

**PROCESO N° 09332-2014-5159
RECURSO DE CASACIÓN.**

ACCIÓN: DAÑOS Y PERJUICIOS

ALOMIL S.A. en “liquidación”
Vs.
OTECEL S.A.

Dr. David Isaías Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) Ponente.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Quito,

VISTOS: En virtud del recurso de casación planteado por Lonny Fabian Espinoza Simancas, procurador judicial de la compañía OTECEL S.A., demandada, en contra de la sentencia de 12 de febrero de 2020, emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, la misma que resuelve negar el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, y confirmar la sentencia dictada por el Juez *a quo*¹, reformándola únicamente en lo atinente a los intereses; la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; el doctor Yuri Palomeque Luna, Conjuez Nacional, admitió a trámite el medio de impugnación planteado, mediante auto de 24 de agosto de 2020; agotado el trámite de ley, llevada a efecto la audiencia de estrados solicitada; escuchados los sujetos procesales, el suscrito órgano jurisdiccional, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en las garantías normativas de la Ley de Casación, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República; y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

**PRIMERO:
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**

Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y conforme la Resolución No. 03-2021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores David Isaías Jacho Chicaiza², Wilman Gabriel Terán Carrillo³ y Himmler Roberto Guzmán Castañeda⁴, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de los doctores Carlos Ramírez Romero, Vicente Robalino Villafuerte y María Rosa Merchán Larrea, ex Jueces

¹ Sentencia dictada el 4 de agosto de 2017, por el abogado Robert Paul Terán Matamoros, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Guayaquil.

² Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

³ Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

⁴ Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

Nacionales, respectivamente, por ausencia definitiva de los indicados operadores de justicia.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante sorteo de ley, efectuado el 24 de marzo del 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, las garantías normativas de la Ley de Casación; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación planteado y admitido; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio de la presente resolución.

SEGUNDO: **LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*.**

2.1) Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76.3⁵ de la Constitución de la República del Ecuador, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, establecida en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos⁶, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia de la Ley de Casación y las reglas del Código de Procedimiento Civil, cuerpos normativos ultractivos para la presente causa, el presente medio de impugnación es tratado conforme los preceptos legales de referidos cuerpos de leyes.

TERCERO: **VALIDEZ PROCESAL.**

3.1) El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en la Ley de Casación y el Código de Procedimiento Civil; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la Constitución

⁵ **Constitución de la República del Ecuador:** “Art. 76.- 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: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...).”

⁶ **Código Orgánico General de procesos:** “DISPOSICIONES TRANSITORIAS: PRIMERA.- Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación.”

de la República del Ecuador, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

CUARTO: ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

4.1) El ciudadano Horacio Alfredo Areco Pérez, por los derechos que representa como Gerente General y representante legal de la compañía ALOMIL S.A. “En liquidación”, demanda a la compañía OTECEL S.A., en la interpuesta persona de su Presidente Ejecutivo y representante legal, judicial y extrajudicial, señor Juan Federico Goulu Caride; libelo inicial en el que señala lo siguiente:

“(...) La compañía Alomil S.A. actualmente en liquidación, es una empresa legalmente constituida con domicilio y asiento principal de negocios en la ciudad de Guayaquil, dedicada a la actividad de las telecomunicaciones, especial y señaladamente, a la intermediación comercial y reventa de servicios de telefonía celular, así como su comercialización y venta de los distintos productos relacionados con el servicio de telecomunicaciones.

III.1.b.- Para el cumplimiento de sus fines la compañía Alomil S.A., celebró con la compañía Otecel S.A., conocida en el mercado nacional y extranjero con la marca 'MOVISTAR', varios contratos mediante los cuales la concesionaria del servicio de telefonía móvil celular le encargó a mi representada Alomil S.A., la intermediación comercial de servicios de telefonía celular y la comercialización y venta de productos relacionados, al amparo del Contrato de Concesión del Servicio de Telefonía Móvil Celular que Otecel S.A. tiene celebrado con el Estado Ecuatoriano.

Entre los contratos comerciales que mi representada Alomil S.A. celebró con Otecel S.A., se destacan: a.) Contrato de Distribuidor Autorizado, celebrado el 1° de marzo del 2006, mediante el cual se concedió a Alomil S.A. la comercialización, en calidad de distribuidor autorizado no exclusivo, de abonados y de productos y servicios; b.) Contrato de Reventa de Servicios de Telecomunicaciones, celebrado el 4 de agosto del 2006, mediante el cual se le concedió y encargó, en calidad de revendedor, la reventa de servicios de locutorios; y, c.) El Acuerdo Comercial de Venta de Recargas Electrónicas, celebrado el 22 de octubre del 2007, mediante el cual se le concedió y otorgó la comercialización tiempo aire celular, a través de pines, recargas electrónicas y recargas automáticas, conforme lo justifico con las copias notarialmente certificadas que acompaño de los indicados instrumentos.

III.1.c.- En virtud de los indicados contratos comerciales mi representada Alomil S.A. centró su giro de negocios en comercializar y vender, única y exclusivamente, los servicios y productos que le proveía Otecel S.A. (MOVISTAR), habida cuenta que ésta le impuso en los referidos contratos cláusulas restrictivas de 'exclusividad' en el sentido que no podía comercializar ni vender los servicios o productos de los demás operadores de las telecomunicaciones por ser competencia directa de Otecel S.A., lo cual ocasionó que el giro total de las operaciones del negocio de Alomil S.A. se centre exclusivamente en los servicios u productos que Otecel S.A. le suministraba y vendía , y que, mi representada no desarrolle o ejecute nuevos negocios en el área de la telefonía móvil.

III.1.d.- Es importante destacar que durante el tiempo que mantuvimos la relación comercial con la compañía Otecel S.A., se presentaron varios inconvenientes, debido a la desorganización de ésta en varios aspectos fundamentales del negocio, tales como: i.) Cobro indebido de tiempo aire y falta de suspensión de las líneas que habían sido debidamente reportadas y respecto de las cuales existían 'incidencias' por incidencia se entiende que Otecel S.A. había recibido y ordenado la suspensión de las líneas telefónicas;- ii.) Suspensión injustificada del servicio por parte de Otecel S.A. ante supuestos atrasos en el pago de facturas, conforme lo justifico con la copia notarialmente certificada de la diligencia notarial

que acompañó; entre otros inconvenientes que no fueron atendidos; sin embargo de lo cual, con un gran esfuerzo de nuestros ejecutivos y empleados en general, logramos tener una importante participación en el mercado nacional, especialmente en la reventa de minutos con la instalación de centenares de cabinas telefónicas conocidas como locutorios. No obstante lo indicado precedentemente, el negocio de Alomil S.A. durante el tiempo que mantuvo la relación contractual con Otecel S.A. (MOVISTAR) tuvo año a año un enorme crecimiento económico, en los cuales se puede observar las utilidades que generaba el negocio, y que, a su vez, representaba un importante ingreso para Otecel S.A. por las ganancias que le generaba y por la participación que ésta tenía en el mercado a través de sus locutorios.

El crecimiento económico de Alomil S.A., se refleja en las ventas netas o totales de la empresa i.) El año 2006 ascendió a la cantidad de US\$6,565,272.91; ii.) En el año 2007 ascendió a la cantidad de US\$11,287,321.59; y, iii.) En el año 2008 ascendió a la cantidad de US\$6,265,367.79, dejando constancia que en este último año fue precisamente en el cual Otecel S.A. se dedicó a perseguir a los administradores y directivos de Alomil S.A., mediante el ejercicio abusivo del derecho al haber elaborado deliberadamente información errada e inexacta y, luego, haberla proporcionado a la Superintendencia de Telecomunicaciones con la finalidad de sostener o fundamentar la denuncia presentada en la Fiscalía General del Estado, que ocasionó que sobre el suscrito y demás directivos de Alomil S.A. pesare un juicio penal y órdenes de prisión, lo cual al final produjo la ruina total del negocio de mi representada Alomil S.A.

III.1.e.- Ante el crecimiento económico del negocio de Alomil S.A. y de los demás revendedores mayoristas la compañía Otecel S.A., con la finalidad de obtener mayores utilidades realizó una serie de actos encaminados a eliminar a los revendedores mayoristas bajo la estructura del negocio original, para imponerles otra, bajo estipulaciones y políticas distintas con márgenes menores de utilidad.

Es por ello que, ante la negativa de algunos mayoristas, como lo fue el caso de Alomil S.A., la compañía Otecel S.A., inició y llevó a efecto una campaña de desprestigio del buen nombre, crédito, fama y reputación comercial de mi representada, mediante la ejecución de una serie de actos deliberados y premeditados cuyo propósito tenía como finalidad excluir a Alomil S.A. del negocio de las telecomunicaciones, lo que, fue finalmente conseguido por Otecel S.A., con la elaboración de documentos (informes y auditorías) en los cuales se determina veladamente que Alomil S.A. se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocido como 'by pass' los mismos que fueron utilizados y sirvieron de fundamento para el inicio de un juicio penal contra los administradores y directivos de Alomil S.A., como se explica a continuación, que terminó ocasionando la ruina total del negocio de Alomil S.A. (...)

III.2.- Materialización del daño irrogado a la compañía ALOMIL S.A.

La compañía Otecel S.A. con el ánimo de causar daño al prestigio, buen nombre, crédito, fama y reputación comercial de la persona jurídica Alomil S.A., y en su patrimonio económico, realizó varios actos deliberados que fueron materializados, entre otros, mediante los documentos siguientes:

1.) Mediante la emisión y suscripción del informe No. FI-005-08 del 18 de febrero del 2008, firmado por la señora Mirka León, Jefe de Control de Fraude de la compañía Otecel S.A., dirigido a los señores Carlos Meythaler, Gerente Nacional de Ventas Indirectas y Consumo Masivo; Gustavo Guerrero, Gerente de Telefonía Pública, Hernán Ordóñez, Vicepresidente Regulatorio; y, Andrés Donoso, Vicepresidente Legal, todos de la compañía Otecel S.A., en el cual expresa que el Departamento de Control y Fraude a su cargo dando seguimiento a los informes Nos. LC-001-LC-LC-0001, LC-0004, LC-0007, LC-0012 Y FL-002-08, en los cuales se informa la observancia de 186 líneas con 'presunción de fraude con tráfico irregular' pertenecientes al mayorista Otecel S.A., procedió a la revisión de la documentación de soporte de la venta de las indicadas líneas reportadas, amparándose en las cláusulas Tercera y

Séptima del Contrato de Reventa de Servicios de Telecomunicaciones, que a esa época las vinculaba.

En el literal B del amañado informe al que me refiero, página 4, la señora Mirka León, textualmente sostiene 'se realizó el cotejo de la información registrada por Alomil S.A. y la dirección registrada en la documentación entregada. El alcance del presente informe no abarca la confirmación en terreno de las coordenadas entregadas por el mayorista Alomil S.A....'

2.) Mediante la emisión del Informe Especial de Auditoría y Control de Fraude, No. 008/2008/EC, realizado por el equipo de auditoría conformado por los señores Rommel Ponce y Johanna Flores, y validado por el Gerente de Auditoría señor Fernando Miño Yépez y la Jefe de Control de Fraude señora Mirka León, que fue realizado del 12 al 20 de febrero del 2008, en el cual consta las conclusiones de los auditores, que textualmente dicen:

"3.- Principales conclusiones: De los procedimientos acordados ejecutados se puede mencionar los siguientes aspectos:

** la compañía Alomil S.A. carece de políticas y procedimientos formales que normen el proceso de comercialización vigente hasta el 1 de febrero de 2008. Como estrategia comercial Alomil S.A. ha aplicado procedimientos de pre activación de Sim Cards a nombre de la Cadena Comercial Megasaint, con la cual no posee contrato alguno de venta. Las sim card preactivadas eran almacenadas en las bodegas de Alomil hasta la venta al cliente final, momento en el cual se comunicaba a TEc para que proceda a actualizar el usuario, dirección y coordenadas finales, sin la existencia de un contrato de cesión de derechos que avalice la transferencia al cliente final. Cabe mencionar que el Mayorista Alomil no percibe comisión alguna por activación de sim cards para locutorios.*

** En cuanto a la documentación soporte de ventas, se observó la inexistencia de contratos (13% de la muestra), pagarés (17%), solicitudes del servicio (33%), recepción de sim cards por parte de los supervisores de ventas (70%), así como la carencia de procesos formales de análisis de crédito...*

**En relación a la prueba de exactitud de la información de coordenadas, el 67% (20 casos) de la muestra, presentaron diferencias en las coordenadas obtenidas en la medición con las incluidas en la base de datos.*

** No se concluye al respecto de la prueba de Cuadre de Facturación debido a que Alomil S.A. no proporcionó las facturas solicitadas..."*

Es así que OTECEL S.A. sin seguir un procedimiento justo y transparente, en forma unilateral y arbitraria, a espaldas de mi representada Alomil S.A., elaboró en forma deliberada y premeditada una serie de informes que en su contenido y conclusiones no guardan relación con la realidad de las operaciones efectuadas por Alomil S.A. y de las comunicaciones o notificaciones cursadas entre ALOMIL S.A. y OTECEL S.A., y sin habernos dado el elemental derecho a la defensa que nos permita presentar pruebas de descargos y/o justificativos o de replicar las afirmaciones contenidas en los informes le imputan a Alomil S.A. el cometimiento del delito de tráfico telefónico irregular de larga distancia internacional conocido como 'by pass', mediante el supuesto uso ilegal de números de teléfonos pertenecientes a la operadora Otecel S.A., tipificado en el Art. 422 del Código Penal, remitió dichos informes a la Superintendencia de Telecomunicaciones. Luego, el indicado organismo de control ante la gravedad de las imputaciones se vio obligado a presentar una denuncia penal en contra del suscrito como administrador de ALOMIL S.A. y de los ejecutivos de ésta. (...)

El Intendente Regional Costa de la Superintendencia de Telecomunicaciones, ingeniero Edgar Guillermo Leyton Quezada, con vista, fundamento y mérito de la 'información proporcionada por las compañías operadoras CONECEL S.A. y Otecel S.A.', presentó el 25 de enero del 2008, denuncia penal por el delito tipificado en el Art. 422 del Código Penal, y solicitó se realicen las investigaciones y demás diligencias necesarias para establecer los responsables

por la utilización de los números celulares respecto de los cuales se detectó tráfico irregular de llamadas de larga distancia internacional, especial y señaladamente, que se investigue a la empresa ALOMIL S.A. y sus directivos, conforme lo demuestro con la copia notarialmente certificada que también acompaño.

En la referida denuncia presentada por la Superintendencia de Telecomunicaciones, Intendencia Regional Costa, textualmente se manifiesta:

“Relación de los Hechos:

Es el caso señor Fiscal, que de conformidad con el informe IET-016-08, cuyo original adjunto, el Director General de Investigación Especial en Telecomunicaciones..., me comunicó que, por información proporcionada por las compañías operadoras CONECEL S.A. y OTECEL S.A. ..., se conoce lo siguiente:

1.- Que Conecel S.A. mediante comunicación DJYR-0126-2008 suscrita por el Director Jurídico Regulatorio de la mencionada compañía operadora comunicó a esta Superintendencia, sobre la detección de tráfico telefónico irregular de larga distancia internacional a través de los dos (2) números telefónicos: 098-127-064 y 098-112-804...

2.- Que de las investigaciones realizadas por la Dirección General de Investigaciones Especial en Telecomunicaciones al respecto, se conoce lo siguiente:

2.1.- Que los dos números celulares detectados se encuentran activos en tarjetas SIM Card o chips de telefonía celular, mismos que de acuerdo a las series asignadas por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones corresponden a la red de Otecel S.A.

2.2.- Que los dos (2) números celulares detectados, conforme la información proporcionada por Otecel S.A. mediante comunicación VPR-2592, corresponden a series numéricas asignadas a locutorios de telefonía pública registrada por la mencionada operadora...

2.3.- Que los dos (2) números celulares detectados, según información proporcionada por Otecel S.A., sobre este caso, habrían sido comercializados a través del distribuidor Master denominado ALOMIL...”

Así, OTECEL S.A. le imputa a mi representada Alomil S.A. el uso ilícito de 131 líneas o números de teléfono celulares, tal como consta en el INFORME CONSOLIDADO No. IET-027-2008, suscrito por el Director General de Investigación Especial en Telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, ingeniero Fernando Santillán R, que obra dentro del proceso penal en el cual se observa que dicho funcionario, en el último párrafo del indicado informe, página 9, expresa: 'Del análisis realizado por la Dirección General de Investigación Especial en Telecomunicaciones, sobre la información entregada por OTECEL S.A., se ha determinado que de las ciento cincuenta y cuatro (154) líneas reportadas por dicha operadora, ciento treinta y un (131) de ellas, corresponden a líneas celulares distribuidas por Alomil S.A. a nombre de Megasaint S.A.; y, en la página 10 del referido documento dice: 'El cuadro que contiene el detalle de la información proporcionada por Otecel S.A. mediante comunicación VPR-2584 (Anexo 9), sobre las ciento treinta y un (131) líneas detectadas distribuidas por Alomil S.A., a nombre de Megasaint S.A., se muestra a continuación...”

De la revisión del informe mencionado precedentemente se advierte que la Superintendencia de Telecomunicaciones en todo momento al referirse a mi representada ALOMIL S.A. lo hace expresando 'de la información que le fuera proporcionada por Otecel S.A.', es decir, el mencionado organismo de control dirige su accionar contra Alomil S.A., en vista y mérito de la información recibida por OTECEL S.A. que le imputa responsabilidad de tipo penal a los administradores y directivos de ALOMIL S.A. Véase que en el acápite IV del aludido Informe Consolidado No. IET-027-2008 al tratar respecto de los resultados de las diligencias investigativas efectuadas, se dice: “Que los números celulares detectados, tanto por CONECEL S.A. como OTECEL S.A., motivo de esta investigación, según la información

proporcionada por OTECEL S.A. sobre este caso, habrían sido comercializados a través del distribuidor master denominado ALOMIL S.A.; y, que esos números constan en locutorios cuyo propietario es la empresa MEGASAINTE S.A....". He ahí, la responsabilidad de OTECEL S.A. al imputar en forma premeditada y deliberada falsas infracciones de tipo penal ante un supuesto e inexistente tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional, como fue declarado judicialmente al haberse dictado auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados HORACIO ALFREDO ARECO PÉREZ, CRISTIAN RAFAEL CARPIO ROHDE y FABIÁN ALARCÓN GARCÍA, directivos de Alomil S.A.

III.3.b.- Luego, el Agente Fiscal de lo Penal del Guayas de la Unidad de Delitos Financieros, Anticorrupción y Telecomunicaciones, doctor José Coellar Punín, acogiendo en su totalidad la documentación producida, elaborada y proporcionada por Otecel S.A., dictó el 12 de febrero del 2008, auto mediante el cual resolvió dar inicio a la etapa de instrucción fiscal, y solicitó al Juez de lo Penal que dicte auto de prisión preventiva en contra del suscrito Horacio Alfredo Areco Pérez y de los señores Cristian Rafael Carpio Rohde y Fabián Alarcón García, y que, ordene como medidas cautelares la prohibición de enajenar de los bienes y la salida del país de los referidos imputados.

III.3.c.- Posteriormente, en virtud del sorteo de Ley, se radicó la competencia en el Juzgado Cuarto de lo Penal del Guayas, habiéndose signado la Instrucción Fiscal con el número 084-2008. Es así que, con mérito a la documentación y al pedido de la fiscalía la Jueza Cuarto de lo Penal del Guayas, mediante auto dictado el 18 de febrero del 2008, avocó conocimiento de la causa y ordenó la prisión preventiva de los imputados, esto es, del suscrito Horacio Alfredo Areco Pérez y de los señores Cristian Rafael Carpio Rohde y Fabián Alarcón García, habiéndose girado las boletas de detención el día 19 de febrero del 2008, lo que ocasionó que la dirección y administración del negocio de Alomil S.A. se encuentre en acefalía considerando que sobre sus representantes y directores pesaba una injusta e ilegal orden de detención, y un proceso penal respecto del cual debían defenderse.

III.3.d.- Habiéndose agotado la etapa de instrucción fiscal, la señora Jueza Cuarto de lo Penal del Guayas, abogada Zoila Alvarado Moncada, el 17 de abril del 2009, luego del largo y tortuoso proceso al que fuimos injustamente sometidos como representantes y directivos de ALOMIL S.A., dictó el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados, revocando el auto de prisión preventiva que pesaba sobre el suscrito Horacio Alfredo Areco Pérez y sobre los señores Cristian Rafael Carpio Rohde y Fabián Alarcón García.

El indicado auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados, fue recurrido o impugnado por el Ministerio Público y por el acusador particular, mediante la interposición de los recursos de apelación y nulidad, por lo que, el proceso subió en grado recayendo la competencia en la Tercera Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, identificándose el juicio penal con el número 689-2009-D. Habiendo la Sala avocado conocimiento del proceso, ésta resolvió los recursos interpuestos mediante auto expedido el 7 de octubre del 2009, en el cual confirmó en todas sus partes el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados, y se determinó que Otecel S.A. recabó erróneamente la información proporcionada a la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Nuestra doctrina jurisprudencial sostiene: '...no se deben lanzar acusaciones que luego no se puedan sostener, peor si son acusaciones que atenten gravemente contra el honor y el buen nombre de las personas, ni se puede jugar con la administración de justicia' (GJS. XVI, No. 6, Pag 1526). (...)

El artículo innumerado a continuación del Art. 36 del Código Civil, establece que constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico. La norma antes mencionada se subsume precisamente en la conducta dolosa y premeditada de OTECEL S.A., que tenía como finalidad excluir a ALOMIL S.A. del negocio de las telecomunicaciones, ya que, ésta elaboró y presentó sus informes en base a

datos errados y falsos, con los cuales causó daño al prestigio, buen nombre, crédito, fama y reputación de ALOMIL S.A., y consecuentemente la ruina total del negocio, ante la pérdida de su clientela que no quería vincularse comercialmente con una empresa que estaba siendo investigada por un supuesto fraude o delito de telecomunicaciones.

