado que no se ha aplicado los artículos 21, 25, 28 inciso primero, del Código Orgánico de la Función Judicial.

Expone el casacionista que en la legislación procesal civil rigen dos principios sobre la apreciación de la prueba, el de la sana crítica y recientemente se admite el de libre criterio judicial, que al dejar de evacuar las pruebas de fundamental importancia, se ha violado el debido proceso y al no emplear en la sentencia recurrida el principio de la sana crítica, que consiste en fundar la resolución en un convencimiento razonado mediante las pruebas aportadas por lo que en el caso que ocupa claramente se aplicó indebidamente el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, trayendo como consecuencia la “...mala aplicación del artículo 1612, al pretender obligar a mi representado a aceptar el pago y cancelar la obligación que el actor ha elegido...”.

#### **ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.-**

**PRIMERO:** El recurso de casación se establece, como instrumento para la creación de jurisprudencia, con el fin de conseguir la unidad interpretativa del ordenamiento jurídico, en aras de la certeza de las normas y de la seguridad de su conocimiento que al tiempo -como respuesta judicial- satisfaga el derecho a la igualdad de todas y todos los ciudadanos en la aplicación de la ley. Es un medio de impugnación extraordinario y formal, tendiente a la anulación de la sentencia de instancia recurrida, su extraordinariedad exige el cumplimiento de determinados requisitos, los cuales constituyen limitaciones que se imponen para su acceso, ya que no todo es casable, existen motivos o causas preestablecidas por los cuales se puede recurrir en casación; pero no sólo se requiere del cumplimiento de la parte formal del recurso, pues por su propia naturaleza se exige que la fundamentación sea precisa, que lleve al Tribunal de Casación a la verificación de la legalidad del fallo impugnado dentro de los límites establecidos por el casacionista, al respecto la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado en los siguientes términos: *“La naturaleza excepcional, extraordinaria y eminentemente*

*dispositiva del recurso de casación, comporta en la normatividad procesal civil una especial atención por parte del legislador a los requisitos formales de la demanda que lo sustenta, de tal forma que su admisión a trámite despunta vedada en el evento de obviar el recurrente las exigencias estatuidas. Es así como entre los requisitos del libelo impugnatorio, resultan en extremo relevantes para el asunto que ocupa la atención de la Corporación, los contenidos en el numeral 3° del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, con arreglo al cual para la admisión de la demanda han de exponerse ‘los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa’, pues la propia naturaleza del medio de impugnación impone a la Corte el moverse sólo dentro de los estrictos límites demarcados por la censura...”<sup>1</sup>*

. En nuestra legislación el recurso de casación se encuentra regulado en la Ley de Casación, cuyas causales para la procedencia están taxativamente señaladas, las cuales exigen una construcción precisa del recurso. En este sentido cabe reiterar que la casación, es: **“...un medio de impugnación destinado para ser dirigido exclusivamente contra la sentencia y tiene una finalidad política...”**<sup>2</sup>, teniendo como finalidad lo que Miguel Fenech recoge de una ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia de España, que indica: **“... El instituto de la Casación tiene como fin primordial establecer una doctrina jurídica que no solo sea aplicable al caso concreto, sino que sirva de enseñanza para la solución de casos posteriores...”**<sup>3</sup> criterio que ratifica a la casación como un instrumento jurídico para la unificación de la jurisprudencia y la corrección de los errores de derecho para garantizar la legalidad del fallo, además es importante hacer justicia para garantizar la seguridad jurídica, así la doctrina se ha pronunciado **“...es un remedio procesal extraordinario que procede contra resoluciones judiciales definitivas (en el sentido que pone término al litigio) con el objeto de anularlas de dejarlas sin efecto por haber sido dictadas con infracción del derecho positivo o de la doctrina jurisprudencial establecida (cómo prevé la legislación peruana) restableciendo la vigencia del derecho...”**<sup>4</sup>

**SEGUNDO:** Procede la revisión de las acusaciones que hacen los recurrentes contra la sentencia impugnada, para ello se considera lo siguiente:

**1.-** En primer lugar es de destacar que, para la procedencia del recurso de casación, no solo se requiere cumplir ciertas exigencias formales, sino que por la naturaleza propia del recurso, es necesario que la fundamentación sea clara, precisa y razona; siendo así, cuando se exige el requisito de establecer los fundamentos en que se apoya el recurso, se debe hacer una explicación

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Auto de 19 de enero de 2009, exp. 00192, reiterado en auto de 18 de diciembre del mismo año, exp. 07634.