Para demostrar nuestras afirmaciones y el daño causado, basta revisar los considerandos de las resoluciones dictadas por la señora Jueza Cuarto de lo Penal del Guayas y por la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro del juicio penal instaurado contra los administradores y directores de la compañía ALOMIL S.A., que se iniciaron con fundamento en la información proporcionada por OTECEL S.A., que en sus partes pertinentes dicen:

“Juzgado Cuarto de lo Penal del Guayas. Guayaquil, 17 de abril del 2009. VISTOS: ... QUINTO.- Con las constancias procesales que obran en autos, siendo el estado de la causa el de resolver sobre la situación jurídica de los imputados Horacio Alfredo Areco Pérez, Cristian Rafael Carpio Rohde, Fabián Alarcón García y Peter Hernández Vera; la suscrita Juez observa: Que consta la denuncia presentada ante la Fiscalía del hecho suscitado el 3 de julio del 2007, por la compañía ALOMIL, en contra de vendedores de la empresa y falsos clientes que supuestamente habían perpetrado robos de chips y consumos de tiempo aire que no se cancelaron y que dichas pérdidas ocasionadas, fueron subsanadas todas las facturas de tiempo aire, desde septiembre 7 a diciembre 7 del 2007, donde supuestamente se produjo el tráfico irregular de llamadas, y la compañía OTECEL emitió facturación del tiempo comprendido, monto éste que asciende a US\$1,617,019.13, cantidad que fue cancelada por ALOMIL la suma de US\$1,182,372.84, quedando un remanente de 223,906.26, que fue cargado a cuentas por pagar y cancelado la primera semana de enero del 2008, así como también se puede establecer el proceso operativo de activación de las líneas telefónicas por parte de OTECEL a ALOMIL, lo cual existía un mecanismo operativo usado por las compañías antes mencionadas, y que el informe emitido por la compañía OTECEL concerniente a los datos de las direcciones provistas por la compañía ALOMIL, esta no estaba actualizada, lo que causa confusión en la información emitida por la SUPTEL; la misma que no había sido tomada en consideración por la Fiscalía; además se establece que la compañía OTECEL es la que envía la información del consumo de minutos de los chips, el mismo que lo realizaba con constantes retrasos, por lo que no se podría determinar en el momento un tráfico irregular de llamadas telefónicas, lo que en la especie se ha comprobado que la denuncia presentada por el señor Ing. Edgar Guillermo Leyton Quezada, Intendente Regional Costa de la Superintendencia de Telecomunicaciones no tiene fundamentos de responsabilidad del hecho con los imputados antes mencionados, por lo que las informaciones proporcionadas existen desactualizaciones de datos, que han sido recabados erróneamente por la Fiscalía, en la especie no ha ocurrido. Por lo que no teniendo la misma empresa OTECEL un control respectivo en sus contratos sobre sus proveedores mayoristas, por cuanto existen retrasos en las facturas emitidas por OTECEL, entidad encargada de controlar el detalle de los consumos de los chips. En la especie, ... la suscrita Juez, apartándose del dictamen fiscal, y estimando que los elementos en los que el fiscal ha sustentado la presunción de existencia de delito y sobre la participación de los imputados, no son suficientes: RESUELVE: de conformidad con lo previsto en el Art. 242 del Código de Procedimiento Penal, DICTAR AUTO DE SOBRESIMIENTO DEFINITIVO DEL PROCESO Y DE LOS IMPUTADOS HORACIO ARECO PÉREZ, Y CRISTIAN RAFAEL CARPIO ROHDE...’

-Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Juicio Penal No. 689-2009-D. “Guayaquil, 07 de octubre del 2009, las 089h45. VISTOS: Para resolver los recursos de apelación y nulidad ... interpuestos por el representante del Ministerio Público y por el Acusador Particular contra el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados, dictado dentro de la instrucción fiscal No. 084-2008 por la Jueza Cuarta de Garantías Penales del Guayas ..., consideramos: ... CUARTO: El objeto de todo proceso penal es determinar tanto la materialidad de la infracción como la participación de los imputados, circunstancias que no están determinadas conforme a derecho dentro de autos. Así, la empresa OTECEL no tiene un control efectivo en los diferentes contratos sobre sus proveedores mayoristas y existen desactualizaciones de datos que han recabado erróneamente

por la Fiscalía siendo OTECEL la entidad encargada de controlar los consumos de los chips, por lo que no se ha cumplido el nexo de causalidad entre el efecto resultante y la acción antijurídica atribuida a los hoy imputados.- Por lo expuesto, negando el recurso de apelación, esta Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; confirma en todas sus partes el Auto de Sobreseimiento Definitivo del Proceso y de los Imputados...”

Y, como corolario del ejercicio abusivo del derecho podemos mencionar que OTECEL S.A. le imputa a ALOMIL S.A. el uso ilícito de líneas telefónicas cuando la propia ALOMIL S.A. había notificado y solicitado a Otecel S.A. que SUSPENDA las líneas telefónicas incluso en atención a su pedido de suspensión recibió por parte de OTECEL S.A. el número de la INCIDENCIA DE SUSPENSIÓN, es decir, la confirmación de que las líneas habían sido suspendidas, por tanto, a partir de las 24 horas siguientes a la confirmación del número de incidencia, la única responsable del uso de esas líneas era y lo fue OTECEL S.A., conforme al procedimiento acordado entre ambas empresas constante en el manual de 'Procedimiento Servicio de 1800 Distribuidores a Mayoristas de Locutorios y Mini Públicos', que se acompaña a esta demanda; sin embargo, la indicada concesionaria y operadora no sólo que le imputó a mi representada ALOMIL S.A. responsabilidad de tipo penal en la forma como fueron elaborados sus informes, sino que además le cobró el valor correspondiente por el uso del servicio de las líneas que estaba suspendidas (...)

-IV-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El ejercicio de la presente acción que tiene como finalidad la reparación total e integral del daño causado, irrogado e inferido a mi representada ALOMIL S.A., por parte de OTECEL S.A., que le ocasionó la ruina económica del negocio ante el menoscabo de su prestigio, buen nombre, crédito, fama y reputación comercial, ante la falsa imputación de que ésta se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocida como “by pass”; se fundamenta en las disposiciones legales del Código Civil, que se transcriben a continuación:

“Art.....-Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se pervierten o se desvían, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico.” (Artículo innumerado añadido al Código Civil por el Art. 7 d la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, publicada en el R.O. No. 797, Segundo Suplemento, del 26 de septiembre del 2012)

“ART. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

“Art 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta...”

Además de las normas legales antes invocadas, fundamento y amparo esta acción en la doctrina jurisprudencial nacional que transcribo a continuación:

11-VIII-2009 (Resolución No. 410-09, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, E. E. 172, 25-VIII-2011) (...)

-V-

DEMANDA

Con los antecedentes expuestos, a nombre y en representación como Gerente General y representante legal de la compañía ALOMIL S.A. “En Liquidación”, amparado en el Artículo innumerado a continuación del Art. 36 del Código Civil, publicado en el Registro Oficial No. 797, Segundo Suplemento, del 26 de septiembre del 2012, y en las disposiciones contenidas en

el Art. 2214 y 2229 del referido cuerpo legal acudo ante usted, para demandar, como efecto demanda, en juicio ordinario, a la compañía OTECEL S.A., en la interpuesta persona de su Presidente Ejecutivo, y como tal representante legal y judicial, señor JUAN FEDERICO GOULU CARIDE, para que, en sentencia, se declare y reconozca que la referida compañía OTECEL S.A., ha inferido daño a mi representada ALOMIL S.A., actualmente en liquidación, por haberle causado la ruina total de su negocio, ante la falsa imputación de que está se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocido como "by pass"; y , como consecuencia de ello, se ordene que OTECEL S.A. pague a mi representada ALOMIL S.A., a título de indemnización de daños y perjuicios, el daño emergente causado y el lucro cesante que se justiprecian en el acápite VII de esta demanda.(...)

**-VII-
CUANTÍA**

La cuantía de la presente demanda queda fijada en la cantidad no menor a Cinco Millones Ciento Treinta y Cinco Mil Ciento Cuarenta y Cuatro 54/100 dólares de los Estados Unidos de América (US \$5,1333555, 144.54), correspondiente al daño emergente causado por la compañía OTECEL S.A., y al lucro cesante, más el pago de los intereses legales y las costas procesales, en las cuales se incluirán los honorarios de mi abogado patrocinador, en caso de oposición.(...)” (Sic).

4.2) De autos se verifican las excepciones planteadas a la demanda, por parte de la compañía OTECEL S.A., en los siguientes términos:

“I.- En primer lugar, debo manifestar a usted que comparezco declinando en forma expresa su competencia para tramitar y tomar cualquier decisión en este proceso.

Usted es incompetente en razón del territorio pues teniendo la compañía OTECEL su domicilio en la ciudad de Quito, tiene esa sociedad el derecho de ser juzgada por uno de los jueces de su fuero territorial.

Que el domicilio de OTECEL es la ciudad de Quito, es un hecho objetivo, pues así consta en el estatuto social de la compañía, que es conocido por la propia actora, quien para efectos de la citación de la demanda dice: “...a la compañía OTECEL, se la cite con esta demanda y auto recaído en ella, en la interpuesta persona de su Presidente Ejecutivo y representante legal y judicial, señor JUAN FEDERICO GOULU CARIDE, en la Av. De la República número E7-16 y Pradera de la ciudad de Quito, para cuyo efecto deberá remitirse deprecatorio a uno cualquiera de los Jueces de lo Civil de Quito” (...)

En virtud de la alegación de incompetencia que he señalado anteriormente, procedo a contestar esta demanda de supuestos daños y perjuicios sólo con el fin de cumplir con los términos legales impuestos por la norma adjetiva civil y para no agravar más la situación del OTECEL que desde ya le causa daños, tanto por tener que comparecer ante un Juez diferente al que corresponde constitucionalmente a su fuero territorial, como por la absoluta improcedencia de fondo que refleja la pretensión de la demandante.

Respecto de la pretensión y resumiendo la misma, tenemos que la accionante señala, básicamente, que OTECEL se dedicó a 'perseguir' a los administradores y directivos suyos mediante el 'ejercicio abusivo del derecho', al haber elaborado deliberadamente información errada e inexacta y luego haberla proporcionado a la Superintendencia de Telecomunicaciones, con la finalidad de sustentar la denuncia que ésta hizo en la Fiscalía General del Estado, lo que ocasionó que sobre quien suscribe la demanda y otros funcionarios de ALOMIL existiera un proceso penal, lo cual al final produjo la ruina del negocio de esa compañía.

Reitera en que hubo varios actos de OTECEL dirigidos a eliminar a los revendedores mayoristas, y entre ellos una campaña de desprestigio al buen nombre, crédito, fama y

reputación comercial de ALOMIL, lo que consiguió con la elaboración de 'informes y auditorías' en los cuales se determina veladamente que la actora se encontraba realizando tráfico internacional de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocido como by-pass, documentos que según afirma la actora, sirvieron de fundamento para el inicio de un proceso penal en contra de los antes aludidos administradores. Se centra en sostener que de manera 'deliberada y premeditada', elaboró OTECEL aquellos informes que en su contenido y conclusiones no guardan relación con la realidad de las operaciones de la actora y de las comunicaciones o notificaciones cursadas entre la actora y OTECEL y que sin tomarla en cuenta remitió esos informes a la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Luego de reiterar varias veces en lo antes aludido, relata que en aquel expediente penal que se siguiera en contra de los administradores de ALOMIL, tanto la Jueza a-quo como el órgano superior emitieron autos de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados. Con ello pretende poner en evidencia que lo denunciado habría sido todo un error.

Con todo ese antecedente, dice la actora que en base a informes que contenían datos errados y falsos se 'le ocasionó la ruina económica del negocio, ante el menoscabo de su prestigio, buen nombre, crédito, fama y reputación comercial, ante la falsa imputación de que esta se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocido como by-pass'; y que por lo tanto, tiene derecho a la reparación del daño causado, mismo que se sustenta en el artículo innumerado agregado en septiembre del 2012 a continuación del artículo 36 del Código Civil; que alude al abuso del derecho y los artículos 2214 y 2229 también del Código Civil; para luego solicitar que '...en sentencia se declare y reconozca que la referida compañía OTECEL S.A. ha inferido daño a mi representada ALOMIL S.A., actualmente en liquidación, por haberle causado la ruina total de su negocio, ante la falsa imputación de que ésta se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas de larga distancia internacional conocido como by pass, y, como consecuencia de ello, se ordene que OTECEL S.A. pague a mi representada ALOMIL S.A. a título de indemnización de daños y perjuicios, el daño emergente causado y el lucro cesante que se justiprecian en el acápite VII de esta demanda.'"

Cabe señalar que en el acápite VII sólo se señala la cuantía sin especificar cómo se llega a la cifra de USD 5'135.144,54.

Ante tal demanda, imprecisa e infundada, manifiesto lo siguiente:

2.1.- Debo empezar por expresar que, simplemente, no es cierto que OTECEL haya desarrollado una campaña de desprestigio en contra de ALOMIL o de sus funcionarios cualquiera que éstos sean.

Los documentos, que consisten en informaciones que OTECEL tiene el deber jurídico de entregar, se refieren a hechos objetivos y no hacen alusiones personales o calificaciones que impliquen una campaña de desprestigio o algo similar. De la simple lectura de los documentos que se aluden en la demanda usted, señor Juez, observará que no existe imputación por parte de OTECEL, sobre el cometimiento, por parte de ALOMIL, de delito alguno sino la simple recopilación de información para proporcionarla a las autoridades que la requerían.

Cabe señalar que parte de la información que se proveyó a las autoridades del País consistió en hechos o datos que fueron proporcionados a OTECEL por la propia ALOMIL o que fueron recabados de conversaciones o levantamiento de información con funcionarios de tal compañía.

En el caso que se trata en la demanda, el requerimiento y levantamiento de información provino del hecho de que la concesionaria CONECEL S.A. llamó la atención a OTECEL y a la Superintendencia de Telecomunicaciones, por considerar que habían detectado ellos lo que calificaban como tráfico internacional irregular, y que los números de donde provenía tal tráfico correspondían a la concesionaria OTECEL. En búsqueda de esa certeza y para esos casos mencionados por CONECEL S.A., y ante el requerimiento de esa compañía y de la

Superintendencia de Telecomunicaciones, lo que hizo OTECEL fue confirmar que, los números a los que se refería CONECEL S.A. eran de aquellos que correspondían a OTECEL y que se habían activado y entregado al revendedor mayorista ALOMIL que mantenía un contrato de reventa de servicios de telecomunicaciones suscrito el 4 de agosto del 2006.

Quien informa hechos objetivos no actúa con malicia u otra conducta dolosa o culposa encaminada a dañar la imagen de ALOMIL, sino que ajusta su conducta a situaciones fácticas específicas.

2.2.- *Ante hechos como el antes descrito mal puede sostenerse que existe abuso de derecho o cualquier otro hecho ilícito, pues de lo que se trata es del cumplimiento del deber (no del derecho) que tiene OTECEL de proporcionar información a las autoridades del País.*

En efecto, la propia ALOMIL sabía, y éste es un hecho conocido para todos los que participan o han participado en el ambiente de las telecomunicaciones (pues se trata de disposiciones que constan en la ley y otros compromisos), que una concesionaria como OTECEL tiene el deber de informar a las autoridades de control lo que éstas le requieran, y además, tiene el compromiso de coadyuvar con cualquier tipo de investigación que dichas autoridades realicen relacionadas con el tema de las telecomunicaciones.

Al proporcionarse información para una investigación determinada, no sólo que no se abusa del derecho, sino que se procede como lo manda la ley, regulaciones y el contrato de concesión, no hacerlo es actuar contra derecho y convertirse en sujeto de sanciones, en las que OTECEL no tiene por qué incurrir.

2.3.- *De otra parte, la denuncia que originó la indagación y la posterior instrucción, que es el expediente penal al que se refiere la actora en su demanda, y que es el que dice que le ha ocasionado su ruina total, no la propuso OTECEL, sino que la formuló la propia entidad de control, esto es, la Superintendencia de Telecomunicaciones, la cual, además de la información que recibió tanto de OTECEL como de CONECEL S.A., desarrolló sus propias investigaciones.*

No habiendo presentado OTECEL la denuncia, y si ALOMIL sostiene que lo que le ha causado la supuesta ruina total de su negocio es la existencia del expediente penal, mal puede intentar cualquier tipo de daño a quien no figuró como denunciante o acusadora en ese proceso. En ese proceso penal, la denuncia como queda indicado, la presentó la Superintendencia de Telecomunicaciones y, durante la instrucción se presentó como acusadora particular CONECEL S.A.

No puede escapar a su criterio señor Juez, que más allá de que se haya presentado una denuncia por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones, fue la Fiscalía la que resolvió investigar y agotar la etapa de indagación, y luego decidió dar inicio a la instrucción fiscal respetiva, para hacer investigaciones más a fondo, y en ninguno de tales eventos tuvo nada que ver OTECEL.

2.4.- *Sostener que informes presentados por OTECEL ante el requerimiento de las autoridades, y particularmente los informes No. FI-005-08, o el 008-2008-EC, y otros que servirían de sustento al Informe Consolidado No. IET-027-2008, que se mencionan en la demanda, puedan constituir una imputación deliberada y dañina hecha por OTECEL en contra de ALOMIL y que de ahí puedan haberse derivado los supuestos daños y perjuicios, es algo absolutamente antojadizo e infundado, pues nada en ellos permite semejante conclusión.*

Insisto, OTECEL simplemente proporcionó información objetiva respecto de los detalles relacionados con los números telefónicos de OTECEL, activados previa solicitud de ALOMIL, y es la autoridad de control la que resolvió, en base a sus investigaciones complementarias, dar paso a la denuncia antes aludida.

En los informes se proporcionaba, ante los requerimientos de autoridades competentes, información netamente objetiva relacionada con la ubicación de coordenadas entregadas por ALOMIL, respecto de varios números de teléfono. Pero jamás consta alguna aseveración o información que implique una deliberada imputación de delito alguno en contra de ALOMIL.

Sin embargo, es menester señalar a usted un detalle muy importante y que evidencia, a todas luces, la absoluta improcedencia de esta demanda: En la página 7 de la demanda ALOMIL manifiesta que OTECEL emitió y entregó a la Superintendencia de Telecomunicaciones los informes que materializaron el supuesto daño que sufrió (nos referimos a los informes ya mencionados elaborados, el primero el 18 de febrero del 2008 y, el segundo entre el 12 y el 20 de febrero del 2008) y que éste organismo “ante la gravedad de las imputaciones se vio obligado a presentar una denuncia penal en contra del suscrito como administrador de ALOMIL S.A. y de los ejecutivos de ésta”.

Esto último es imposible pues la denuncia que menciona ALOMIL fue presentada por la Supertel el 25 de enero del 2008, mientras que los informes fueron emitidos en fecha posterior!

Cabe señalar enfáticamente, que la Superintendencia presentó su denuncia en base a sus propias investigaciones y que los informes que son el fundamento de ALOMIL para esta demanda fueron proporcionados cuando la investigación penal ya estaba en curso. (...)

2.5.- Es sumamente importante tomar en consideración que ni la Jueza a-quo ni la Corte Provincial en el expediente que por la instrucción fiscal antes aludida tramitaron, consideraron que la denuncia o la imputación que hizo la Fiscalía o la acusación particular que presentó CONECEL S.A., esas sí pretensiones directas en el campo penal, pudiesen ser declaradas maliciosas o temerarias. Es decir, simplemente, ambos órganos se limitaron a dictar un auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los sindicados sin hacer calificación alguna sobre la denuncia o acusación.

En este sentido hay reiterada jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia y cito como ejemplo, la Resolución 350-2000, Registro Oficial del 14 de Noviembre del 2000: 'En consecuencia, no cabe reclamar indemnización de daño moral (como tampoco de daño patrimonial) por haberse presentado una denuncia o una acusación particular dentro de un proceso penal, si es que tal denuncia o acusación particular no ha sido calificada como temeraria y maliciosa por el juez de la causa mediante resolución definitiva: calificación que, de conformidad con lo que dispone el inciso segundo del artículo 16 del Código de Procedimiento Penal, es prerequisite para que prospere la acción indemnizatoria tanto de los daños patrimoniales como de los morales, conforme se concluye del análisis que antecede'.

Si el órgano competente para calificar esas conductas, es decir la malicia o temeridad de los actos de motivación de las cortes penales, no dijeron que la denuncia o la acusación eran tales, menos aún puede considerarse que documentos de mera información proporcionados a la Fiscalía o a la Superintendencia de Telecomunicaciones y a requerimiento de esos órganos y bajo el compromiso o deber de entregarlos puedan constituir actos ilícitos, y peor aún abuso de derecho del que puedan derivarse responsabilidades de cualquier tipo, pues tales instrumentos fueron ya considerados dentro de un expediente penal sin que la denuncia que supuestamente se basó en ellos haya sido declarada maliciosa o temeraria, con lo cual queda desvirtuada por completo la posibilidad de sostener que constituyan esos documentos por sí mismos actos ilícitos, que puedan llegar a causar daño. Además mal puede pensarse que por el solo hecho de haberse seguido una investigación penal en contra de los administradores de la compañía ALOMIL, sociedad que es independiente de sus administradores, se haya derivado el supuesto daño que esta compañía dice que ha tenido.

2.6.- Sorprende que ALOMIL, hoy en Liquidación, haya planteado esta demanda, más aún cuando no hay tales perjuicios que ella alega. En esta materia no es cuestión de decir que hay perjuicios sin razonarlos y explicarlos en su monto y entidad. Tal cosa no existe.

Pero además, ella sabe que no hay tal conducta dolosa o deliberada que ahora imputa a OTECEL, tanto es así que en esa época seguía manteniendo negocios con mi representada, al punto que, por ciertas desavenencias que ella las calificaba igual que ahora como persecuciones u hostigamiento de OTECEL, planteó el 21 de mayo de 2009, cuando ya existía el proceso penal, una demanda en el campo arbitral buscando la resolución del Contrato de Reventa de Servicios de Telecomunicaciones suscrito el 4 de agosto del 2006, y la indemnización de daños y perjuicios, consistentes, según ella solicitó, en el daño emergente y lucro cesante, de todo lo cual derivó un laudo arbitral por el cual se declaró la resolución del contrato y el pago parcial de daño emergente y nada en concepto de lucro cesante (declarando, incluso, con lugar, una reconversión interpuesta por OTECEL).

2.7) Cabe señalar que, además, la totalmente inexplicada e indeterminada pretensión de daños y perjuicios provenientes de un supuesto hecho ilícito, hace que la demanda sea diminuta e inepta. Jamás se explica en la demanda cómo los actos que a decir de ALOMIL, materializaron el supuesto daño realmente ocasionaron la ruina que señala la accionante en su demanda”.

III EXCEPCIONES.-

“(…)Primera.- Niego en forma simple y absoluta que usted sea competente para conocer esta causa, por lo expuesto en el punto I, de esta contestación.

Segunda.- Niego que el señor Horacio Areco Pérez, en la calidad en la que interviene, tenga la capacidad jurídica para interponer una demanda de daños y perjuicios en representación de una compañía que está en trámite de liquidación societaria, puesto que en el artículo 379 de la Ley de Compañías, no se establece esa facultad para el representante legal de una compañía en liquidación. Por lo tanto alego ilegitimidad de personería.

Tercera.- Niego en forma simple y absoluta, los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

Cuarta.- Alego expresamente defectos legales en la concepción de la demanda, pues no se explican (en realidad porque no existen) los supuestos perjuicios que se reclaman.

Complementariamente alego entonces, ineptitud de la demanda por la forma poco clara en que ésta ha sido redactada, lo cual impide un adecuado ejercicio de la defensa, lo que configura una falta de derecho de la actora para demandar.

Quinta.- Niego en forma simple y absoluta, que OTECEL haya cometido algún acto de abuso de derecho, o cualquier otro hecho ilícito, respecto de la compañía ALOMIL particularmente en la forma que ella relata en su demanda. Por lo tanto niego, en forma simple y absoluta, que haya existido una actuación ilícita de parte de OTECEL, y alego por lo tanto, falta de derecho de la actora para demandar.

Sexta.- Niego en forma simple y absoluta, que OTECEL haya realizado actos de persecución, de ninguna naturaleza, en contra de los administradores de la compañía ALOMIL, y por tanto en contra de la misma compañía ALOMIL. En razón de ello niego, en forma simple y absoluta, el derecho de la actora para sustentar su demanda en tales supuestas persecuciones o actos similares.

Séptima.- Niego en forma simple y absoluta, que OTECEL haya reportado otra cosa que no sean más que hechos concretos y objetivos existentes referentes a su relación con ALOMIL S.A.; o que tales informes y auditorías constituyan algún tipo de imputación dolosa o deliberada de delito o infracción alguna por parte de ALOMIL.

Octava.- Niego en forma simple y absoluta, que OTECEL haya podido abstenerse de cumplir con las obligaciones derivadas de la ley y de los compromisos que se originan en el contrato

de concesión que tiene suscrito con el Estado ecuatoriano, y entre ellos, la de informar a las autoridades del País aquello que éstas solicitan en relación a las investigaciones que están realizando o deban realizar respecto de asuntos relacionados con la telefonía. Por ende niego en forma simple y absoluta, que la actora tenga derecho a alegar un abuso de derecho por parte de OTECEL o pretender sostener que, en el cumplimiento de deberes de parte de esta, pueda derivarse el derecho a la reclamación de daños. Por lo tanto alego falta de derecho de la actora para reclamar daño alguno ante el cumplimiento de sus deberes por parte del demandado.

Novena.- Niego en forma simple y absoluta, que pueda responsabilizarse a OTECEL de forma alguna, por el hecho de que la autoridad haya aludido, entre los hechos como sustento de su denuncia, informes de OTECEL, o que los haya invocado luego de planteada tal denuncia, pues la conducta de terceros que no están bajo su control, como es la de las autoridades del País, en este caso Superintendencia de Telecomunicaciones y Fiscalía, o como lo es la decisión de CONECEL S.A. de presentar acusación particular, no pueden ni le generan responsabilidad alguna a OTECEL. Esto, simplemente, es imposible jurídicamente. Niego por lo tanto en forma simple y absoluta, que tenga derecho ALOMIL a demandar a OTECEL con semejante base, pues OTECEL no puede responder por hechos realizados por terceros.

Décima.- Niego en forma simple y absoluta, el derecho de ALOMIL a plantear esta acción en base a la información que haya proporcionado OTECEL, y que de alguna manera consta en los informes que ella alude en su demanda, pues ni siquiera la denuncia o la acusación particular que se presentaron en su contra, fueron calificadas de maliciosas o temerarias. Es decir, ni los Jueces que conocían de la causa, que, en materia penal se seguía para investigar tales hechos, consideraron la denuncia y acusación allí presentadas como maliciosas y/o temerarias, de forma tal que menos lo serían los simples documentos de sustento a tales pretensiones. De manera tal que alego, por esta causa también, falta de derecho de la actora. Además niego el derecho de la actora, porque la sola existencia de un proceso penal no determinada que haya derecho a demandar daños y perjuicios a quien en dicho juicio fue investigado; de hecho, la sanción respectiva para quienes incoaran juicios sin fundamento es la malicia y temeridad, que en este caso no existe.

Décimo Primera.- Niego en forma simple y absoluta, que, en el evento hipotético de que hubiesen existido daños respecto a personas naturales que se vieron involucradas en el expediente penal, este daño pueda trasladarse a la compañía ALOMIL S.A.. La compañía es independiente de sus administradores.

Décimo Segunda.- Niego en forma simple y absoluta, que haya nexo de causalidad entre la existencia del proceso penal aludido en la demanda y la supuesta ruina de la compañía ALOMIL.

Décimo Tercera.- Alego en definitiva, improcedencia de la acción de daños y perjuicios por cuanto el supuesto daño invocado no existe.

Décimo Cuarta.- En subsidio de las excepciones previas, y por no dejar de considerarlo, niego en forma simple y absoluta, que se deba indemnizar una suma de perjuicios como la que señala la parte actora en su demanda; más aún, niego en forma simple y absoluta que existan los perjuicios consistentes en el daño emergente y el lucro cesante que ella alude.

Décimo Quinta.- Continuando con las excepciones subsidiarias, niego en forma simple y absoluta, que pueda invocarse como fundamento de derecho una norma incorporada en el año 2012, es decir, prácticamente cuatro años después de los hechos supuestamente ilícitos que se relatan en la demanda.

Décimo Sexta.- Continuando con las excepciones subsidiarias, alego cosa juzgada en materia de perjuicios, pues la discusión sobre los daños y perjuicios entre ALOMIL y OTECEL, quedó delimitada en el laudo arbitral aludido anteriormente en esta contestación de la demanda.

Por lo que, alego expresamente inexistencia del perjuicio de la actora, más aún cuando, conforme ya lo señalé, la relación contractual existente quedó concluida, en lo que se refiere al Contrato de Reventa de Servicios de Telecomunicaciones suscrito el 4 de agosto de 2006, en virtud del laudo arbitral expedido el 9 de abril del 2012, en el que se ordenó el pago de ciertos rubros en concepto de daños emergente; de manera tal que no hay más daño que liquidar en relación con dicho contrato.

Décimo séptima.- Continuando con las excepciones subsidiarias, alego expresamente la indefinición de la demanda en lo que atañe a daños y perjuicios, pues se desconoce de dónde saca la parte actora que tiene derecho a cuantificar daños y perjuicios por el valor que señala. Semejante forma de actuar impide un adecuado ejercicio de la defensa, pues no se sabe qué es lo que pide y por qué lo pide. No basta con decir que se solicita un daño emergente y uno lucro cesante que, dizque lo va a justipreciar en el acápite VII de la demanda, para encontrar que, dicho acápite VII no dice absolutamente nada.

Décimo octava.- Niego en forma simple y absoluta, que pueda mandarse a pagar intereses y honorarios profesionales.

Décimo novena.- Finalmente y en subsidio también, alego expresamente prescripción de la acción, conforme lo señalado en el artículo 2.235 del Código Civil. En efecto, la parte accionante, en el acápite III.2 de la demanda señala lo siguiente:

'La compañía OTECEL S.A. con el ánimo de causar daño al prestigio, buen nombre, crédito, fama y reputación comercial de la persona jurídica ALOMIL S.A., y en su patrimonio económico, realizó varios actos deliberados que fueron materializados, entre otros, mediante los documentos siguientes:

1.- Mediante la emisión y suscripción del informe No. FI-005-08 del 18 de febrero del 2008, firmado por la señora Mirka León, Jefe de Control de Fraude de la compañía OTECEL S.A.

2.- Mediante la emisión del Informe Especial de Auditoría y Control de Fraude, No. 008/2008/EC, realizado por el equipo de Auditoría conformado por los señores Rommel Ponce y Johanna Flores, y validado por el Gerente de Auditoría señor Fernando Miño Yépez y la Jefa de Control de Fraude señora Mirka León, que fue realizado del 12 al 20 de febrero del 2008....'

Esto es, la parte actora señala que los supuestos actos que a decir de ella, le irrogaron un supuesto daño, fueron esos dos informes emitidos, el primero el 18 de febrero del 2008 y, el segundo entre el 12 y el 20 de febrero del 2008.

ALOMIL ha fundamentado en Derecho su demanda en los artículos 2214 y 2229 (además ha señalado el artículo innumerado que, en reciente reforma, ha sido añadido a continuación del artículo 36 del Código Civil, en el cual se define la figura del abuso del derecho), pues como ya lo he señalado anteriormente, pretende afirmar que ha sufrido daños y perjuicios por el supuesto cometimiento de actos deliberados (dolosos) por parte de OTECEL, materializados en los informes anteriormente nombrados. Sin embargo, el artículo 2235 del Código Civil, señala lo siguiente:

'Art. 2235.- Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.'

Desde la fecha en que la parte actora señala que se "materializó" el daño, esto es, desde la emisión de los informes el 18 de febrero del 2008 y entre 12 y 20 de febrero del 2008, hasta la citación de la presente demanda, han transcurrido más de cuatro años.

Por tanto, sin que OTECEL admita haber cometido o perpetrado acto alguno que haya irrogado daño a ALOMIL, es menester señalar que la acción que ha intentado ésta para reclamar daños y perjuicios al tenor de los artículos 2214 y 2229 del Código Civil se encuentra totalmente prescrita.

Dentro de un Estado de Derecho, donde existen normas de orden público procedimentales que no pueden ser soslayadas, no cabe que se admitan acciones fuera de los plazos que la Ley señala. Por tanto usted, señor Juez, deberá declarar la prescripción de la acción en sentencia” (Sic).

Consta además la reforma de la contestación a la demanda, propuesta por la parte accionada, mediante la cual, se plantea la siguiente excepción:

“Vigesima.- En subsidio y de conformidad con la excepción de Cosa Juzgada (excepción Décimo Sexta) alego la existencia de Convenio Arbitral, ya que de ninguna manera pueden discutirse temas relacionados al incumplimiento contractual.

Como ya se ha mencionó en la nombrada excepción Décimo Sexta, toda discusión sobre daños y perjuicios entre Alomil y Otecel quedó delimitada en el Laudo Arbitral aludido anteriormente en esta contestación de la demanda. Por tanto, existe cosa juzgada.

De la observación del texto de los fundamentos de hecho de la demanda de Alomil y de la pretensión contenida en ella, se evidencia que la accionante pretende poner a consideración del Juzgador los mismos temas que ya fueron parte de la litis arbitral antes mencionada, al menos en cuanto a supuestos perjuicios.

Como consecuencia, debemos concluir que, siendo los temas a ventilarse los mismos que ya se ventilaron en el fuero arbitral y, por tanto, derivados de la relación contractual existente entre las partes; usted, señor Juez, no es competente para conocer y resolver sobre esta demanda, pues las partes pactaron someter sus controversias al arbitraje. (...)

Por tanto, usted, señor Juez debe inhibirse de seguir tramitando esta causa. Para el efecto, antes de permitir otra actuación procesal, usted deberá correr traslado a la contraparte con esta excepción y abrir la etapa probatoria señalada en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación.”.(Sic)

4.3) Desarrollado el proceso, llevada a efecto la junta de conciliación, y concedido el término de prueba correspondiente, encontrándose la causa para resolver, el abogado Robert Paul Terán Matamoros, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, mediante sentencia de viernes 4 de agosto de 2017, las 10h24, resuelve lo siguiente:

“(…) El suscrito Juez ha procedido a revisar y valorar todas las pruebas que existen en el proceso y que han sido aportadas por ambas partes litigantes, determinándose que de la revisión de la prueba aportada por Otecel S.A., esta no desvirtúa la existencia del daño ni desvanece la conducta culposa que se ha determinado. Por todo lo expuesto y sin necesidad de entrar a tratar otras consideraciones, el suscrito Juez de lo Civil de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara con lugar la demanda interpuesta por la compañía Alomil S.A. En Liquidación, y en virtud de aquello de disponer lo siguiente: 1.- Se declara que la compañía Otecel S.A. ha incurrido en responsabilidad civil extracontractual culposa por haber inferido daños a la compañía Alomil S.A. En Liquidación, daños desencadenados por la elaboración negligente y entrega de informes errados a la Superintendencia de Telecomunicaciones, hecho que, como se ha explicado en los considerandos de este fallo, condujo a la imposibilidad de la accionante de continuar sus actividades económicas; 2.- Como consecuencia de esta responsabilidad, se dispone que la compañía Otecel S.A. pague a la compañía Alomil S.A. En Liquidación una indemnización reparatoria consistente en lucro cesante, misma que se estima en la cantidad de \$4.893.516,20 (Cuatro Millones Ochocientos Noventa y Tres Mil Quinientos Dieciseis con 20/100 Dolares de los Estados Unidos de

America) que fueron determinados en el informe pericial que obra de fojas 5322 a 5342, más los correspondientes intereses que, contados desde la fecha de terminación del contrato, se generen hasta el cumplimiento de lo dispuesto a pagar en esta sentencia. 3.- Sin costas que regular.- Dese cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil.- CUMPLASE Y NOTIFIQUESE” (Sic)

4.4) Frente al recurso de apelación interpuesto por OTECEL S.A., demandada, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Guayas, en sentencia de fecha miércoles 12 de febrero del 2020, las 10H56, resuelve rechazar el medio de impugnación planteado, en los siguientes términos:

“(…)Por lo tanto, y siendo que sólo la prueba pedida, presentada y practicada de acuerdo con la ley, hace fe en juicio, la prueba que se ha presentado en segunda instancia no desvirtúa los fundamentos de la demanda ni el nexo causal entre la conducta de la demandada, con el perjuicio ocasionado al actor, a consecuencia de los informes presentados y que sirvieron de fundamento para, el sustento de una instrucción fiscal, e inicio de un proceso penal, donde se dictó el sobreseimiento definitivo del proceso y de los procesados.

26.- Por ello, es correcto el análisis que hace el juez de primer nivel, debiendo reformársela únicamente en lo relacionado a la fecha desde la cual se cobran los intereses, ya que debe tenerse en cuenta el contenido del Art. 1567 del Código civil en concordancia con el Art. 97 del Código de Procedimiento Civil

III.- DECISIÓN EN SENTENCIA:

Por lo expuesto, este Tribunal de la SALA ESPECIALIZADA CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, RESUELVE:

I.- NEGAR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

II.- CONFIRMAR la sentencia dictada por la Jueza de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, que declaró con lugar la demanda presentada por el actor; reformándola únicamente en lo atinente a los intereses, mismos que deben ser cancelados desde la citación de la demandada, esto es, desde el 04 de enero del 2013, con la tasa activa referencial del 8.17 % anual, establecida por el Banco Central del Ecuador para el mes de enero del 2013, en los términos del Art. 97.5 del Código de Procedimiento Civil y Art. 1567.3 del Código Civil.

III.- Sin costas ni honorarios que regular en segunda instancia.

IV.- Que por Secretaría se dé cumplimiento a lo ordenado en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil.

V.- Ejecutoriada esta resolución, remítase el proceso al juez de instancia, para los fines de ley, y que el expediente de segunda instancia, al ARCHIVO respectivo.

VI.- Agréguese a los autos los informes en derecho y/o alegatos presentados por las partes procesales. NOTIFIQUESE (sic)

4.5) Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Lonny Fabián Espinoza Simancas, en representación de la compañía OTECEL S.A. en calidad de Procurador Judicial, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

4.6) El doctor Yuri Stalin Palomeque Luna, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 24 de agosto de 2020, las 16H42, admitió a trámite el recurso de casación planteado por Lonny Fabián Espinoza Simancas, en representación de la compañía OTECEL S.A. en calidad de Procurador Judicial, y dió trámite al mismo, bajo los siguientes parámetros:

“(...)DECISIÓN. Por cuanto el recurso interpuesto por el señor LONNY FABIAN ESPINOZA SIMANCAS, por los derechos que representa de la COMPAÑIA OTECEL S.A., ha cumplido con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación, en concordancia con los Arts. 2, 4, 5 y 6 de la Ley de Casación, se admite el recurso de casación por la CAUSAL PRIMERA, TERCERA, CUARTA y QUINTA del Art. 3 de la Codificación de la Ley de Casación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004. Inadmitiendo con referencia a la causal SEGUNDA del Ibídem. Se dispone correr traslado a la contraparte para que en el término de cinco días, en aplicación del Art. 13 del cuerpo legal invocado, conteste. Notifíquese.”(Sic).

4.7) El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ante la petición de la parte recurrente, convoca a audiencia de estrados, en el marco de lo establecido en las garantías normativas de la Ley de Casación, conforme consta de la razón, suscrita por la Abg. María Peralta Sánchez, Secretaria Relatora.

QUINTO: LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y MERCANTIL ECUATORIANA.

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es “...un Estado constitucional de derechos y justicia...”. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

“...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...”⁷.

⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la Constitución de la República establece lo siguiente:

“...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. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...”

Este derecho, *per se*, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la Constitución de la República es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión⁸; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión⁹.

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

“...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (...) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (...) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...”¹⁰

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la Constitución de la República del Ecuador acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

⁸ **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** “(...) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”; **Art. 184:** “Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (...)”.

⁹ **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190:** “Art. 190.- **COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.**- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

¹⁰ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

“...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos...” (Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 *ibídem* declara lo siguiente:

“...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...”.

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *“...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”*.

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que *“...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”*.

En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) Finalmente, la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

*“...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).”¹¹, concluye sobre el tema indicando que *“(...) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa...”*¹².*

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el

¹¹ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

¹² *Ibídem*, Pág. 28

derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de materializar los fines de este instituto procesal y cristalizar la justicia especializada en materia civil y mercantil, como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”*¹³

La garantía normativa de la casación, está determinada en las reglas de la Ley de Casación, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 1, 2 y 3, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

“Art. 1.-Competencia.- El recurso de que trata esta Ley es de competencia de la Corte Suprema de Justicia que actúa como Corte de Casación en todas las materias, a través de sus salas especializadas.

Art. 2.-Procedencia.- El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.

Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.(...)

Art. 3.-Causales.-El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales:

1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.

2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

¹³ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto.

4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la Litis.

5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.”

Por su parte, el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, determina la siguiente regla procesal: *“La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso”*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad.

El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en la Ley de Casación, conforme lo dispuesto en su artículo 3, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la resolución impugnada.

Es preciso indicar que, *“la casación civil es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede”*, en este sentido, *“rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley.”*¹⁴

El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*. Mario Nájera, lo define como un *“recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia”*.¹⁵

En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que *“(…) La casación y la revisión no constituyen*

¹⁴ Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y AsociADOS, Quito, 2005, pag. 41.

¹⁵ Nájera, Mario, Derecho Procesal Civil, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.

*instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia”.*¹⁶

Ahora bien, las garantías normativas de la ley de Casación, al delimitar la forma de una propuesta casacional, en su artículo 6, textualmente señala:

“Art. 6.-Requisitos formales. - En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:

- 1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;*
- 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;*
- 3. La determinación de las causales en que se funda;*
- 4. Los fundamentos en que se apoya el recurso”.*

Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *“...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica...”*¹⁷.

Por su parte, el jurista Piero Calamandrei define la casación como un instituto judicial *“...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...”*¹⁸.

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *“in iudicando”* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de casación; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

SEXTO:

ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

6.1) La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los errores *in iudicando*, los errores de derecho, existentes en la sentencia del Tribunal *ad quem*; por ello, *per se*, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y

¹⁶ Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

¹⁷ Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación*, Victor P. de Zavalía Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

¹⁸ Piero Calamandrei, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación.

A través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales prevista en la Ley de Casación, aplicable al caso.

En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **4.6)** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los cargos descritos en los **numerales 1, 3, 4 y 5 del artículo 3 de la Ley de Casación**; ergo, inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

Ahora bien, dada la pluralidad de cargos admitidos a trámite, es de relevancia puntualizar, el orden lógico que corresponde para su análisis, para el efecto, se considera lo que ha establecido esta Alta Corte:

*“Cuando en casación se invoca varias causales, existe un orden lógico para el estudio de las mismas. Se comienza por la causal segunda, pues si esta acusación prospera, le está vedado al juzgador de casación el seguir adelante con sus análisis y entrar a resolver sobre el fondo de la controversia, sino que, declarando la nulidad procesal a partir del instante en que el vicio se produjo, ha de reenviar el proceso en cumplimiento de lo que dispone el Art. 15 de la Ley de Casación; luego se estudia la causal quinta, que describe vicios relativos a la estructura de la sentencia (su congruencia y motivación) que subsana dictando una nueva sentencia; la cuarta, relativa a los vicios de ultra, citra, o extra petita; luego la tercera, que trata de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas relativas a la valoración de la prueba que hayan llevado a la violación de una norma sustantiva; finalmente, se estudiará la causal primera, que se refiere a la infracción de normas sustantivas de derecho”.*¹⁹

Por estas consideraciones y en virtud de que existen varias causales admitidas, se procede a su revisión, en el orden previsto en la jurisprudencia invocada.

6.2) Estudio de la causal quinta prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación, en relación con el argumento planteado por el recurrente.