<sup>2</sup> De La Rúa Fernando, “El recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino”. Editor Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1968, pág. 20.

<sup>3</sup> Fenech Miguel, “Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo”, Volumen VI, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1969, pág. 12875.

<sup>4</sup> CARRION LUGO, Jorge, “El recurso de Casación en el Perú”, Doctrina –Legislación –Jurisprudencia”, Ed. Grijley, Lima, 1er Ed. , 1997, pág. 6

razonada del motivo o causa de las alegaciones o infracciones acusadas; la justificación lógica y coherente para demostrar, por ejemplo, que existe falta de aplicación de una norma de derecho. En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, se define fundamentar como: “...**Afirmar, establecer un principio o base./ Razonar, argumentar.../...**”, en consecuencia **“los fundamentos en que se apoya el recurso”, “no son los antecedentes del juicio, ni los alegatos impropios para este recurso extraordinario, como tampoco los razonamientos sobre asuntos o disposiciones extrañas a la litis, sino los argumentos pertinentes a la materia de alegación expuestos de manera adecuada como para sostener la existencia de la infracción o las cargos contra la sentencia recurrida.”** (Resolución No. 247-2002, juicio 299-2001, publicado en el Registro Oficial No. 742 de 10 enero del 2003). La fundamentación debe llevar al Tribunal de Casación a la verificación de la legalidad del fallo impugnado dentro de los límites establecidos por el casacionista.

2.- La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, establece la procedencia cuando existe: **“...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...”**, vicio conocido doctrinariamente como violación indirecta de la ley. En lo que respecta a esta causal, de debe precisar las normas de derecho y de valoración de la prueba violadas, precisando el concepto de violación, sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de dichas normas; como se ha pronunciado la jurisprudencia ecuatoriana: **“se debe además precisar el concepto de la violación, es decir en función de que existan los siguientes elementos: error, consistente en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, o lo que es lo mismo, error en la selección de la norma por parte del Juez, error en la existencia de la norma y error en el significado de la norma. No sirve afirmar en el escrito de interposición del recurso que se ha dejado de apreciar una prueba, sino que debe precisarse el tipo de error y que ese error condujo al Juez a violar la norma de derecho o de valoración de la prueba, ya sea directa o indirectamente”** (Exp. 163-94, R. O. 636, 17-II-95); de no constreñirse a estas exigencias, se frustra la alegación por esta causal.

3.- En este contexto, revisada la sentencia y el recurso interpuesto, se observa lo siguiente: **a)** En cuanto a lo manifestado en el punto IV del escrito contentivo del recurso, se aprecia la contradicción del recurrente, en cuanto señala que existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba y más adelante considera haber indebida aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que es una norma en una parte, aplicable a la valoración de la prueba lo que significaría que el recurrente estaría hablando de falta e indebida aplicación del