La causal escogida para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es la establecida en el artículo 3 numeral 5 de la Ley de Casación, cuyo tenor es el siguiente:

*Art. 3.-Causales.-El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales:
(...)
5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.”*

Esta Alta Corte, ha delimitado el cargo casacional objeto de análisis, en el siguiente contexto:

“(…) el numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación señala dos vicios del

¹⁹ Gaceta Judicial serie XVII No. 10 del año 2002, pág. 3063.

fallo que pueden dar lugar a que sea casado: a) que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; son omisiones que la afectan en cuanto acto escrito, o sea en su estructura formal, como el que se omita la identificación de las personas a quienes el fallo se refiere, en la enunciación de las pretensiones, en la motivación que se funda en los hechos y en el derecho (que habitualmente se consigna en los «considerandos»), o en la parte resolutive, en cuanto al lugar, fecha y firma de quien la expide; y, b) que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles»²⁰

Por su parte, el autor Santiago Andrade Ubidia, respecto de la causal en análisis, señala:

“Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutive, así lo establece la causal quinta, que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre éste, la demanda y la contestación, ya que en esta última hipótesis estaríamos frente a los vicios contemplados en la causal cuarta. El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado”²¹

Ergo, del análisis de la causal de casación, se estima que, para su configuración, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la Ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles, lo que tiene relación con la motivación del fallo.

6.2.1). El recurrente al fundamentar el yerro *in iure* acusado, sostiene lo siguiente:

“(…) La causal quinta de la Ley de Casación se refiere a las violaciones de los requisitos contenidos en la ley, e indiscutiblemente entre esos requisitos, el deber de motivar la sentencia en función de los artículos 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil, artículos 4,5,6,8,23 y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; letra l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución República.

La falta de motivación es un vicio objetivo, respecto del cual la Corte Constitucional ha dicho en Sentencia No. 009-10-SEP-CC, caso 0595-09-EP, R.O.S. No. 117, del 30 de abril del 2010, que: (...)

Este mismo criterio ha sido confirmado por la actual Corte Constitucional, en la Sentencia No. 1357-13-EP/20 de 08 de enero de 2020, párr. 32: (...)

Los requisitos de la motivación han sido ampliamente desarrollados por la Corte Constitucional, la que ha dicho: (...)

De manera que, cualquier resolución adoptada en el fallo, que no cumpla con los requisitos antes señalados, implica que los jueces habrían violado las normas legales antes señaladas, y por cierto la norma constitucional que las ampara a todas, y por ende la resolución expedida

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Resolución N°. 1112, de 21 de abril de 2003, (Ponce vs. Cedeño), juicio 127-02.

²¹ Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Editorial Andrade & Asociados Quito, 2005, p. 135-136.

sería inmotivada; debido a lo cual, ustedes señores Jueces de la Sala Especializada, de encontrar que los razonamientos que luego desarrollo evidencian la violación, deberán declarar la ineludible violación cometida en el fallo y en consecuencia dictar la sentencia debidamente motivada, cumpliendo con los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley.

En los siguientes numerales, así como en cada ordinal visto de manera independiente, voy a demostrar que los jueces han incurrido en el vicio de falta de motivación como requisito exigido por la Constitución y la ley.

LA SENTENCIA POR SU FALTA DE MOTIVACIÓN NO ANALIZA LAS DIFERENCIAS EVIDENTES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL Y CON ELLO RESUELVE DE MANERA ERRÓNEA LA CONTROVERSIA.

5.5.1. La sentencia adolece de un grave defecto en la construcción del silogismo fundamental que ésta debe tener. Y así, una de las evidencias de este vicio se conforma cuando los jueces evaden el deber de motivar si la responsabilidad teórica que atañe a mi representada era contractual o extracontractual.

En efecto, la parte actora describió ciertos hechos en su demanda, y los calificó como atinentes a una supuesta responsabilidad extracontractual, que dice ella que consistieron en la presentación de unos informes supuestamente errados referentes a datos de números telefónicos, datos relacionados con estos, y otros sobre la operación de ALOMIL. Mi representada se excepcionó alegando que todo lo relativo a los contratos, y particularmente lo que atañe a los datos derivados de éstos, en especial los proporcionados por ALOMIL, son aspectos contractuales, y cualquier error, omisión o conducta de mi representada respecto de esos datos, sería una responsabilidad contractual, y como tal ya habría quedado resuelta en el fuero arbitral.

Sin embargo, **los jueces prescinden de hacer cualquier tipo de análisis en relación a esta parte de la controversia;** es decir, no hacen ninguna disquisición sobre la naturaleza de las relaciones entre las partes para establecer si estas eran contractuales o extracontractuales, lo que los lleva a construir una resolución integralmente equivocada, asentada sobre una supuesta responsabilidad extracontractual, que los hace negar el recurso de apelación propuesto y confirmar la sentencia del inferior.

Al revisar la sentencia, no van a encontrar ninguna reflexión sobre la naturaleza de los hechos que se aluden en la demanda; en ninguna parte se analizan estos en su relación con los contratos existentes entre las partes. No puede escapar al criterio de la Sala Especializada la descomunal importancia que tenía en este caso entender la verdadera naturaleza de los hechos que se redactan en la demanda cuando se trata de dos partes vinculadas contractualmente; pues los jueces simplemente no la quisieron entender. Esa naturaleza es determinante en varios temas de la controversia, y sin embargo hicieron los jueces que pase inadvertida, pues resolvieron no hacer ningún tipo de motivación adecuada sobre un tema tan importante como este.

Tan es cierto lo que digo en líneas previas, que lo que más se aproxima a un intento de abordar el tema (pero no motivarlo), constaría en el apartado 24.4. (cuando hablan de la prohibición de opción), y lo redactado en ese numeral adolece de una falta de motivación absoluta conforme más adelante lo explico.

La falta de motivación sobre lo antes señalado, además de ser un vicio en sí mismo, hace que los jueces no comprendan el fondo de la materia que tienen ante ellos, y con esto, evitan entrar a considerar y a aplicar los artículos 1561 y 1562 del Código Civil, que establecen que los contratos son una ley para las partes -el primero de ellos- y que deben ejecutarse de buena fe, y obligan no solo a lo que en ellos se dice sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación -el segundo de los artículos mencionados-.

Es imperioso que las resoluciones de los jueces sean debidamente motivadas, y, habiendo sido materia de excepción el que se analice la naturaleza misma de los hechos que conforman la controversia, pues afecta varias áreas de la temática, como el hecho de que ellos sabían que si la relación de las partes era contractual y los hechos que se relatan, atañen a lo contractual, jamás hubiesen podido entrar a conocer la causa porque estaba sujeta a fuero arbitral; por lo que es inadmisibles que los jueces hayan evadido esa responsabilidad y hayan prescindido por completo de dar las razones sobre ese trascendente tema de la litis, lo que ocasiona que la sentencia sea inmotivada.

En razón de lo anterior, y ante la evidente falta de motivación respecto a este asunto tan importante de la controversia, se produce ineludiblemente la nulidad, por expresa disposición del artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República, y otras normas legales pertinentes, y así deben declararlo.

5.5.2. La misma falta de motivación de la sentencia tiene un efecto en el numeral 24.4. (considerando NOVENO), cuando los jueces hacen la alusión a lo que ha esgrimido mi representada al indicar "que carecía la actora de facultad de opción"; es decir que tenía la actora una prohibición de opción. Esa prohibición la asocia con el hecho de que se excepcionó OTECEL indicando que la actora no podía canalizar por la vía extracontractual lo que era contractual.

Esto, más allá de que los jueces lo asocien, también, con la cosa juzgada tiene que ver con entender y aplicar correctamente ciertas normas de Derecho.

¿Qué es lo que dicen los jueces en este apartado 24.4? Como para dar pautas sobre el tema indican:

*"Independientemente del análisis que ya se hizo sobre la cosa juzgada, en cuanto al concepto y alcance de la prohibición de opción, **por la cual está prohibido al actor escoger entre la responsabilidad civil** (cumpliéndose con todos los requisitos necesarios para que sea contractual la responsabilidad), **por la responsabilidad civil extracontractual; en el caso examinado, el accionante no fundamenta su pretensión en el contrato de reventa de servicio de telecomunicaciones** suscrito entre ALOMIL S.A., y OTECEL S.A., el 04 de agosto del 2006 (mismo que el tribunal arbitral se pronunció sobre la responsabilidad civil contractual, y declaró la resolución del contrato antes indicado, y el correspondiente pago por daño emergente)" (...), **se reclama el daño que ha inferido la demandada a la Compañía Alomil S.A., por haberle causado la ruina total de su negocio, y que se la indemnice los daños y perjuicios (daño emergente causado y el lucro cesante), es decir, un típico caso de responsabilidad civil extracontractual"** (Lo resaltado y subrayado es mío)*

Es decir: reconocen que hay una situación o planteamiento de prohibición de opción, que le impedía a la actora elegir seguir la ruta de una demanda en la responsabilidad extracontractual; sin analizar la naturaleza de los hechos dicen que la actora no fundamentó su pretensión en el Contrato de Reventa; y agregan que lo que reclama es el daño por haberle causado la ruina.... "es decir por ser un típico caso de responsabilidad extracontractual". Es evidente que en esa reflexión no hay ninguna motivación y ni siquiera el desarrollo correcto de una idea.

¿Qué es lo que debieron hacer los jueces para razonar sobre este tema? Deberíamos encontrar lo siguiente: (i) Que haya, como en efecto hay en este caso, dos escenarios entre los cuales elegir: Uno contractual y otro extracontractual. Y esto impondría un deber: Dilucidar el tipo de relación entre las partes. Los jueces simplemente no lo hacen. (ii) Que alguien haya elegido el uno -por ejemplo, el extracontractual- en desmedro del otro que era el más optionado -porque la naturaleza de los hechos indica que la relación era contractual-.

Pero los jueces, luego de la cita que se ha transcrito, simplemente dicen que la única posibilidad de reclamo de daños y perjuicios "por haberle causado la ruina" (cosa que jamás

se ha aceptado y menos demostrado) está en la responsabilidad extracontractual, por ser ese "un típico caso de responsabilidad civil extracontractual". Cualquiera creería que, luego de esta afirmación ellos explicarían porque es que no se está en el caso de la responsabilidad contractual, más aún cuando, líneas antes y entre paréntesis, han aseverado que podría ser contractual cumpliéndose con todos los requisitos necesarios para que lo sea, pero sin indicar cuáles son esos requisitos. Pero ¿qué es lo que hacen los jueces? Expresan de inmediato:

"Ello significa que no estamos ante el escenario de la prohibición de opción sino ante un responsabilidad Civil extracontractual, en los términos del Art. 2214 del Código Civil, esto es, "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito". (Lo subrayado y resaltado es mío)

Y agregan como corolario de este apartado:

"Siendo que la culpa es el fundamento de la responsabilidad, Tamayo parte de la premisa que "la culpa se deduce mediante una inferencia axiológica que el juez elabora sobre los datos concretos que ha ido estudiando ... "

Es decir, incurren en uno de los vicios más obvios de la lógica: concluir algo sin dar ninguna razón. No hay ningún silogismo construido; no hay una premisa mayor ni una menor, válidas o no. De haberlo, este debió básicamente decir: A título de premisa mayor que entre ALOMIL y OTECEL hay unos contratos - según se relata en la demanda-, que implican ciertas conductas derivadas de los mismos; a título de premisa menor, que hay unos hechos que son de la naturaleza o no de la que corresponde a los contratos; y, a título de conclusión, si en razón de lo anterior los hechos determinan que las partes están en el campo de una de las dos responsabilidades, la contractual o la extracontractual. Pero en este caso, sin ningún análisis, entran a una conclusión indicando que "no estamos ante el caso de la tal prohibición de opción" y sí en el de la responsabilidad civil extracontractual. Pero ¿porqué? Eso no lo dicen. Esto hace evidente la falta absoluta de motivación en el desarrollo de este importante tema.

Lo anterior -la excepción de mi representada- significaba, necesariamente, que los jueces debían explicar razonada y motivadamente en qué punto, en una situación ocurrida con dos partes que tenían la calidad de ser contrapartes contractuales en tres contratos distintos, lo que era contractual dejaba de serlo para convertirse en extracontractual, y viabilizar una demanda por ese motivo; ese análisis sería algo que atañe a lo que alguna doctrina denomina "prohibición de opción", y que, de haberla leído, comprenderían que mi representada tenía toda la razón al decir que la actora no podía demandar en el campo extracontractual lo que era contractual, y que solo lo ha hecho para evitar ir al fuero arbitral y evitar, con más seguridad, el efecto de la cosa juzgada.

Lo que sucede en el presente caso y en particular con esta parte de la sentencia, es que los jueces no cumplen su deber de revisar detenidamente cuál era la verdadera naturaleza de la problemática entre las partes, para evitar que una de ellas, en este caso la actora, pretenda disfrazar de responsabilidad extracontractual lo que es responsabilidad contractual, con el propósito de salirse del marco de la cláusula arbitral.

El fallo que revisamos no analiza la naturaleza jurídica de la relación entre las partes contractuales y cómo se ubican dentro de ella los hechos narrados en la demanda, pues solo así se podría saber si su esencia es contractual o extracontractual. Y si se lo hace de manera adecuada y con criterios lógicos, como debe hacerlo la Sala, se hace evidente que, entre las partes, el marco de sus relaciones está determinado por los contratos existentes.

La realidad es que los jueces evaden la necesidad de motivar por qué llegan a tan trascendente conclusión y simplemente evidencias que han arribado a ella violando las normas elementales de la motivación, y entre otras las de la lógica, y por lo tanto lo hacen sin analizar la naturaleza de las relaciones. Si se hubiese hecho, se percibiría con claridad que las

relaciones tienen base y esencia contractual. Esto se observa cuando en los contratos que se aparejan a la demanda (Contrato de Reventa; Recargas Electrónicas; Distribuidor Autorizado), se prevén múltiples efectos y conductas; y entre ellos, actos que son de la naturaleza y características de los que se aluden en la demanda. Y así, entre ellos, existía el siguiente efecto: ALOMIL tenía la obligación de proporcionar información (siendo de ella la carga de tenerla actualizada, y no de OTECEL como lo afirma en la demanda), así como OTECEL tenía el deber de recibirla y garantizar que la mantiene como la recibe, estando implícito que tendría el derecho o la obligación de darle el uso establecido en la ley, lo que incluye proporcionarla a la autoridad si esta lo requiere.

A título de ejemplo, imaginen ustedes que entre X y Y hay un contrato de transporte en el que X es el transportista y Y el cliente; y que en el contrato que tienen firmado, Y tiene la obligación de describir en un listado las mercaderías que se transportan, y Y sabe que, dentro de los acontecimientos posibles en la ejecución del contrato de transporte, está que la autoridad de tránsito le solicite a X la exhibición de los listados proporcionados por Y. Si X los proporciona tal cual se los entregó Y, y de ello se deriva alguna consecuencia para ésta última, no hay ninguna responsabilidad para X; pero si X los hubiese distorsionado maliciosa o culpablemente y de ello deriva un daño para Y, sería posible concebir una responsabilidad, pero esta sería contractual porque en el contrato está implícita la garantía de no alterar los documentos. Para hacer notoria la diferencia entre los ámbitos de responsabilidad, si, por ejemplo, el chofer del camión de X agrede físicamente a Y, esto no es parte de la responsabilidad contractual de X, sino otro tipo de responsabilidad, pese a que existe un contrato entre las partes, siendo la razón para ello que la naturaleza jurídica del acto (el del chofer) no es parte de la naturaleza de contrato.

De manera que, si mi representada presentó la información tal cual ALOMIL se la había proporcionado dentro del marco de sus obligaciones contractuales, y si era un deber proporcionar informaciones requeridas por la autoridad, ni aún en la hipótesis que ella plantea, sería responsable de nada. Pero si OTECEL hubiese, con malicia y deliberadamente, alterado esa información, entonces en esa hipótesis se puede pensar en una responsabilidad contractual de esa compañía, pero jamás extracontractual, porque la alteración habría sido un incumplimiento del contrato a cargo de mi representada, ya que ese acto, esa conducta, en su esencia, se vincula con el contrato.

Es muy importante que se logre visualizar que, cuando se suscriben contratos del tipo del que vinculaban a la actora con mi representada, el escenario de las relaciones está establecido por todos los puntos de contacto que determinan las conductas que deben llevarse a cabo; y si las conductas incluyen el deber de proporcionar información por parte de ALOMIL, y el conocimiento de que esa información podía ser proporcionada a la autoridad por parte de OTECEL, pues cualquier violación de ese deber está en el plano contractual.

Si se hubiese procedido a analizar la naturaleza de los actos como era deber de los jueces al proponer el tema que es parte de la litis, entonces ellos hubiesen tenido que considerar los hechos: razonarlos y decidir si eran o no derivados de la relación contractual. Yo, en este escrito y según la evidencia dada en las líneas previas, he demostrado que la relación era contractual, y que, por ende, procedía determinar con fundamentos si la actora podía elegir plantearla como extracontractual saltándose de esa forma la cláusula arbitral.

Pero los jueces no hacen ningún tipo de motivación: simplemente aseveran lo que se ha transcrito en líneas anteriores evidenciando una falla absoluta en el plano de la motivación, y que constituye uno de los requisitos exigidos por la Constitución y la Ley en toda sentencia. En razón de lo anterior, y ante la evidente falta de motivación respecto a este asunto tan importante de la controversia, se produce ineludiblemente la nulidad, por expresa disposición del artículo 76 numeral 7 letra 1) de la Constitución de la República, y otras normas legales pertinentes, y así deben declararlo.

- 5.5.3.** De otra parte, la falta de motivación sobre lo antes señalado los lleva también a incurrir en el defecto de resolver declarando la improcedencia de una cosa juzgada. Y así, para abordar el tema de la cosa juzgada los jueces hacen la siguiente reflexión:

"El Art. 101 del Código Civil establece que las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda. Las perentorias más comunes son: la que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil, y la de cosa juzgada".

Luego agregan:

"La Corte Nacional de Justicia, en sentencia de casación, ha sostenido: La cosa juzgada es una institución Jurídica que brinda a los Justiciables certeza y seguridad Jurídica se basa como dijimos en el principio non bis in ídem, es decir que "Nadie podrá ser Juzgado más de una vez por la misma causa y materia", es una garantía constitucional mediante la cual se impide conocer nuevamente un caso pues ya ha sido resuelto. El artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, norma procesal valga la aclaración, establece: "La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma".

Es decir, hasta ahí solo han descrito generalidades sobre la cosa juzgada.

Dicho ello, agregan que la demanda que dio origen al caso arbitral (y describen lo ahí demandado), indica lo siguiente:

"...lo que se ha demandado es el incumplimiento del contrato de reventa de servicios de telecomunicaciones suscrito el 04 de agosto del 2006, y que se condene a OTECEL al pago de la indemnización de daños y perjuicios , como es: daño emergente \$ 1,850.979,45; lucro cesante (promedio de ingresos obtenidos por la ejecución regular del contrato, comprendido entre los meses agosto 2006 abril 2008 más los ingresos de los meses junio agosto de 2008, por todos los meses restantes de vigencia del contrato contados desde la terminación unilateral - 21 de agosto del 2008-), por el valor de \$ 2,813,695.33; total: \$ 4,664.674.78."

Para luego agregar:

"En el referido laudo arbitral, se acepta parcialmente con lugar la demanda, declaran que la Compañía OTECEL S.A., incumplió el contrato de reventa de servicio de telecomunicaciones suscrito entre ALOMIL S.A., y OTECEL S.A., el 04 de agosto del 2006; declaran la resolución del contrato antes indicado; condenan a OTECEL S.A. al pago del valor total de \$ 1,362.573.16, incluido impuestos, correspondiente al valor facturado en líneas suspendidas o coartadas por concepto de daño emergente, y al valor de \$ 369.410,24 correspondiente a los intereses (calculados desde el 3 de junio del 2009) "

Después de esos datos, que no tienen ninguna reflexión aparejada, relatan otro hecho:

"También, el referido tribunal desecha las excepciones deducidas por OTECEL S.A., a la demanda, salvo la excepción contenida subsidiariamente en el numeral 3.6 de su contestación a la demanda, relativa al cálculo del lucro cesante sobre

promedio de ingresos, materia sobre la cual se rechaza la demanda de ALOMIL S.A. "

Finalmente, luego de ello, agregan una reflexión propia en el siguiente sentido:

"En el caso sub examine, por el contrario, estamos ante una pretensión originada en los daños que se dice, la Compañía Otecel S.A., ha inferido a la Compañía Alomil S.A., por haberle causado la ruina total de su negocio, ante la falsa imputación de que ésta se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocido como 'bypass'. Esto no ha sido objeto de resolución mediante laudos arbitrales, como sostiene el demandado, por lo que su excepción deviene en improcedente".

Pero esa reflexión no aporta nada, pues en ella no se observa ningún tipo de análisis sobre la naturaleza de los hechos relatados en la demanda, de los cuáles en las excepciones ha dicho mi representada que no son de naturaleza extracontractual, sino contractual; y que el laudo arbitral ya resolvió los efectos de la terminación del contrato de reventa; y que no cabe volver a tratar de esos temas en una nueva demanda disfrazándola de una dentro del marco extracontractual. Es decir, no hay ninguna reflexión motivada de porqué llegan a la conclusión que llegan ("excepción improcedente"). La deducción que hacen incurre en una falacia de la lógica ya que no porque se diga que se está ante una pretensión de daños por una supuesta imputación de la comisión de un delito, y porque se señale que eso no fue materia del laudo, el razonamiento es completo desde el punto de vista de la excepción que se ha presentado que indicaba, claramente, que la naturaleza de los hechos que se relatan en la demanda era contractual, y que los problemas contractuales de las partes ya quedaron resueltos en aquel laudo. Es decir, la falta de motivación es palmaria, y se ha incurrido en el vicio de la causal quinta de la Ley de Casación.(...)".(Sic)

De los enunciados del recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe a que la sentencia del *ad quem* no contiene los requisitos exigidos por la ley, entre ellos el deber de motivación, para el efecto, invoca los artículos 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil; 4, 5, 6, 8, 23 y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, letra l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución República.

Aclarado este punto, corresponde advertir que la garantía de motivación de las sentencias se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional²², doctrinaria²³, y jurisprudencialmente²⁴.

²² **Desde la óptica del pluralismo jurídico y del bloque de constitucionalidad**, en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al estándar mínimo que debe cumplir una resolución para ser considerada debidamente motivada, ha desarrollado el siguiente argumento, en el caso *Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela*: "El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las 'debidas garantías' incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Aptiz Barbera y otros Vs. Venezuela*, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.)

²³ **Dentro del ámbito doctrinario**, respecto al tema de la motivación encontramos una diversidad de criterios emitidos por varios tratadistas, de los cuales recogemos el siguiente: "(...) La motivación, afirma MUÑOZ SABATE, es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva. Más concretamente, se encuentra integrada en el sistema de las garantías procesales del artículo 24 CE, al igual que el sistema de recursos, además de ser un principio jurídico-político fundamental. Efectivamente, es un derecho-deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza

La garantía de motivación de las sentencias se encuentra consagrada tanto en la norma constitucional como legal, así mismo desarrollada:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.- “Art. 76.- *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. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados*”.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.- “Art. 130.- **FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.-** *Es facultad esencial de las juezas y*

subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los Tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Afirmábamos anteriormente que las partes han de procurar que la prueba practicada lleve al órgano jurisdiccional a la convicción de sus respectivas posiciones. Una vez que ha llegado a esta convicción es éste el que ha de persuadir, en su resolución a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido y de la razonabilidad de la aplicación de la normativa invocada. De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica (...)”. (Gaceta Judicial Serie XVII N°. 2, Resolución No -558-99 Juicio No 63-99 R.O. No 348 de 28 de diciembre de 1999, Juicio verbal sumario que por obra nueva sigue el Dr. Marcelo Regalado Serrano contra Edgar Ramiro Zurita Mantilla y Juana Tinizaray Jiménez.)

²⁴ **Desde la óptica de la jurisprudencia como fuente del derecho**, la Corte Constitucional, ha desarrollado varios precedentes en torno al ámbito normativo y material del principio de la motivación, en el siguiente contexto:

“(...) Como parte esencial de los principios que forman parte del debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con aquello se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva²⁴, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica, dentro de un Estado Constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país, no queden en la indefensión y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto” (Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia N° 003-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 117, de 27 de enero de 2010.).

Dentro del ámbito jurisprudencial, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en torno al tema de la motivación, ha desarrollado el siguiente argumento:

“Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener las razones o fundamentos para llegar a la conclusión o parte resolutive. La falta de motivación está ubicada en la causal 5ª del artículo 3 de la Ley de Casación y tiene como efecto la anulación del fallo. Cabe asimismo ese vicio, cuando los considerandos son inconciliables o contienen contradicciones por los cuales se destruyen los unos a los otros, por ejemplo, cuando el sentenciador afirma y niega, al mismo tiempo, una misma circunstancia, creando así un razonamiento incompatible con los principios de la lógica formal. Para encontrar los yerros acusados, el tribunal no debe atenerse exclusivamente a la parte resolutive sino también a la parte motivada, pues entre la una y la otra existe una relación causa y efecto, y forman una unidad” (Ecuador, Corte Suprema de Justicia Resolución N° .271 de 19 de julio de 2001, juicio 90-01 (DAC vs Cobo) R.O 418 de 24 de septiembre de 2001).

jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

(...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL:

“Art. 274.- En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal”.

“Art. 276.- En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión.

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

En consecuencia, la emisión de un fallo que en su parte dispositiva tenga decisiones contradictorias o incompatibles, tiene relación con la falta o ausencia de motivación, *per se*, dicha cuestión constituye uno de los errores *in iudicando* previstos en el derecho positivo, bajo la modalidad del caso 5 previsto en el artículo 3 de la Ley de Casación.

Una vez delimitado el alcance de la causal de casación en análisis, corresponde estudiar el contenido de las normas jurídicas supuestamente soslayadas por los juzgadores de segunda instancia, por tal razón, es necesario advertir que la motivación debe ser apreciada desde una doble perspectiva, por una parte, como una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no serán arbitrarias, sino consecuencia de un razonamiento lógico, y, por otro lado, como una indefectible obligación de los administradores de justicia, que les impone el deber de justificar fáctica y jurídicamente la razón de sus decisiones.

Además, se debe ser enfático en lo siguiente: la obligación de motivar las resoluciones judiciales debe sujetarse a ciertos estándares, con la finalidad de que el fallo se encuentre debidamente motivado, pues, no puede entenderse a la motivación como una simple enunciación mecánica de normas, doctrina, principios jurídicos y de antecedentes de hecho, sin conexión alguna; esta fundamentación necesariamente ha de estructurarse sobre criterios de coherencia y pertinencia, así lo exige el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial:

“(...) Art. 130.- (...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”. (Énfasis añadido).

Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: “...*la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión...*”²⁵ (Énfasis añadido).

Es decir, tanto las normas jurídicas mencionadas en el presente fallo, como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen a los administradores de justicia el deber de construir sus fallos en base a un razonamiento lógico, el cual se consuma cuando los jueces explican razonadamente la conexión entre las preceptos jurídicos aludidos en su resolución, con los hechos que han sido debidamente acreditados en la especie, esta labor intelectual les permite llegar a una adecuada conclusión.

Sobre la lógica y los estándares de la motivación, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia N° 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012, dictada dentro del caso N° 1212-11-E, refirió lo siguiente:

“...Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto...”²⁶ (El subrayado nos corresponde).

En virtud del principio dispositivo²⁷, son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores. Por ende, a efectos de obtener del Tribunal de Casación un fallo que enmiende la violación argüida, el interpelante tenía la obligación de acreditar que los jueces de segunda instancia, al momento de reducir su sentencia a escrito, incurrieron en los yerros señalados *ut supra*, mediante la exposición de una fundamentación de orden técnico jurídico, capaz de llevar al convencimiento de los integrantes del Tribunal de Casación, del cometimiento de la transgresión alegada.

En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si el recurrente pretendía justificar la causal 5 del artículo 3 de la Ley de Casación, en torno al incumplimiento del requisito de motivación en la sentencia recurrida, por no discriminar si la responsabilidad atribuida a la accionada tiene naturaleza contractual o extracontractual, por no delimitar la naturaleza de las relaciones existentes entre OTECEL S.A. y ALOMIL S.A., y menos aún los hechos relatados en la demanda, y por incumplir el requisito de la lógica; tenía el deber de justificar, con solvencia y claridad, la transgresión a uno o varios estándares de la motivación, esto es, la falta de aplicación de principios constitucionales (razonabilidad), la incoherencia entre las premisas y la decisión (lógica), o, en su defecto, la falta de claridad en el lenguaje empleado por los juzgadores (comprensibilidad).

²⁵ Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez VS Ecuador.

²⁶ Sentencia N° 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012, dictada dentro del caso N° 1212-11-E.

²⁷ **Constitución de la República del Ecuador:** “Art. 168.- *La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. 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*”.

6.2.2) Delimitado el alcance, tanto de la causal invocada, como de la garantía de la motivación, es posible sintetizar el alcance del cargo formulado por el recurrente, en la falta de motivación de la resolución de segunda instancia.

Ahora bien, ¿Cómo debía acreditar la mentada falta de motivación el recurrente?

Conforme anticipamos en líneas anteriores, el recurso de casación es técnico, por tal motivo, la acreditación de la violación argüida debía ajustarse a los siguientes estándares:

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.
- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

Dicho esto, la labor intelectual de los integrantes del presente Tribunal de casación, debe concretarse en la resolución del siguiente problema jurídico:

¿La sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 12 de febrero de 2020, adolece de motivación, por contener decisiones contradictorias o incompatibles?

Por consiguiente, deviene en preciso estudiar el contenido de los argumentos esgrimidos por el objetante, al tenor de los estándares técnicos que rigen la sustanciación del presente medio impugnatorio y aquellos relacionados con la motivación, no exclusivos ni excluyentes para un análisis adecuado:

Ahora bien, uno de los reproches planteados, radica en que, según el casacionista, no se ha motivado la diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual, lo que derivó en que se haya resuelto de manera errónea el conflicto; sin embargo, revisada la sentencia impugnada, se determina que dicho análisis, si consta en la misma, en el siguiente contexto:

“(…) La demandada básicamente alega la prohibición de opción, al sostener que todos los temas de carácter contractual ya fueron resueltos en el laudo arbitral, por lo que existe cosa juzgada. Independientemente del análisis que ya se hizo sobre la cosa juzgada, en cuanto al concepto y alcance de la prohibición de opción, por la cual está prohibido al actor escoger entre la responsabilidad civil (cumpliéndose con todos los requisitos necesarios para que sea contractual la responsabilidad), por la responsabilidad civil extracontractual; en el caso examinado, el accionante no fundamenta su pretensión en el contrato de reventa de servicio de telecomunicaciones suscrito entre ALOMIL S.A., y OTECEL S.A., el 04 de agosto del 2006 (mismo que el tribunal arbitral se pronunció sobre la responsabilidad civil contractual, y declaró la resolución del contrato antes indicado, y el correspondiente pago por daño emergente). Por el contrario, y señalándose que - además del contrato cuya resolución fue declarada -, entre las partes procesales se suscribió los contratos o convenios, como el acuerdo comercial de reventa de recargas electrónicas y contrato de distribución autorizado, que significaba exclusividad del actor a vender los productos de la demandada; en el caso sub examine, se reclama el daño que ha inferido la demandada a la Compañía Alomil S.A., por haberle causado la ruina total de su negocio, y que se la indemnice los daños y perjuicios (daño emergente causado y el lucro cesante), es decir, un típico caso de responsabilidad civil extracontractual.

Ello significa que no estamos ante el escenario de la prohibición de opción sino ante un responsabilidad Civil extracontractual, en los términos del Art. 2214 del Código Civil, esto es, “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

Siendo que la culpa es el fundamento de la responsabilidad, Tamayo parte de la premisa que “la culpa se deduce mediante una inferencia axiológica que el juez elabora sobre los datos concretos que ha ido estudiando (...)”.

De la cita transcrita y de la revisión de la sentencia impugnada, especialmente del considerando “NOVENO”, se evidencia que el *ad quem*, si discrimina cuales son los hechos referentes a la relación contractual entre OTECEL S.A. y ALOMIL S.A., y como esta relación contractual, en *stricto sensu*, no es el antecedente que derivó en los daños demandados; así mismo, se avizora que el proceso intelectual del Tribunal, se orienta a determinar cómo OTECEL S.A. mediante la presentación de informes con datos errados llevaron a la ruina de ALOMIL S.A., por las afirmaciones que contenían dichos informes, asunto que a la vez, no era una cuestión contractual, tomando en consideración los hechos dados por ciertos, de los cuales se deriva que OTECEL S.A., procuraba excluir del mercado de las telecomunicaciones a ALOMIL S.A., fin que fue logrado ya que “los informes presentados tuvieron el peso necesario para el inicio de la instrucción fiscal”, objetivo que a todas luces no tiene una naturaleza contractual.

En ese sentido, el *ad quem*, analizó los hechos a la luz del artículo 2214 Código Civil, lo cual implicó que la conducta OTECEL S.A. sea considerada como responsabilidad civil extracontractual conforme se afirma en la sentencia; *per se*, no se vislumbra la vulneración del estándar de la lógica en el ejercicio intelectual del Tribunal de apelación.

Otro de los puntos cuestionados por falta de motivación, es el relacionado a que, según el recurrente, el *ad quem*, no analiza de forma adecuada el tema de prohibición de opción que limitaba a la accionante, misma que estaba relacionada con la excepción planteada por OTECEL S.A., al indicar que la actora no podía canalizar por la vía extracontractual lo que era contractual; en sentido similar a lo argumentado *ut supra*, se observa que la sentencia impugnada si analiza dicha cuestión precisamente en el considerando NOVENO y sobre todo en la cita de la sentencia transcrita en párrafos anteriores; ergo, los enunciados del casacionista, son falacias argumentativas, ya que procura sostener una aparente contradicción no existente en la motivación del *ad quem*.

El último punto atacado por medio de la causal objeto de análisis, es el referente a la presunta existencia de un defecto al resolver y declarar la improcedencia de la excepción de cosa juzgada.

De la sentencia impugnada, se extrae el análisis realizado por el *ad quem*, sobre el tema, en el siguiente sentido:

“(...) El Art. 101 del Código Civil establece que las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda. Las perentorias más comunes son: la que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil, y la de cosa juzgada.

La Corte Nacional de Justicia, en sentencia de casación, ha sostenido:

La cosa juzgada es una institución jurídica que brinda a los justiciables certeza y seguridad jurídica se basa como dijimos en el principio non bis in idem, es decir que “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia”, es una garantía constitucional mediante la cual se impide conocer nuevamente un caso pues ya ha sido resuelto. El artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, norma procesal valga la aclaración, establece: “La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma”.

Para analizar si existe o no cosa juzgada, el tribunal observa que dentro del laudo arbitral celebrado ante el Tribunal del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (proceso arbitral No. 035-09), de fecha Quito 09 de abril del 2012, a las 18h00, suscrito por los señores Diego Romero Ponce (presidente), Alejandro Ponce Martínez y Patrick Barrera Sweeney; lo que se ha demandado es el incumplimiento del contrato de reventa de servicios de telecomunicaciones suscrito el 04 de agosto del 2006, y que se condene a OTECEL al pago de la indemnización de daños y perjuicios, como es: daño emergente \$ 1,850.979,45; lucro cesante (promedio de ingresos obtenidos por la ejecución regular del contrato, comprendido entre los meses agosto 2006 abril 2008 más los ingresos de los meses junio agosto de 2008, por todos los meses restantes de vigencia del contrato contados desde la terminación unilateral - 21 de agosto del 2008-), por el valor de \$ 2,813,695.33; total: \$ 4,664.674.78.

En el referido laudo arbitral, se acepta parcialmente con lugar la demanda, declaran que la Compañía OTECEL S.A., incumplió el contrato de reventa de servicio de telecomunicaciones suscrito entre ALOMIL S.A., y OTECEL S.A., el 04 de agosto del 2006; declaran la resolución del contrato antes indicado; condenan a OTECEL S.A. al pago del valor total de \$ 1,362.573.16, incluido impuestos, correspondiente al valor facturado en líneas suspendidas o coartadas por concepto de daño emergente, y al valor de \$ 369.410,24 correspondiente a los intereses (calculados desde el 3 de junio del 2009). También, el referido tribunal desecha las excepciones deducidas por OTECEL S.A., a la demanda, salvo la excepción contenida subsidiariamente en el numeral 3.6 de su contestación a la demanda, relativa al cálculo del lucro cesante sobre promedio de ingresos, materia sobre la cual se rechaza la demanda de ALOMIL S.A.

En el caso sub examine, por el contrario, estamos ante una pretensión originada en los daños que se dice, la Compañía Otecel S.A., ha inferido a la Compañía Alomil S.A., por haberle causado la ruina total de su negocio, ante la falsa imputación de que ésta se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocido como 'by pass'. Esto no ha sido objeto de resolución mediante laudos arbitrales, como sostiene el demandado, por lo que su excepción deviene en improcedente (...)”.

Contextualizado el caso, teniendo como referente los hechos demandados, y los hechos fijados como ciertos, que hacen concluir que los mismos tienen relación con una responsabilidad extracontractual, conforme lo indicado *ut supra*, es claro que, sobre el punto en cuestión, el *ad quem*, analizó la cosa juzgada, invocando y aplicando normas jurídicas (razonabilidad), estableciendo una correlación entre las premisas generadas del análisis del caso, con la conclusión y resolución de negativa de la excepción planteada (lógica), de forma comprensible; ergo, no se observa un defecto en el sentido expresado por el recurrente.

6.2.3) Descrito lo anterior, para concluir el análisis del cargo planteado, se realiza el mismo, al tenor de los estándares relacionados con la motivación, no exclusivos ni excluyentes para un análisis adecuado, conforme lo fijado en líneas anteriores:

6.2.3.1) Sobre el estándar de la razonabilidad.

La razonabilidad de una sentencia se sustenta en la naturaleza misma de la garantía constitucional de motivación, que garantiza a los justiciables que los fallos de las autoridades judiciales no emanarán de consideraciones subjetivas, antojadizas o arbitrarias, pues, deben construirse sobre el sustento de normas y principios jurídicos.

Por consiguiente, carecerá de motivación, por falta de razonabilidad, aquella sentencia que no se apoya en la normativa jurídica o en los principios del derecho.

Revisado el fallo en su integridad, se concluye que los Jueces de segunda instancia, en efecto, al reducir a escrito su decisión, la construyeron al tenor de normas y principios constitucionales y legales, su fallo no deviene de consideraciones carentes de sustento legal y constitucional.

6.2.3.2) Sobre el estándar de la lógica.

La lógica impone a los juzgadores el deber de construir su decisión sobre la base de un silogismo jurídico; este silogismo está compuesto por una premisa mayor y una premisa menor, cuya valoración permite al juzgador inferir una conclusión coherente.

La falta de lógica supone un equívoco en el proceso de valoración de las premisas, que conduce a una conclusión incoherente con las premisas, lo que deriva además en que la resolución contenga decisiones contradictorias o incompatibles.

Para clarificar lo anotado, resulta útil ilustrar cómo se construye un silogismo en el ámbito jurídico, en este sentido, se determina que la premisa mayor está constituida por la norma jurídica, mientras que, la premisa menor la conforman los hechos acreditados en la especie.

Por el contrario, una sentencia ilógica supone la falta de armonía entre la conclusión y las premisas, e implica un equívoco en la labor intelectual del juez, quien, luego del análisis de las premisas, erró en el ejercicio de inferencia, expresando una conclusión que se aparta de la línea argumentativa que diseñaban dichas premisas.

En razón de lo expuesto, es posible anotar que, si el casacionista deseaba acreditar la falta de lógica en la sentencia impugnada, se encontraba en la obligación de, en primer término, individualizar las premisas utilizadas por los jueces en su argumentación, posteriormente, tenía que identificar la conclusión, y evidenciar cómo ésta difiere del hilo conductor que plantean las premisas.

Sin embargo, del análisis de los argumentos esgrimidos por el objetante, es posible colegir que, lejos de evidenciar la falta de lógica en el fallo impugnado, puso de manifiesto su

mera inconformidad con aquello que los juzgadores de segunda instancia decidieron, planteando un debate de instancia, conforme se aprecia en el contenido de sus alegaciones:

“(…) Al revisar la sentencia, no van a encontrar ninguna reflexión sobre la naturaleza de los hechos que se aluden en la demanda; en ninguna parte se analizan estos en su relación con los contratos existentes entre las partes. (…)

Pero los jueces, luego de la cita que se ha transcrito, simplemente dicen que la única posibilidad de reclamo de daños y perjuicios "por haberle causado la ruina" (cosa que jamás se ha aceptado y menos demostrado) está en la responsabilidad extracontractual, por ser ese "un típico caso de responsabilidad civil extracontractual".(…)

Si se hubiese hecho, se percibiría con claridad que las relaciones tienen base y esencia contractual. Esto se observa cuando en los contratos que se aparejan a la demanda (Contrato de Reventa; Recargas Electrónicas; Distribuidor Autorizado), se prevén múltiples efectos y conductas; (…)

Es decir, no hay ninguna reflexión motivada de porqué llegan a la conclusión que llegan ("excepción improcedente"). La deducción que hacen incurre en una falacia de la lógica ya que no porque se diga que se está ante una pretensión de daños por una supuesta imputación de la comisión de un delito, y porque se señale que eso no fue materia del laudo, el razonamiento es completo desde el punto de vista de la excepción que se ha presentado que indicaba, claramente, que la naturaleza de los hechos que se relatan en la demanda era contractual, y que los problemas contractuales de las partes ya quedaron resueltos en aquel laudo(…)"

Los argumentos sustentados por el recurrente, lejos de evidenciar la falta de lógica, transgreden el estándar que impone la prohibición de “debate de instancia” en sede de casación, pues, estos planteamientos inducen a los juzgadores al análisis del acervo probatorio²⁸.

En el presente caso, la conclusión expresada por los juzgadores, parte de la valoración de la premisa menor, es decir, de los hechos acreditados en la especie, hechos que determinan que se justificó la existencia del daño derivado de una responsabilidad extracontractual demandada, lo que permite deducir razonadamente, como conclusión, el rechazo del recurso de apelación propuesto por la accionada, quien sostenía la inexistencia de responsabilidad alguna.

En razón de lo expuesto, se puede inferir que no existe falta de lógica, por contradicción, incompatibilidad o incoherencia en la sentencia, ya que la parte resolutive del fallo guarda armonía con el análisis intelectual desarrollado por los juzgadores en su resolución.

El reproche del casacionista más bien se concreta en la expresión de mera inconformidad con el análisis del Tribunal de apelación, el cual concluyó que los hechos sometidos a su conocimiento demuestran el daño generado por la responsabilidad extracontractual tanta veces aludida en el *in examine*.

²⁸ “El desacuerdo con las circunstancias fácticas tal como ellas fueron establecidas, ataca la apreciación que de la prueba hizo el tribunal, plantea una cuestión, sobre los hechos, que no es susceptible de revisión”. (Ulrich Klug, Lógica Jurídica, Temis, Bogotá, 2004).

6.2.3.3) Sobre el estándar de la comprensibilidad.

Este estándar coloca a los juzgadores en la necesidad de materializar su resolución en una sentencia escrita, cuya redacción sea clara y entendible para el auditorio social. Por consiguiente, para acreditar la violación a este parámetro, la recurrente debía individualizar el pasaje de la sentencia que considera incomprensible y explicar la razón de su alegación.

No obstante, el casacionista pretende justificar la incomprensibilidad de la sentencia, con argumentos, eminentemente enunciativos e infundados, según los postulados transcritos en los apartados anteriores.

Lo indicado *ut supra*, sumado a que el recurrente soslayó los principios que rigen la casación, entre ellos: **a)** El principio de debida fundamentación y demostración; y, **b)** Trascendencia; conducen a indicar que el recurso de casación propuesto por el recurrente, no demuestra la falta de motivación en la sentencia de segunda instancia.