artículo indicado, siendo que se trata de conceptos distintos e incompatibles entre sí; al respecto la doctrina opina: **“... Desde vieja data ha sostenido la Corte su doctrina de que la inaplicación, la aplicación indebida y la aplicación errónea corresponden a tres conceptos distintos y aún incompatibles de transgresión de la ley sustancial, puesto que cada uno de ellos deriva de fuentes distintas”**. (Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, pág. 311), discordancia en el planteamiento del recurso que trae como consecuencia el rechazo de la casación por esta causal, sin que este Tribunal tenga claridad para determinar la existencia de violaciones de normas de derecho; **b)** Sin embargo de lo anotado, este Tribunal considera necesario aludir al artículo 115 del Código de procedimiento Civil, norma que se alega ha sido violada, la cual refiere a la forma como el juzgador debe valorar la prueba, en aplicación de las reglas básicas de la sana crítica, potestad exclusiva de los Jueces para valorar la prueba en un juicio. Bajo esta óptica, a la **“sana crítica”**, según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Editorial Eliasta, Bs. As. Argentina, se la concibe: **“...opina Ossorio y Florit que, frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar las pruebas, y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal (v.), surge el sistema intermedio y más extendido de la sana crítica, que deja al juez formar libremente su convicción, pero obligándole a establecer los fundamentos de la misma. En la libre convicción (v.) entra en juego la conciencia en la apreciación de los hechos; en la sana crítica, el juicio razonado. A este respecto expresa Couture que el juicio de valor en la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad.”**, nuestra jurisprudencia al respecto se ha pronunciado, señalando que la sana crítica: **“es la unión de la lógica y la experiencia, son reglas del correcto entendimiento humano; son criterios lógicos los que sirven al juez para emitir juicios de valor en torno a la prueba pero, también referidas a reglas de la experiencia común. Son por tanto un instrumento que en manos del juez pueden ajustarse a las circunstancias cambiantes, locales y temporales y a las peculiaridades del caso concreto; son pues tales reglas un instrumento de apreciación razonada, de la libre convicción, de la convicción íntima, de la persuasión racional o de la libre apreciación de la prueba”** (Exp.83-99, R. O. 159, 30-III-99); sobre la **“valoración de la prueba”**, la jurisprudencia española ha señalado: **“AP Cáceres, SS 25-04-2001 (2001/15023)... El Tribunal declara que la alegación de error en la valoración de la prueba, ha de tener por objeto el denunciar que a un determinado medio de prueba no se le ha reconocido el valor probatorio que la ley le reconoce, o bien que se le ha atribuido una eficacia probatoria que la ley no le da, debiendo en ambos casos citarse las normas de valoración de prueba aplicables a aquella de que se trata, pero sin que ello permita proceder a un nuevo examen y valoración de la prueba en su conjunto contraponiendo a la del Tribunal de instancia la valoración subjetiva del recurrente, circunstancias estas las cuales no concurren en el caso de autos,**

**no pudiéndose hablar por tanto de un error en la valoración de la prueba aportada.”.** El principio de carácter general sobre la forma de valoración de la prueba, ha sido correctamente aplicado en la sentencia, puesto que del análisis de la prueba, el juez concede valor probatorio a las actuaciones probatorias producidas por las partes en el momento procesal oportuno, sin que quepa la infracción alegada de las normas invocadas por la parte recurrente, ya que no basta que tan sólo exista el error, sino además que éste haya servido necesariamente de medio para que en la sentencia no se haya aplicado o mal aplicado normas jurídicas sustantivas. La jurisprudencia acogida por este Tribunal, considera que: **“debe haber expresa legislación positiva sobre el valor de determinada prueba para que la causal proceda; mientras que la objetividad de la prueba, el criterio sobre los hechos que estableció el juez de instancia, su grado presuntivo, no pueden ser alterados por la Corte Suprema al fallar sobre el recurso de casación”.** (Exp. 83-99, R. O. 159, 30-III-99); **c)** los argumentos esgrimidos por el casacionista en cuanto que en primera y segunda instancia no se ha nombrado un nuevo perito para la emisión de un nuevo informe pericial sobre la materia, dejándolo en indefensión, es una situación que no se encuentra protegida por la causal invocada, ya que, el no llamamiento a un nuevo perito, violaría el debido proceso, en especial el derecho a la legítima defensa consagrado en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República, que de ocurrir acarrearía la nulidad, hecho fáctico que no encuentra protección en la causal sustento de presente recurso; y, **d)** respecto de la violación de los artículos 11 numeral 9, 75, 76, 82, 83 y 172 de la Constitución de la República; 21 segundo inciso, 25, 28 inciso primero; y, 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, los que estima infringidos el casacionista, aparte de que han sido llamados aislada y generalmente, éste Tribunal advierte y precisa que se tratan de normas que contienen principios, derechos de protección, responsabilidades, disposiciones fundamentales (normas conceptuales) que en sí, rigen el sistema jurídico del país, y que para nada se ha llegado a establecer el debido nexo que debe existir entre la sentencia y los cargos imputados a la misma que permita el control de legalidad, así como tampoco se estableció una lógica jurídica entre la causal invocada y los cargos tendientes a sustentarla que vuelve improcedente el recurso.

#### **DECISIÓN.-**

Por las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA,** rechaza el recurso de casación en los términos que anteceden, y **NO** casa la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en fecha 17 de marzo de 2011, las 14h52.- Notifíquese y devuélvase el expediente para los fines de ley.- Dr. Paúl Iñiguez Ríos; Dr. Wilson Andino Reinoso; Dra. Paulina Aguirre Suárez; Jueces Nacionales y Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora que Certifica.”

Comunico para los fines legales

Dra. Lucía Toledo Puebla  
SECRETARIA RELATORA

(k.r.)