Por todo lo indicado, no se advierte error de derecho en la labor intelectual de los juzgadores de apelación, la sentencia impugnada respeta los preceptos de los artículos 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil, artículos 4, 5, 6, 8, 23 y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, letra l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución República; ya que de forma razonable, lógica y comprensible, en base a los hechos fijados como ciertos, el *ad quem* determinó el daño generado por responsabilidad extracontractual, reclamado judicialmente; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte recurrente a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la aplicación o interpretación de la norma jurídica que se considera ha provocado un error de derecho, con aquella aplicación o interpretación que estima la recurrente se debía realizar; así mismo, no explica la influencia que ha tenido el presunto *error in iure*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado por la parte recurrente persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que la sentencia del *ad quem*, no contiene el requisito de motivación, es improcedente.

6.3) Estudio de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, en relación con el argumento planteado por el casacionista.

La causal elegida, por la recurrente, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es la establecida en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, cuyo tenor es el siguiente:

*“Art. 3.-Causales.-El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales:
(...)*

4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis; y.”

El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste 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,*”²⁹, en este sentido, “*la incongruencia del fallo puede revestir tres formas: a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra petita)*”,³⁰ en consonancia, el Tratadista Guillermo Enderle señala al respecto:

*“El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones ajenas o distintas de las peticionadas temporalmente por las partes (extra petita); omitir decisión respecto a cuestiones planteadas en tiempo y modo oportuno (citra petita) o rebasar o exceder el contenido de la pretensión u oposición añadiendo algo no solicitado, no obstante haber sido cumplidos los requisitos de actividad requeridos para estos casos (ultra o petita)”*³¹

Esta Alta Corte, respecto al tema analizado, ha indicado lo siguiente:

*“(...) El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *sententia debet esse confirmis libelo, ne eat judex, ultra, extra, o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata et probata*, delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso”*.³²

En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil el cual prescribe que “*La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis (...)*”, en relación con lo que dispone el artículo 274 *ibídem*: “*En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución(...)*”; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es sino la que es materia del litigio³³.

“...Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa parte favorecida por la

²⁹ Humberto Murcia Ballén, “*Recurso de Casación Civil*”, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, Pag. 506.

³⁰ Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).

³¹ Enderle Guillermo Jorge, “*La Congruencia Procesal*”, Rubinzal – Culzon Editores, Buenos Aires – Argentina, Pag. 103.

³² G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador)

³³ Luis Cueva Carrión, *La Casación en materia civil*, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 323.

ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia y de equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada...”.³⁴

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, corresponde:

- Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.
- Asemejar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.
- Identificar, de ser el caso, la reconvencción esbozada por el demandado, así como las excepciones planteadas a la misma.
- Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.
- Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvencción u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.
- Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito *ut supra*, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido (*plus o ultra petita*), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (*extra petita*), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (*citra petita*) (*debida fundamentación y demostración*).
- El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

6.3.1) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien abstractamente indica que la resolución en la sentencia ordena “*el pago de unos daños y perjuicios que no se describen en la demanda*”, y que, se evidencia la “*introducción en la sentencia de aspectos que no forman parte de la Litis*”; fundamenta su recurso en el siguiente sentido:

“(…) Para todos los cargos que constan en esta causal, nos remitimos a la transcripción que ha efectuado mi representada de los hechos relatados en la demanda, y que constan en el numeral 2.1. de este escrito. Naturalmente nos remitimos también al texto de la demanda y la contestación en general, lo que constituye el límite de la litis, y sobre lo cual deben resolver los jueces.

5.4.1. RESOLUCIÓN EN LA SENTENCIA ORDENANDO EL PAGO DE UNOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE NO SE DESCRIBEN EN LA DEMANDA.

Es importante destacar que los jueces han procedido de una manera francamente alarmante, cuando aceptan una cuantificación de daños y perjuicios sin entrar a razonar, cuáles son los antecedentes de la composición de esos daños y perjuicios para el presente caso.

³⁴ Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 321.

De la lectura de los hechos de la demanda, pueden constatar ustedes señores jueces de la Corte Nacional, no hay ninguna descripción de en qué consisten los daños y perjuicios. Esto no es un tema que puede pasar por alto un juez al resolver una causa.

¿Qué es lo que hay en la demanda sobre daños y perjuicios? Pues simplemente una declaración general en los siguientes términos:

"Con los antecedentes expuestos, a nombre y representación como Gerente General y representante legal de la compañía ALOMIL SA. "En Liquidación", amparado en el Artículo innumerado a continuación del Art. 36 del Código Civil, publicado en el Registro Oficial No. 797, Segundo Suplemento, del 26 de septiembre del 2012, y en las disposiciones contenidas en los Art. 2214 y 2229 del referido cuerpo legal, acuerdo ante usted, para demandar, como en efecto demanda, en juicio ordinario, a la compañía OTECEL S.A., en la interpuesta persona de su Presidente Ejecutivo, y como tal representante legal y judicial, señor JUAN FEDERICO GOULU CARIDE, para que en sentencia, se declare y reconozca que la referida compañía OTECEL SA., ha inferido daño a mi representada ALOMIL S.A., actualmente en liquidación, por haberle causado la ruina total de su negocio, ante la falsa imputación de que ésta se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocido como "bypass"; y, como consecuencia de ello, se ordene que OTECEL S.A. pague a mi representada ALOMIL S.A. a título de indemnización de daños y perjuicios, el daño emergente y el lucro cesante, que se justiprecian en el acápite VII de esta demanda.

*"-VII-
CUANTÍA*

La cuantía de la presente demanda queda fijada en la cantidad no menor a Cinco Millones Ciento Treinta y Cinco Mil Ciento Cuarenta y Cuatro 54/100 dólares de los Estados Unidos de América (US \$5,135,144.54) correspondientes al daño emergente causado por la compañía OTECEL S.A., y al lucro cesante..."

Lo anterior no es una descripción clara y precisa de cómo se produjeron el daño emergente y el lucro cesante. La conducta de la actora es absolutamente ilegítima; viola el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil que establece que debe consignarse con claridad la cosa, cantidad y hecho que se exige, y ello es lo que permite determinar la cuantía de la demanda. Al no tenerse una descripción clara y precisa de la pretensión, resulta imposible para la parte demandada defenderse del supuesto cargo, y para los jueces, concederlo.

Sobre este tema, la entonces Corte Suprema de Justicia fue determinante, al indicar en la sentencia 24-X-1978 (Sala de lo Civil y Comercia pág. 690), lo siguiente:

"El excepcionante en la audiencia de conciliación terminó el planteamiento de sus excepciones con el reclamo del pago de perjuicios indicando que los concretaba al daño emergente y al lucro cesante. Es incuestionable que el peticionario debió de modo claro y explícito precisar el gravamen sufrido, ateniéndose a las reglas procesales de la demanda, por tratarse de una exigencia apreciable en dinero y, por ello, como en toda pretensión planteada ante los Jueces, estuvo en el caso de indicar con la determinación necesaria los antecedentes de hecho de la indemnización pretendida Empero, la enunciación lacónica de daños y perjuicios 'por lucro cesante y el daño emergente, no constituye sino una referencia generalísima a las normas básicas que rigen el efecto de los contratos civiles y así redactada la proposición, el Tribunal no pudo acogerla, por su vaguedad, y porque era de todo punto necesario confrontar la prueba de autos y 'la cosa, cantidad o hecho' requeridos tal como lo manda el numeral 4o. del Art. 74 del Código de Procedimiento Civil. Al no haberse observado esta prescripción la Sala carece de elementos de juicio que la permitan reconocer la condena demandada. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA

YPOR AVTORIDADDE LA LEY, se revoca la sentencia de segunda instancia, desechándose la demanda por improcedente. Sin costas de las tres instancias, denegándose además la indemnización de daños y perjuicios. Notifíquese. "

El deber de precisar con claridad la pretensión de daños y perjuicios que se reclaman, no se suple con una pretensión general que deja al demandado imposibilitado de atender el cargo o reclamo que le hace el actor. Pero sí era deber de los jueces revisar este tema, y en la sentencia lo que se observa es que pasan a conceder perjuicios, pero sin precisar en qué parte de la demanda consta la descripción de éstos.

Resulta fundamental para que un juez pueda mandar a pagar un rubro, que pueda concordar la condena con una pretensión clara y precisa hecha en la demanda; y cuando la condena (aún cuando sea por la vía de confirmar una sentencia de otro juez) se refiere a varios rubros, pues debe poder encontrar en la demanda aquellos rubros que acepta y que por ello manda a pagar. Pues en la demanda no hay la descripción de los rubros por parte de la actora, y mal podían los jueces aceptar el fallo del inferior al respecto porque este, tampoco, describe en qué parte de la demanda la actora señaló los rubros que reclamaba (y, en realidad, ni siquiera los jueces afirman que algo haya dicho el juez a quo).

Mandar a pagar rubros no descritos en la demanda es un invento ilegal **que no se satisface con la referencia a un informe pericial.** El deber de los jueces es encontrar en el libelo de demanda, en la pretensión, cuál es la aspiración del actor respecto de los daños y perjuicios y cómo y porqué los cuantifica, y esto determina lo que la propia actora tenía que probar, y no lo hizo; y de lado del demandado le daba la oportunidad de contradecir cada uno de esos rubros, cuando estos son claros y precisos, lo que no ha sucedido en este proceso.

No es posible que, en consecuencia, se pueda ordenar el pago de rubro alguno, incluido en una alusión general a daños y perjuicios que atañen a un Contrato de Distribuidor Autorizado del que no se conocen los más mínimos pormenores porque nada se redacta de esto en la demanda. Conceder estos rubros, en consecuencia, es evidentemente otorgar más de lo que se describe en la demanda; es tratar un hecho, resolverlo y adjudicarlo a una actora que no ha descrito nada en relación a ello.

Sin embargo, pese a semejante falencia, los jueces incurren en el grave defecto de entrar a resolver y conceder, algo que no estuvo explicado en la demanda, con lo cual, lo que hacen es resolver sobre un tema que no fue materia del litigio. Esto amerita que la Sala Especializada case la sentencia en mérito de los autos, y expida la resolución que en su lugar corresponderla, la cual reemplazará aquella que, con errado proceder, ha dado por existentes y válidos hechos que no estaban en la demanda.

5.4.2. INTRODUCCIÓN EN LA SENTENCIA DE ASPECTOS QUE NO FORMAN PARTE DE LA LITIS.

Los jueces afirman que la que debió ser procesada en el proceso penal que se menciona en el numeral 24.3. es OTECEL, y que lo que hizo, **la supuesta emisión de informes con errores fue para liberarse ella.** Así se desprende de la lectura de los siguientes párrafos:

*"Debe resaltarse que en un negocio como las telecomunicaciones, donde a diario se venden centenares de líneas telefónicas, y frente a una ineficiente o tardío control del órgano llamado a hacerlo, el usuario final puede darle un diferente uso a una línea telefónica, **situación por la debe responder el autor de dicha conducta y no la persona que le vendió el chip.** Así, en el caso examinado, ¿a quién correspondía el control del bypass a ALOMIL (revendedora) o a OTECEL? **Siendo que frente al Estado ecuatoriano la responsabilidad recae en los que han contratado con el Estado en este caso OTECEL-** el control deba venir de ellos. Así lo entiende CONECEL que detectó que dos líneas telefónicas de la otra operadora que opera en el país (administrada por OTECEL), estaban realizando bypass, es decir, **NO FUE OTECEL quien dio la voz de alarma, lo cual refuerza la posición de la accionante***

respecto de la desorganización de OTECEL y los inconvenientes suscitados con ALOMIL. Esto corrobora con el hecho de que OTECEL era la obligada a detectar posibles by pass de las líneas telefónicas que comercializaba (en forma directa o a través de sus revendedores), y a suspender las líneas telefónicas que eran detectadas haciendo el bypass. Al ser la otra operadora que hace conocer esta situación, refuerza el techo que al interior de la compañía demandada no existía un buen control interno, y que repercutía en este tipo de actividades. que como se explicó era parte del riesgo permitido en este tipo de negocio, donde se venden cientos o miles de líneas telefónicas diarias ..."(Lo resaltado y subrayado es mío)

En estas líneas, los jueces tratan de construir la idea de que era más bien mi representada la culpable del supuesto tráfico ilícito. Entrar a decidir semejante cosa es resolver sobre hechos o circunstancias que no constan relatados en la demanda, y que, por lo tanto, no forman parte de la litis. Lo dicho, empata con la aseveración que previamente habían hecho los jueces, en el mismo numeral 24.3 al indicar:

*"Es decir, que la información remitida por OTECEL y CONOCEL y las "investigaciones realizadas por ..." la Dirección General de Investigación Especial de Telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, es lo que origina el inicio de la instrucción fiscal No. 002-2008 en contra de ALOMIL SA., **ya que básicamente se sustenta en la información remitida por OTECEL, ya que bajo otras circunstancias, el análisis de la instrucción fiscal debió centrarse en contra de OTECEL,** (dueña de las líneas telefónicas y MEGASAINTE SA., supuesta responsable del bypass) y sólo con el inicio de la instrucción fiscal y demás investigaciones, con elementos de carácter preprocesal penal o procesal penal, el análisis de vincular a terceras personas (ALOMIL S.A.)" (Lo resaltado y subrayado es mío).*

Pero esta deducción de que mi representada tenía que haber sido la imputada, y que sirve como parte de las valoraciones que hacen los jueces para dar por acreditado un supuesto nexo causal, no tiene ninguna prueba de sustento, ni un criterio desarrollado por ellos que soporte dicha conclusión. Además de ello, y mucho más grave, esos hechos o circunstancias que los jueces intentan desarrollar, no constan relatados en la demanda, y, por lo tanto, no forman parte de la litis.

Los jueces no tienen ningún derecho de meterse a hacer una aseveración tan equivocada, fuera de su competencia, y, encima, de los hechos que constan en la demanda. Al proceder de esta forma incurren en la hipótesis del numeral 4 del artículo tercero de la Ley de Casación, **al haber resuelto temas que no fueron materia de la litis.** Esto amerita que la Sala Especializada case la sentencia en mérito de los autos, y expida la resolución que en su lugar correspondería, la cual reemplazará aquella que, con errado proceder, ha dado por existentes y válidos argumentos que no estaban en la demanda".(Sic)

De la revisión del planteamiento realizado, no se evidencia argumento alguno tendiente a realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones o peticiones, y lo resuelto en la sentencia; *a contrario sensu*, los enunciados planteados en torno a la narración de los hechos desde un singular punto de vista, la crítica respecto a la referencia de un informe pericial, están directamente relacionados con la prueba actuada en el proceso, en la primera y segunda instancia, ergo, de las afirmaciones planteadas, se deriva la transgresión del principio de *no debate de instancia*, ya que el recurrente procura una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

"(...) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado,

en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (...) la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (...)"³⁵

Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en sede casacional³⁶, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación casacional desplegada, que existe una evidente intención de abrir la discusión del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de *"no debate de instancia"*, por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballen *"se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia"*³⁷.

En el *in examine*, se precisa una revisión del fondo del caso a fin de evidenciar si existió o no un vicio de incongruencia, para ello se requiere determinar si se ha otorgado más de lo pedido (*plus o ultra petita*), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (*extra petita*), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (*citra petita*). Las garantías normativas que regulan la emisión de la resolución judicial, determinan que esta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes originados durante el juicio, fundándose en la Constitución, la ley y los méritos del proceso; la omisión de resolución de las pretensiones o el otorgamiento más allá de aquellas, o algo distinto a las mismas, constituyen errores *in iure*, que dan lugar a la casación.

Lo que jurídicamente calificado como *"traba de la litis"*, se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, (exigencia fundada o no) y de la resistencia esgrimida en contra (excepciones). Fijados los puntos del litigio y desarrollada su discusión más allá de la negación pura, corresponde al órgano jurisdiccional, pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones o razones que fundamentan la pretensión y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas. El tratadista Humberto Murcia Ballén señala al respecto *"...la actividad del juez, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada; que solo puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes, o, en otros términos, que solamente debe moverse dentro del espacio que le determina el demandante en su demanda o el demandado en la contestación"*³⁸.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

³⁶ **Código Orgánico de la Función Judicial:** "Art. 270.- "(...) No procede el recurso de casación, cuando de manera evidente, lo que se pretende es la revisión de la prueba (...)".

³⁷ Murcia Ballén, Humberto, *"Recurso de Casación Civil"*, 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

³⁸ Humberto Murcia Ballén, *"La Casación Civil en Colombia"*, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá, Pag. 480.

Ahora bien, el impugnante, acusa que en la sentencia del *ad quem*, se ordena “*el pago de unos daños y perjuicios que no se describen en la demanda*”, y que, se evidencia la “*introducción en la sentencia de aspectos que no forman parte de la Litis*”; sin argüir debidamente su afirmación ni especificar la incongruencia de forma fundamentada acorde al cargo casacional acusado, sin embargo, es oportuno examinar si se resolvió *ultra petita*, *extra petita* o *citra petita*.

Del contenido de la demanda presentada se establecen los siguientes fundamentos de derecho y pretensión:

“(…)-V-
DEMANDA

Con los antecedentes expuestos, a nombre y en representación como Gerente General y representante legal de la compañía ALOMIL S.A. “En Liquidación”, amparado en el Artículo innumerado a continuación del Art. 36 del Código Civil, publicado en el Registro Oficial No. 797, Segundo Suplemento, del 26 de septiembre del 2012, y en las disposiciones contenidas en el Art. 2214 y 2229 del referido cuerpo legal acudo ante usted, para demandar, como efecto demandando, en juicio ordinario, a la compañía OTECEL S.A., en la interpuesta persona de su Presidente Ejecutivo, y como tal representante legal y judicial, señor JUAN FEDERICO GOULU CARIDE, para que, en sentencia, se declare y reconozca que la referida compañía OTECEL S.A., ha inferido daño a mi representada ALOMIL S.A., actualmente en liquidación, por haberle causado la ruina total de su negocio, ante la falsa imputación de que está se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocido como “by pass”; y , como consecuencia de ello, se ordene que OTECEL S.A. pague a mi representada ALOMIL S.A., a título de indemnización de daños y perjuicios, el daño emergente causado y el lucro cesante que se justiprecian en el acápite VII de esta demanda.(…)

-VII-
CUANTÍA

La cuantía de la presente demanda queda fijada en la cantidad no menor a Cinco Millones Ciento Treinta y Cinco Mil Ciento Cuarenta y Cuatro 54/100 dólares de los Estados Unidos de América (US \$5,1333555, 144.54), correspondiente al daño emergente causado por la compañía OTECEL S.A., y al lucro cesante, más el pago de los intereses legales y las costas procesales, en las cuales se incluirán los honorarios de mi abogado patrocinador, en caso de oposición.(…)” (Sic).

El artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece el principio dispositivo, bajo el cual todo proceso se promueve por iniciativa de parte legitimada; en función de aquel, para resolver la cuestión planteada en sede casacional, este Tribunal contrasta la pretensión de la demanda y la resolución impugnada, ante lo cual examinado el caso, se verifica que, se demandó a OTECEL S.A., el pago de daños y perjuicios, por el daño causado (ruina de ALOMIL S.A.), y el Tribunal de apelación, resolvió “...NEGAR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada” y, “ II.- CONFIRMAR la sentencia dictada por la Jueza de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, que declaró con lugar la demanda presentada por el actor; reformándola únicamente en lo atinente a los intereses, mismos que deben ser cancelados desde la citación de la demandada, esto es, desde el 04 de enero del 2013, con la tasa activa referencial del 8.17 % anual, establecida por el Banco Central del Ecuador para el mes de enero del 2013, en los términos del Art. 97.5 del Código de Procedimiento Civil y Art. 1567.3 del Código Civil”; ergo, se infiere que el *ad quem*, en ejercicio de su jurisdicción, declaró que procedían los daños y perjuicios, en los términos demandados, por lo cual no se resolvió *ultra petita*, *extra*

petita, o citra petita; en este sentido se advierte más bien que, la casación del recurrente, se funda en el cuestionamiento sobre la aplicación de determinadas normas jurídicas que sirvieron de premisas para la resolución impugnada, en relación con la justipreciación de los elementos probatorios aportados, lo cual no es materia del cargo casacional analizado.

Como se ha referido, a través de esta causal, se vela por el fiel cumplimiento de las normas jurídicas que constituyen el debido proceso; se protege la intangibilidad de la materia litigiosa y se garantiza la seguridad jurídica de las partes, de lo contrario, el caos y la arbitrariedad perturbarían la marcha normal del proceso. Además, frena el exceso de poder del juez que puede presentarse en los casos siguientes: **a)** cuando se falla sobre personas que no fueron partes procesales; **b)** cuando se resuelve asuntos diferentes de los controvertidos; y, **c)** cuando se modifica lo pedido en la demanda, en la contestación o en la reconvencción. En síntesis: esta causal alude al exceso de poder del juez que lo manifiesta al resolver en forma extra petita, es decir, incrementando por su sola voluntad, la materia litigiosa, esto constituye un vicio de actividad.

Por ello, es preciso analizar si se cumplen los presupuestos establecidos en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, considerando que:

“...Todo proceso contiene una materia precisa y determinada sobre la cual versa; esta materia u objeto procesal está constituida por los hechos y por el derecho que las partes someten al juez para su resolución. Ahora bien: la materia del litigio queda constituida en forma definitiva e intangible luego de trabada la Litis, de tal manera que una vez iniciado el término de prueba las posiciones del accionante y del demandado permanecen como están y bajo ningún concepto se las puede cambiar ni reformar. De tal manera que la materia del litigio no es otra que lo que quedó definitivamente constituido luego de trabada la Litis, antes de la iniciación del término de prueba y, sobre esta materia y sólo sobre esta, debe versar el proceso, por lo tanto, la prueba, los alegatos y la sentencia deben referirse exclusivamente a esta materia litigiosa...”³⁹

De la revisión de la sentencia impugnada, se desprende que el pago de daños y perjuicios si constituye un asunto materia del litigio, *per se*, los mismos, fueron objeto de pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional competente.- Por otra parte, se avizora que, si existe un pronunciamiento claro sobre las pretensiones del actor en su demanda, del cual se colige que el reclamo versa sobre actos atribuibles a OTECEL S.A. que desembocaron en el daño a ALOMIL S.A., lo cual fue decidido por el *ad quem*.- Finalmente respecto del primer cuestionamiento aludido en este cargo, la invocación que se hace, respecto de la “violación” del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, no constituye materia del cargo casacional.

Para ultimar, la presunta introducción en la sentencia de aspectos que no forman parte de la Litis, no guarda coherencia con la esencia del cargo casacional; toda vez que, lo que se cuestiona es una de las premisas desplegadas por el *ad quem*, para construir su decisión, no determinante en la parte dispositiva del fallo, ya que existieron otras premisas con mayor peso que coadyuvaron a sostener el fallo impugnado, razones por las cuales, los enunciados planteados por el recurrente inobservan los principios de debida fundamentación y demostración, y trascendencia; ergo, el cargo planteado, es improcedente.

³⁹ Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 322.

6.4) Estudio de la causal tercera prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación, en relación con el argumento planteado por los recurrentes.

La causal escogida para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es la establecida en el artículo 3 numeral 3 de la Ley de Casación, cuyo tenor es el siguiente:

Art. 3.-Causales.-*El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: (...)*
3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”.

Esta Alta Corte, ha delimitado el cargo casacional objeto de análisis, en el siguiente contexto:

“lo mismo que la primera y segunda corresponde tres modos de infracción o tres vicios de juzgamiento por los cuales se puede interponer el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las cortes superiores en procesos de conocimiento, vicios que, a su vez, deben dar lugar a otros dos modos de infracción. Entonces, en la sentencia, el primer yerro, objeto del recurso de casación, puede ocurrir por aplicación indebida (1) o falta de aplicación (2) o por errónea interpretación (3) de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”; y, el segundo por equivocada aplicación (1) o por no aplicación de “normas de derecho”(2)de modo que para la procedencia del recurso por la causal tercera de casación es indispensable la concurrencia de dos infracciones sucesivas, la primera de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”; y, la segunda de “normas de derecho”, en cualquiera de los tres modos de infracción antes indicados que son los establecidos en la ley para cada uno de ellos. De acuerdo con esto, cuando el recurrente invoca la causal tercera... para que proceda la alegación, está en la obligación de presentar la concurrencia de las dos violaciones sucesivas previstas en esta causal, primero la violación de los preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba; y, segundo, la violación de las normas de derecho producida como consecuencia de lo anterior, con la precisión de cada caso, del precepto o norma infringidos”⁴⁰

Ergo, del análisis de la causal de casación propuesta, se advierte que, para su procedencia, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo casacional escogido, debe ir relacionado con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.
- La violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, a la vez, debe derivar en una

⁴⁰ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, *Resolución No. 123-2004*, 6-VII-2004, Tercera Sala, R.O. 510,24-1-2005.

equivocada aplicación o en la no aplicación de normas de derecho (norma sustantiva). De este enunciado, se desprende también dos cargos que deben justificarse en la propuesta casacional: 1) Equivocada aplicación; y, 2) No aplicación, de normas de derecho sustancial.

Así también, para una correcta argumentación de la causal de casación aludida, se debe identificar varios aspectos, a saber:

- El medio o medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se ha infringido la norma que regula la valoración de dichas pruebas.
- La norma o normas que regulan la valoración de la prueba, cuya aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación se acusa.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre los medios de prueba y la norma procesal violada.
- Singularizar la norma sustantiva que como consecuencia del yerro *in iure* acusado, ha sido **indirectamente** transgredida.

Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente:

6.4.1) Como primera acusación, se establece que, el recurrente, refiere que existe “*Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba como es el artículo 115 en su concordancia con los artículos 250, 257, 258, 262 del Código de Procedimiento Civil tratándose de un informe pericial, lo que ha conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia, como lo es el artículo 2.214 del Código Civil*”, al desarrollar su fundamento, alega:

“Para poder aceptar la existencia de daños, y confirmar la sentencia del inferior en cuanto a la condena a pagar perjuicios proceden los jueces a aceptar, como prueba de daño y de los perjuicios, un informe pericial. Es la valoración que hacen los jueces, relativa a ese informe, lo que se cuestiona en esta causal.

En el apartado 24.2, dentro del considerando NOVENO del fallo, los jueces declaran que dejan establecida la "Comprobación del daño sufrido por el accionante, personal y antijurídico". Y de manera categórica indican que:

"El daño sufrido por la Compañía ALOMIL S.A., se ha determinado con el informe pericial presentado por el Dr. CPA. Carlos Enrique Oleas Escalante, en el cual concluye que por el lucro cesante la accionan/e ha dejado de percibir la cantidad de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS DIÉCISEIS, 20/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD \$ 4.893.516.70); valor que al juez de primer nivel ordena pagar a la demanda, a favor del actor. ".(Sic) (Lo resaltado y subrayado es mío)

En este punto al decir que el daño se ha determinado con el informe, han sucedido dos cosas: (i) Que los(jueces dan por acreditado un daño, como concepto jurídico, a través de un informe pericial, y también su cálculo de daños y perjuicios, que incluye aspectos relativos al lucro cesante derivado no solo del Contrato de Reventa sino también del de Distribuidor Autorizado; y (ii) que los jueces entienden que esos hechos -que la actora no narró en la

demanda y que serían ni más ni menos que los daños- han quedado acreditados por medio de ese informe pericial.

I. Respecto de lo dicho en el numeral (i), dan por aceptada la existencia de unos supuestos daños que quedarían acreditados a través de un informe pericial. A este respecto debemos decir:

(A) **Un informe pericial no es una prueba de hechos**; un informe pericial es una apreciación sobre aspectos relativos a una ciencia, arte u oficio (art. 250 del Código de Procedimiento Civil) que es para lo cual se requieren sus conocimientos. La Ley no dice que se requiere de peritos para establecer si se ha ocasionado un daño económico o no, sino, en el mejor de los casos, para hacer cierto cálculo respecto de daños que han debido quedar muy bien descritos en la demanda, y debidamente acreditados en el proceso. **Al entrar a tomarse como apropiado un informe pericial para acreditar la existencia de daños** (los daños son efectos o consecuencias de una conducta, y pueden y deben ser descritos en la demanda, lo que no ha sucedido en este caso), **se violentan principios elementales que atañen a la sana crítica** (artículo 115 del Código de Procedimiento Civil) **en la interpretación del informe, dándosele un alcance absolutamente incongruente con el deber procesal de encontrar, primeramente, acreditados los daños a través de pruebas idóneas que no se citan porque no existen; incurriéndose, además, en la falta de aplicación del citado artículo 250 del Código de Procedimiento Civil** que termina de ilustrar la sana crítica para el caso de informes periciales. De haberlo aplicado, se comprendería que un informe pericial no es la prueba que suple la demostración de la existencia de daños y fallan en la valoración de la prueba al tenerlo como tal, pues dicen que se ha determinado "el daño sufrido" con el informe pericial.

(B) Es más, de conformidad con el art. 257 del Código de Procedimiento Civil, es necesario que el perito indique cuáles son los fundamentos en los que basa la declaración de sus "conocimientos", **y en el presente caso no hay ningún sustento en el informe pericial**; la demostración de los sustentos de lo que él informa, no consta aparejada por él, y, más aún, no hay prueba en el proceso de ello. De manera que, el informe pericial que los jueces citan no es más que producto de una pseudo inventiva (pues, en este caso, encima, lo copia) de un perito que actuó de manera absolutamente ilegal. Al no haber adjuntado los fundamentos de sus conocimientos y considerar el fallo que el peritaje es válido, lo que ha sucedido es que los jueces han dejado de aplicar el artículo 257 ibídem, al no apreciar la falta de fundamentos en el informe, **y nuevamente se presenta el gravísimo error de análisis, lógico y razonable de la prueba que evalúan los jueces, al darle una validez que no la tiene por incurrir, además, en la falta de sustentos que acabo de señalar**. Resulta materialmente imposible valorar como prueba un informe pericial incompleto, y con ello, infundado.

(C) Hay que añadir que el mismo artículo 257 del Código de Procedimiento Civil indica que un informe puede ser "oscuro o insuficiente para esclarecer **el hecho** disputado"; lo que corrobora que debe haber un hecho relatado que ha sido disputado. En este caso, el hecho serían los perjuicios, los cuales han sido controvertidos con el cargo de "ineptos", por no estar relatados. **Pretender que un informe pericial supla el deber de probar hechos materiales como lo son los supuestos daño emergente y lucro cesante aludidos en términos absolutamente generales en la demanda, y tener tal informe como la prueba del daño, es una falta de aplicación de criterios probatorios**.

(D) Más aún, en el presente caso se alegó el error esencial del informe por varias causas; pero el fallo omite referirse a ello con lo cual deja de aplicar el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil. Esta alegación debió formar parte de la valoración de la prueba para poder "alimentar" la sana crítica. Pero esto no sucedió. Lo que podría ocurrir es que el juez puede:

D.1) Creer en el informe del perito, en cuyo caso debe dar las razones por las cuales cree, con mayor razón si ha habido una alegación de error esencial. En el presente caso, los jueces no han dado razones de porque lo valora en sí; lo que dice es que lo que se ha cuestionado de él (el decrecimiento del negocio) no está bien acreditado; y, a este respecto dicen los jueces:

*[OTECEL S.A., cuestiona la conclusión del perito Carlos Enrique Oleas Escalante, respecto de la cuantificación obtenida por lucro cesante y daño emergente, sustentándose para ello en el informe de la Ing. Carmen Felicia Sanmartín Arévalo (fojas 569- 573 del cuaderno de segunda instancia), **quien alude a una tendencia decreciente general del mercado de los locutorios**, sosteniendo que en los años 2007, 2008, 2009 y 2010, OTECEL S.A., facturó valores superiores al millón de dólares y que a partir del 2011 dicha situación decae, abarcando el informe hasta el año 2013, con ingresos en promedio de quinientos mil dólares. **Sin embargo, dicho informe se presenta ambiguo en sus conclusiones, ya que sólo establece una "tendencia decreciente" general del mercado de los locutorios, pero no determina ninguna proyección de ingresos de ALOMIL, que permita contrarrestar las conclusiones realizadas por el perito Carlos Enrique Oleas Escalante, para que existiendo dos pericias (que cuantifiquen valores), aplicar eventualmente el contenido del Art. 259 del Código de Procedimiento Civil, y formarse un criterio respecto del objeto controvertido. Al no suceder a aquello, y siendo que el perito es una persona que tiene suficientes **conocimientos en la materia sobre la que informa**, es correcto el análisis realizado por el Juez de primer nivel, y que no ha sido desvirtuado con nuevas pericias.] (Lo resaltado y subrayado es mío)***

Más allá de la absolutamente impropia afirmación de que la perito Sanmartín debía referirse en concreto a la proyección de ingresos de Alomil S.A. "En Liquidación", y sin tomar en cuenta que ella destaca lo que a la larga ha sido una verdad evidente como ha sido el decrecimiento del negocio de los locutorios, respecto de lo cual no solo ella, sino los otros peritos dieron suficientes datos (que inclusive tienen origen en información del ente de control de telecomunicaciones), los jueces nada dicen respecto de los demás cargos que se hacen al informe; es decir, no hacen una valoración completa de la prueba y cómo ésta fue disputada. Sus razonamientos se han limitado a lo antes señalado, siendo evidente que se dejó de analizar la prueba en su integridad para ver si ésta acreditaba un hecho concreto descrito en la demanda y debidamente disputado. Pero no dejemos de observar que, en este caso, el juez dejó de aplicar los criterios del art.258 del Código de Procedimiento Civil.

D.2) Puede no estar convencido o se siente moralmente presionado por las evidencias que le han dado de ser un informe cuestionable, y actuar en la valoración conforme al artículo 262 del Código de Procedimiento Civil.

Nada obliga a que el juez tenga dudas del informe; pero lo que debe entonces es explicar por qué los cargos que se hicieron en contra del informe no prosperan. En este punto, entonces, es imprescindible observar los cargos que se formularon, y que constan en los escritos del 7 de marzo de 2016, 15 de septiembre y 11 de octubre de 2016, 29 de enero de 2018 (...)

- De los anteriores cargos, uno de los más graves, por vergonzoso -para decir lo menos- es la evidencia de que el informe del perito Oleas era una copia burda de un documento privado, elaborado por la Economista Landívar, presentado por la parte actora (fue presentado por ella como prueba I mediante escrito del 21 de febrero de 2014, a las 12h24). Basta para entender esta impugnación observar el siguiente cuadro comparativo donde se han subrayado los textos idénticos o similares: (...)
- Y, por último, de la sola lectura del informe del perito sin necesitar mayores dotes, se observa que el perito comete muchísimos errores en su afán de llegar a establecer una elevada suma de perjuicios a favor de la actora. (...)

Visto lo anterior, ha quedado evidenciado que **los jueces no hacen un proceso valorativo del informe pericial, y sus circunstancias**, ajustado a la lógica y a la sana crítica (lo que ya

he explicado, inclusive en notas de pie de página pertinentes al tema) que manda el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, lo que los habría llevado a revisar y pronunciarse sobre los temas que han quedado expuestos; sino que, irreflexivamente, lo aceptan para acreditar lo que este no puede acreditar de ninguna manera si la valoración hubiese sido de forma correcta, más aún en una situación que acabo de describir, en la que se han invocado como normas complementarias a la sana crítica los artículos que han dejado de aplicarse.

II. Con relación a lo dicho en el numeral (ii), del segundo párrafo del desarrollo de esta causal, no es cierto que se pueda acreditar con un informe pericial hechos que conciernen a los daños. Como no encuentran la prueba de esos hechos es que se recurre a la idea de darle al informe pericial valor probatorio para ello; **eso es el típico vicio de darle a una prueba un valor que no lo tiene, con lo cual se incurre en una palpable falta de aplicación de criterios probatorios.**

En efecto, al aceptar el informe pericial los jueces están aceptando también que hayan existido circunstancias de hecho que explicaban cómo se ocasionaron los supuestos daños. Pero como les interesa simplemente aprobar el informe, no reflexionan ni reparan en ello y, al proceder como queda indicado, los dan por aprobados. **Pero la realidad es que no hay en el proceso ninguna prueba en relación a los hechos económicos constitutivos de daño, y que simplemente es el informe pericial el único sustento que tienen los jueces para ello, dándole, en consecuencia, a esa prueba, un valor absolutamente extralimitado.**

De lo desarrollado en todo este numeral 5.5.1. que se hace en contra de la sentencia, resulta por demás evidente que el informe de perito Oleas, base y sustento de la aceptación de daños y perjuicios que hacen los jueces, ha sido indebidamente valorado.

Los vicios de falta de aplicación de los preceptos jurídicos de valoración de prueba que se han señalado detalladamente en este apartado, llevan a los jueces a declarar, como probados, los daños y perjuicios, y con ello a dar cabida a la aplicación equivocada del artículo 2214 del Código Civil que es el sustento principal que ellos usan para declarar el derecho al pago de daños a favor de la actora por una supuesta responsabilidad extracontractual (a eso se refiere la norma), y que por ende es el sustento básico de la parte resolutoria del fallo al confirmar la resolución de primera instancia y condenar de esta forma al pago de daños y perjuicios en contra de mi representada. De manera tal que deben casar la sentencia y declarar que, el informe pericial del perito Oleas ha sido indebidamente valorado; y que, no habiéndose probado los daños y perjuicios demandados, es improcedente la demanda presentada por Alomil". (Sic).

Del contenido de la propuesta casacional, se extrae las normas cuya falta de aplicación se acusa, y son las siguientes:

Código de Procedimiento Civil:

"Art. 115.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas".

Art. 250.- Se nombrarán perito o peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio".

"Art. 257.- El informe de perito o peritos será redactado con claridad y con expresión de los fundamentos en que se apoye; y si fuere obscuro o insuficiente para esclarecer el hecho disputado, el juez, de oficio o a petición de parte, exigirá de ellos la conveniente explicación".

“Art. 258.- Si el dictamen pericial adoleciera de error esencial, probado éste sumariamente, deberá el juez, a petición de parte o de oficio, ordenar que se corrija por otro u otros peritos, sin perjuicio de la responsabilidad en que los anteriores hubieren incurrido por dolo o mala fe”.

“Art. 262.- Si el juez no encontrara suficiente claridad en el informe del perito o peritos, podrá de oficio nombrar otro u otros que practiquen nueva operación. Podrá, asimismo, pedir a los peritos anteriores los datos que estime necesarios.

No es obligación del juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos”.

A su vez, la norma sustantiva cuya violación indirecta se acusa es:

Código Civil:

“Art. 2214.-El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

6.4.1.1) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de falta de aplicación de los artículos 115, 250, 257, 258, 262 del Código de Procedimiento Civil.

La falta de aplicación de la ley, en el caso 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas atinentes a preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, cuya observancia era exigible, y que de haberlo hecho, dicha situación, por efecto, determinaba la aplicación real y correcta de las normas de derecho sustantivo en la sentencia.

6.4.1.2) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen el medio de impugnación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto:

De la revisión de la causal interpuesta, se avizora que el núcleo del argumento, radica en el cuestionamiento al informe pericial presentado por el doctor CPA. Carlos Enrique Oleas Escalante, el cual concluye que, por el lucro cesante la accionante ha dejado de percibir la cantidad de cuatro millones ochocientos noventa y tres mil quinientos dieciséis, 20/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD \$ 4.893.516.70), con lo cual se describe el medio de prueba en el cual, se dejó de aplicar los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

Desde la órbita del régimen procesal aplicable al caso, la sección séptima, del Código de Procedimiento Civil, hace relación a la prueba, así, respecto a su valoración, la misma deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que formaron su convencimiento.

A la vez, el parágrafo sexto de la sección invocada, establece las reglas aplicables a los peritos; ergo, se nombrarán perito o peritos para los asuntos litigiosos que demanden

conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio.- El informe de perito o peritos será redactado con claridad y con expresión de los fundamentos en que se apoye; y si fuere obscuro o insuficiente para esclarecer el hecho disputado, el juez, de oficio o a petición de parte, exigirá de ellos la conveniente explicación.- Si el dictamen pericial adoleciera de error esencial, probado éste sumariamente, deberá el juez, a petición de parte o de oficio, ordenar que se corrija por otro u otros peritos, sin perjuicio de la responsabilidad en que los anteriores hubieren incurrido por dolo o mala fe.- Si el juez no encontrare suficiente claridad en el informe del perito o peritos, podrá de oficio nombrar otro u otros que practiquen nueva operación. Podrá, asimismo, pedir a los peritos anteriores los datos que estime necesarios. No es obligación del juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos.

En torno a la acusación de falta de aplicación del artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, de la revisión de la sentencia impugnada se avizora que dicha norma si fue aplicada, toda vez que, se sorteó y nombró un perito (doctor CPA. Carlos Enrique Oleas Escalante) para el asunto litigioso que demandaba conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio, en concreto, para cuantificar el daño producido por los actos atribuidos a OTECEL S.A.; a la vez, el informe pericial singularizado *ut supra*, fue justipreciado, como parte del acervo probatorio, conforme las reglas de la sana crítica, al tenor del artículo 115 del Código invocado; esta aseveración se justifica con los propios enunciados del recurrente, quien en el fondo, lo que procura a partir de su cuestionamiento es una nueva valoración de dicho medio probatorio, ejercicio proscrito en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

“(...) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (...)”⁴¹

la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (...)”⁴²

Continuando con la respuesta judicial al cargo planteado; de los enunciados esbozados por el recurrente, se evidencia un reproche al contenido del informe pericial, bajo el supuesto de falta de aplicación del artículo 257 del Código de Procedimiento Civil, tendiente a cuestionar su contenido, al afirmar que *“de conformidad con el art. 257 del Código de Procedimiento Civil, es necesario que el perito indique cuáles son los fundamentos en los que basa la declaración de sus "conocimientos", y en el presente caso no hay ningún sustento en el informe pericial”*; situación que transgrede el principio de no debate de instancia, ya que, se insiste, la valoración de la prueba, está vedada en sede casacional,

⁴¹ Primera Sala, Corte Suprema de Justicia: Resolución No. 48-2003 de 17-II-2003, Registro Oficial No. 66 de 22-IV-2003

⁴² Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la redacción y el planteamiento presentado, que existe una evidente intención de abrir la discusión del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de "no debate de instancia", por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén *"se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia"*⁴³. El recurrente debió delimitar el ámbito de los preceptos de valoración probatoria y la trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia del yerro acusado.

Sin dejar de lado las imprecisiones técnicas para la postulación del cargo, en torno a la supuesta falta de aplicación del artículo 257 del Código de Procedimiento Civil, por otra parte, se evidencia que dicho precepto normativo si fue aplicado en el fallo impugnado, pues la justipreciación del informe pericial, partió de lo enunciado en el mismo, cuya redacción clara, se fundamenta en ciertos elementos tales como la renta o utilidad percibida y declarada por la actora, los detalles o movimientos contables, etc., además, también se verifica que, a petición de la demandada, el perito Oleas Escalante, contestó las impugnaciones realizadas, ratificando sus conclusiones; ergo, no se avizora la inobservancia de dicho precepto normativo.

En torno al artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, cuya falta de aplicación se acusa, dicho precepto normativo establece el denominado error esencial como defecto de un dictamen pericial.

En relación a la acusación desarrollada por el recurrente, se precisa que, de la revisión del proceso, antecedente de la sentencia impugnada, ante la alegación del error esencial, en el peritaje de Oleas Escalante, se procedió conforme las reglas del artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, es decir dicho incidente fue tramitado sumariamente, en el cual, la demandada no solicitó un nuevo peritaje para corregir el yerro, *a contrario sensu*, se limitó a cuestionar el aparente error esencial; por su parte el órgano jurisdiccional consideró no justificado el error esencial, razones por las cuales, no dispuso la corrección del informe por otro u otros peritos; ergo, se evidencia, que en lo pertinente, se aplicó la norma *in comento*; luego de lo cual, procesalmente se hizo la justipreciación de dicho medio de prueba, conforme las reglas generales, por lo cual, el cargo adolece de falta de fundamentación y demostración.

Finalmente, en lo referente al cargo de falta de aplicación del precepto normativo descrito en el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, en la sentencia impugnada, no se establece, de forma alguna que, el órgano jurisdiccional no haya encontrado suficiente claridad en el informe del peritaje cuestionado, para proceder de oficio a nombrar otro u otros peritos que practiquen una nueva operación, o para pedir a los peritos anteriores los datos que estime necesarios; tanto más que, en función del principio de independencia judicial interna, aquello era una potestad jurisdiccional que partía de la justipreciación del medio de prueba, no exigible en todos los casos; de esto se colige que, el afán

⁴³ Murcia Ballén, Humberto, *"Recurso de Casación Civil"*, 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

impugnatorio versa con la mera inconformidad del valor probatorio que el Tribunal *ad quem*, dio al informe pericial de Oleas Escalante, lo que conduce a procurar una nueva valoración probatoria proscrita en esta sede; ergo, los enunciados del recurrente enfocados en sostener las “razones” por las cuales el Tribunal de apelaciones debía aplicar, la norma *in comento*, soslayan el principio de no debate de instancia.

El *ad quem*, al justipreciar el informe pericial de Oleas Escalante, señala lo siguiente:

“(...) 24.2.- Comprobación del daño sufrido por el accionante, personal y antijurídico.

El daño sufrido por la Compañía ALOMIL S.A., se ha determinado con el informe pericial presentado por el Dr. CPA. Carlos Enrique Oleas Escalante, en el cual concluye que por el lucro cesante la accionante ha dejado de percibir la cantidad de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS DIÉCISEIS, 20/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD \$ 4,893.516.70); valor que al juez de primer nivel ordena pagar a la demanda, a favor del actor.

OTECEL S.A., cuestiona la conclusión del perito Carlos Enrique Oleas Escalante, respecto de la cuantificación obtenida por lucro cesante y daño emergente, sustentándose para ello en el informe de la Ing. Carmen Felicia Sanmartín Arévalo (fojas 569- 573 del cuaderno de segunda instancia), quien alude a una tendencia decreciente general del mercado de los locutorios, sosteniendo que en los años 2007, 2008, 2009 y 2010, OTECEL S.A., facturó valores superiores al millón de dólares y que a partir del 2011 dicha situación decae, abarcando el informe hasta el año 2013, con ingresos en promedio de quinientos mil dólares. Sin embargo, dicho informe se presenta ambiguo en sus conclusiones, ya que sólo establece una “tendencia decreciente” general del mercado de los locutorios, pero no determina ninguna proyección de ingresos de ALOMIL, que permita contrarrestar las conclusiones realizadas por el perito Carlos Enrique Oleas Escalante, para que existiendo dos pericias (que cuantifiquen valores), aplicar eventualmente el contenido del Art. 259 del Código de Procedimiento Civil, y formarse un criterio respecto del objeto controvertido.

Al no suceder a aquello, y siendo que el perito es una persona que tiene suficientes conocimientos en la materia sobre la que informa, es correcto el análisis realizado por el juez de primer nivel, y que no ha sido desvirtuado con nuevas pericias.

Ergo, se puede colegir que el Tribunal de apelación, no tiene duda respecto a la claridad del informe y menos aún evidencia duda alguna con respecto a la tesis del perito.

Para ultimar el presente análisis, el suscrito Tribunal de cierre, hace relación a los enunciados planteados por el recurrente, quien entre otras cosas sostiene que “*Un informe pericial no es una prueba de hechos*”, que “*en la interpretación del informe, dándosele un alcance absolutamente incongruente con el deber procesal de encontrar, primeramente, acreditados los daños a través de pruebas idóneas que no se citan porque no existen*”, que “*en el presente caso no hay ningún sustento en el informe pericial*”, o que “*Pretender que un informe pericial supla el deber de probar hechos materiales como lo son los supuestos daño emergente y lucro cesante aludidos en términos absolutamente generales en la demanda, y tener tal informe como la prueba del daño, es una falta de aplicación de criterios probatorios*”; de los mismos, se evidencia que, el casacionista no desarrolla el fundamento del cargo casacional, con el carácter técnico que exige el medio de impugnación, ya que, de forma por demás abstracta, en sus declaraciones, hace relación al informe pericial de Carlos Enrique Oleas Escalante, como medio de prueba, presuntamente no valorado conforme los preceptos de los artículos 115 en su concordancia con los artículos 250, 257, 258, 262 del Código de Procedimiento

Civil, sin identificar, en concreto, cual es el yerro de falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba acusados, lo que torna a su propuesta casacional en confusa, tanto más que, lo que se verifica conforme lo indicado *ut supra*, es un debate de instancia, proscrito en sede casacional.

Al no configurarse la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba acusados, no se justifica la proposición jurídica completa para establecer la violación indirecta de la ley sustantiva, bajo el cargo de equivocada aplicación del artículo 2214 del Código Civil, en relación con la responsabilidad derivada de la comisión de un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, y la ulterior obligación de indemnización.

6.4.2) Así también, en el caso *in examine*, el recurrente, acusa que existe “*Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba como es el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia, como lo es el artículo 2.214 del Código Civil, en relación al nexo causal que se trata en el numeral 24.3 de la sentencia.*” ante lo cual, alega:

(...)5.2.2.1. Una de las primeras conclusiones a la que llegan los jueces en la valoración de la prueba del nexo causal es que, los informes fueron emitidos por OTECEL y que estos originaron una instrucción fiscal y proceso penal que - dicen ellos- es la razón fundamental del daño y ruina de ALOMIL. (...)

(...) El fallo considera que, por el hecho de que OTECEL haya entregado información a la autoridad, esto califica como una causa basal del daño. Los jueces toman como referencia la existencia de los informes que presentó OTECEL a la autoridad, pero los descontextualizan; esto es, entienden que los informes son una “prueba”, pero la valoran de manera totalmente inadecuada. (...)

en el proceso de valoración probatoria se deja de aplicar el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, pues simplemente los jueces no hacen una apreciación en conjunto de la prueba, y de esta forma dejan también de explicar todos los aspectos -o los más relevantes- relativos a la prueba que quieren aceptar como válida, esto es quién proporcionó la información; lo anterior, pues en la sentencia dictada por los jueces no existe ninguna descripción de todas las pruebas que han sido practicadas en el juicio, y que debieron ser valoradas por ellos en sentencia, en particular las que completaban lo relativo a las circunstancias de los informes.

Al proceder de esta forma los jueces no consideran, entre otras, las siguientes pruebas que las cito para que ustedes tengan una visión completa de la violación en que incurren los jueces en la valoración (pues se trata de temas relacionados con las circunstancias de quien proporcionaba los datos y que era ALOMIL), y por así disponerlo la doctrina y jurisprudencia en relación con esta causal:

- *Correo, a fojas 962, del 29 de febrero de 2008 en el que uno de los funcionarios de ALOMIL, el señor Jimmy Limones, solicita al Sr. Gustavo Guerrero, de OTECEL, la suspensión de líneas por "incontactabilidad", indicando que "las suspensiones son temporales y es hasta actualizar nuestra base de datos de clientes".*
- *Ante esto hay un oficio de OTECEL del 18 de agosto de 2008, que obra a fojas 2024, dirigido al señor Cristian Carpio, entonces Gerente General de ALOMIL, en el que, entre otros temas, dice que como se desprende del correo del 29 de febrero de 2008, "Alomil esa fecha no contaba con una base de datos actualizada de sus clientes minoristas, como era y es su obligación contractual, lo que es ajeno a Otecel"*

- *El escrito que obra a fojas 6682 del expediente, en el que el señor Horario Areco indica que las ubicaciones de los números celulares que son objeto de la denuncia, son las que están "debidamente precisadas en el expediente (fojas 12, 13)".*
- *La documentación que consta a fojas 12 y 13, es precisamente aquella que proporcionó OTECEL a la autoridad en base a la información que ALOMIL le había reportado.*
- *Y además, el informe emitido por la perito de este proceso, Ing. Jennifer Villota, (...)."*

De lo expuesto se desprende que, más allá de que la información proporcionada por OTECEL S.A. no era deliberada y premeditadamente falsa o errónea, como afirma la actora, se trata de datos que, además de haber sido proporcionados por ALOMIL, fueron exhaustivamente corroborados por la autoridad de control que fue la que presentó la denuncia, y no mi representada. (...)

Cabe señalar que la parte actora no ha actuado prueba alguna en este proceso ni siguiera para acreditar que la información que se proporcionó la haya generado OTECEL, menos aún para acreditar que haya habido dolo al emitir y proporcionar esa información (y tampoco hay culpa, pese a que esto no es la materia demandada). Es más, lo que sí hay en este proceso, es la prueba de que ALOMIL tenía la información desactualizada, y así expresamente lo reconoce en el mes de febrero de 2008, precisamente el mes de la emisión de los citados informes, como quedó acreditado en el proceso; pero los jueces nada dicen al respecto evidenciando que no valoran la prueba de manera integral.(...)

hay una diminuta argumentación respecto del hecho alegado y de la prueba que obra del proceso. No es el hecho de que tenga que presentarse información a la autoridad lo que está en juego; esa es la causa para proporcionar información a la autoridad y que justifica un aspecto del problema. Lo que interesa es que los jueces, en el fallo, nada dicen ni analizan sobre la información en sí, y el significado de que esa información no es un invento deliberado y premeditado de OTECEL sino que provenía de la misma ALOMIL (como está acreditado); y no declaran nada respecto del significado de este hecho. (...)

Entonces, en este primer análisis, estamos ante un caso en el que los jueces interpretan de manera absolutamente errada la prueba consistente en los informes, para dar a entender que son éstos la causa de un supuesto daño (y dejan implícita la idea de que la información nacía de mi representada y que ella la trastocó), pero prescindiendo de realizar el trabajo intelectual mínimo indispensable para reflexionar de la forma que he desarrollado en los párrafos previos, comprendiendo cuál es el origen de esos informes, pues de hacerlo, tendría que necesariamente haberse llegado a la conclusión de que proviniendo de la propia ALOMIL mal podría derivarse un daño para ello. No hay ninguna prueba adicional en el proceso que sustente la valoración de la prueba que hacen los jueces. (...)

Al dejar de aplicar el principio del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, no han valorado la prueba ni en su conjunto, ni en sí misma de acuerdo a los principios de la sana crítica (lo que ya he explicado, inclusive en notas de pie de página pertinentes al tema), al no observar y establecer valoraciones teniendo en cuenta instrumentos probatorios directamente relacionados con los asuntos que están observando, en este caso, con los informes presentados por mi representada. Es más, los jueces no indican cómo es que esa prueba, los informes, son los que en definitiva, ocasionan un perjuicio en la actora, lo que ha conducido a la aplicación equivocada del artículo 2214 del Código Civil (...)

5.2.2.2. *Para fines de construir el nexo causal entre una conducta del OTECEL y la supuesta ruina de ALOMIL, en el apartado 24.3. el fallo se concentra en decir que ciertos documentos que obran del proceso determinaban una gran riqueza de ALOMIL. (...)*

Lo anterior significa que los jueces van encaminándose a sacar de contexto esa prueba y evidenciar que quieren ir justificando, sin bases, lo que luego van a otorgar. Pues bien, ese instrumento que en ese párrafo se menciona, que se refiere a varios otros aspectos técnicos, no estaba dirigido a demostrar ni un daño emergente ni un lucro cesante, ni da las bases para ello. Decir que, porque ahí se habla del 14% de ventas totales a mayoristas, o de

volúmenes de ventas, significa una gran riqueza, es una verdadera tergiversación de una prueba, porque ni aquel porcentaje ni un volumen de ventas, implican necesariamente aquello, y esto es una afirmación que ni siquiera requiere explicación ni tampoco pruebas periciales; es simplemente lógica, pues son muchas las empresas con altas participaciones de mercado, y con volúmenes de ingresos importantes, que se debaten en situaciones complicadas arrojando pérdidas o pequeñas utilidades año a año. (...)

El hecho concreto de la "ruina", o la quiebra, que ni se describen en la demanda, y que los jueces ni siquiera definen y que no está demostrada (advirtiéndose que la situación de liquidación en que estaba ALOMIL, no era derivada de la tal ruina, o quiebra, sino, como está acreditado en el proceso, por otra causa), ellos la hacen derivar de la existencia del proceso penal. Pero ¿De dónde es que lo entienden? ¿Cuál es la prueba que acredita este hecho? ¿De dónde sacan la idea de que hay una ruina -no demostrada-? Pues simplemente de su inventiva, pues **no hay ningún hecho material acreditado en el proceso, que lo justifique; es decir, se inventan la existencia de un hecho jurídico, como es la quiebra o la ruina, sin prueba existente. Es más, no obra prueba en este proceso que acredite o demuestre que el proceso penal en el que ALOMIL no fue imputada, fue el motivo de su supuesta ruina, tampoco probada en este proceso.** (...)

En lo que atañe a la prueba de la riqueza -que sería la antesala de la ruina-, esta debe ser vista como una apreciación superficial del informe que consta en la transcripción anterior, porque **ventas y porcentaje de ventas a mayoristas, no es ganancia (esto es otra grave falla de valoración).** Esta valoración de los jueces implica que **no toman en cuenta los balances de la compañía ALOMIL, que sí obran de autos (fojas 1046-1049 el correspondiente al 2007; 1050-1054 el correspondiente al 2006; 1055-1059 el correspondiente al 2005), y que arrojan montos de utilidades absolutamente inferiores a la barbaridad que el perito Oleas determina, y que los jueces acogen.**

Sostener que la tal ruina -que ya vimos que no está probada- se deriva de la existencia de aquel proceso penal, es otra conclusión que constituye una violación objetiva de valoración probatoria, porque es concluir algo a partir de la nada. Ese no es un hecho demostrado en este proceso, no hay prueba o documento alguno que les permita a los jueces construir semejante hipótesis. Y así, incurren en otra grave violación en la sentencia, como lo es dar por ciertos hechos que no están probados y que los pocos documentos que se aluden en la sentencia -pese a que se mencionan a su antojo- no acreditan nada en relación a este tema.

Es decir, no hay ningún criterio valorativo adecuado de tales pruebas, por lo que, al aludirse a una ruina o quiebra, cuya prueba simplemente no consta en el proceso, se violenta el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, (...)

En conclusión de lo dicho, ninguna de las aseveraciones que se han glosado de la sentencia en este apartado 5.2.2.2. tiene una prueba actuada en el proceso (particularmente en cuanto a la ruina, y a que ésta se deriva del proceso penal) o ha sido valorada violando preceptos de valoración (como construir la hipótesis de la riqueza); y esto implica incurrir en el vicio de **falta de aplicación** de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba como es el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, pues esto ha conducido a los jueces a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia, ya que en base a ello es que aplican el artículo 2214 del Código Civil como base y sustento de su condena. Al hacerlo, esto ha sido determinante en la parte resolutive y dispositiva de la sentencia, pues es en base a esta "extraña" motivación del nexo causal, que establecen uno de los requisitos de la indemnización de daños. (...)

5.2.2.3 En el apartado 24.3., una de las consideraciones que hacen los jueces, y que los hace llegar a conclusiones erróneas, por cierto, es que mi representada habría planificado cambiar las reglas del juego para perjudicar a ALOMIL y otros mayoristas. Esta es una aseveración de la actora que sí consta en la demanda. Y qué dicen los jueces al respecto:

"ALOMIL deja entrever que OTECEL, pretendió cambiar las reglas del juego (entiéndase las cláusulas contractuales) para que se reduzca el porcentaje de ganancia por la comercialización del producto que se ofrecía en Ecuador, y ante estas discrepancias, surge las cuestiones relacionadas con posible ilícitos penal es relacionados con números telefónicos comercializados por ALOMIL S.A." (Lo resaltado y subrayado es mío)

Simplemente, señores Jueces de la Sala, no hay ninguna prueba en el proceso de que mi representada haya procedido de la forma que los jueces aseveran que procedió. Es absolutamente incorrecto, en el proceder de los jueces, hacer semejante aseveración sin que hayan podido observar prueba alguna a este respecto en el proceso, con lo cual evidentemente se incurren en las violaciones de los artículos identificadas en el encabezado de este numeral.

Lo anterior constituye el típico caso de aseverar un hecho y tenerlo como demostrado, sin que haya prueba en el proceso, y únicamente basados en supuestas alusiones de la actora al establecer en la sentencia frases como "ALOMIL da entrever que OTECEL". Sin embargo, pese a lo ligero de la observación se permiten llegar a conclusiones respecto de ello, y tales apreciaciones los hacen concluir en el apartado que comentamos que "la conducta del demandando le ocasiona al actor un perjuicio económico ...", y esto, evidentemente, los lleva a resolver la negativa del recurso de apelación, la confirmación de la sentencia del inferior, y la condena en contra de mi representada.

Lo hecho por los jueces significa inventarse pruebas que no se han actuado, lo que conlleva aplicar criterios probatorios a lo que no existe, y esto implica incurrir en el vicio falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba como lo es el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, pues esto ha conducido a los jueces a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia, ya que esto sustenta la parte resolutive del fallo. Al hacerlo, reiteramos, esto ha sido determinante en la parte resolutive de la sentencia, pues es en base a esta "extraña" motivación del nexo causal, que establecen uno de los requisitos de la indemnización de daños. Esto determina que la Sala Especializada corrija el error en el fallo que dicte, valorando correctamente las cosas, y señalando que la prueba aludida por los jueces no obra de autos (...)" (Sic)

Descrito el argumento del recurrente respecto de la supuesta falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, corresponde determinar si el mismo está dotado de sustento válido:

Prima facie, de la sentencia impugnada, se colige que el Tribunal *ad quem*, para poder determinar el nexo causal entre la conducta y el daño, justipreció la prueba, en el siguiente contexto:

"(...) 21.- En el caso examinado, tanto en primera como en segunda instancia, se han practicado las pruebas solicitadas por las partes procesales, mismas que básicamente con se carácter documental y pericial, entre las que podemos señalar: Pericia de la Ing. Jennifer Alexandra Villota Rodríguez; oficio a la Superintendencia de Compañías de Compañías, Valores y Seguros; relacionado con la denuncia No. D2015.03, y resolución No. SC.IJ.DJDL.G.09.0005973, del 29 de septiembre del 2009, por la cual se liquida en pleno derecho 28 compañías, entre las que se incluye ALOMIL; oficio a la Superintendencia de Comunicaciones, para que remita el contrato de concesión de servicio de telefonía móvil celular suscrito entre el estado ecuatoriano y la compañía OTECEL S.A., de los años 2007-2008; al Registrador Mercantil de Guayaquil, para que certifique si está inscrita la resolución N° SC.IJ.DJDL.G.09.0005973 del 29 de septiembre del 2009, por la cual se liquida en pleno derecho 28 compañías, entre las que se incluye ALOMIL; oficio al Juez de Garantías Penales, para que certifique si la compañía OTECEL S.A. fue parte en calidad de denunciante o acusador particular dentro del expediente No. 084-2008 que se siguió en el

juzgado cuarto de garantías penales del Guayas; oficio a la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, para que remita copia certificada de todo el proceso No. 09332-2014-49988 y 09307-2010-0657 iniciado por la actora en contra de CONOCEL S.A.; oficio a la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, ARCOTEL (antes Superintendencia de Telecomunicaciones-SUPERTEL); pericia de la Ing. Carmen San Martín Arévalo; inspección judicial a las instalaciones de OTECEL; pericia de Bolívar Javier Cali Muñoz; entre otros. (...)

24.3.- Nexo causal entre la conducta y el daño. Para determinar un nexo causal entre la conducta y el daño, tenemos como antecedente que la actora con el demandado suscribieron contratos para que ALOMIL realice el proceso de venta de chips mediante el sistema de locutorios, negocio que a decir de la accionante- durante los años 2006, 2007 y 2008 -, generó millonaria facturación por venta. CONECEL S.A., - una de las operadoras telefónicas del país - mediante comunicación DJYR-0126-2008, de fecha Guayaquil, 24 de enero del 2008 suscrito por el Director Jurídico Regulatorio de la referida compañía operadora, conoció la utilización de dos (2) números telefónicos: 09-127-064 y 098-112-804, en este tráfico irregular de llamadas de larga distancia, mismas que corresponden a OTECEL S.A. Que, mediante oficio denominado INFORME No. IET-016-08, de fecha 24 de enero del 2008, suscrito por el Director general de Investigación especial en Telecomunicaciones, hace conocer al Superintendente Regional de Telecomunicaciones Regional Costa de la Superintendencia de Telecomunicaciones, que “por información proporcionada por las compañías operadoras CONECEL S.A. y OTECEL S.A.,...” se habría detectado un tráfico irregular de larga distancia internacional. Esto origina que el 25 de enero del 2008 el Intendente Regional Costa de la Superintendencia de Telecomunicaciones denuncie a la Fiscalía los hechos antes referidos, organismo que con los informes recabados, mediante providencia de fecha 12 de febrero del 2008, a las 16h36, tomando en consideración las investigaciones “llevadas a efecto por los técnicos de la Superintendencia de Telecomunicaciones”, contenidas en el informe consolidado No. IET-027-2008, se habla de 167 números de teléfonos asignados por OTECEL S.A., y a su distribuidor ALOMIL S.A. Es decir, que la información remitida por OTECEL y CONOCEL y las “investigaciones realizadas por...” la Dirección General de Investigación Especial de Telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, es lo que origina el inicio de la instrucción fiscal No. 002-2008 en contra de ALOMIL S.A., ya que básicamente se sustenta en la información remitida por OTECEL, ya que bajo otras circunstancias, el análisis de la instrucción fiscal debió centrarse en contra de OTECEL, (dueña de las líneas telefónicas y MEGASANT S.A., supuesta responsable del by pass) y sólo con el inicio de la instrucción fiscal y demás investigaciones, con elementos de carácter preprocesal penal o procesal penal, el análisis de vincular a terceras personas (ALOMIL S.A.) Siendo que la denuncia que origina la investigación, presentada por CONECEL S.A., se orienta sólo a dos líneas telefónicas que pertenecen a OTECEL S.A., son los informes remitidos por OTECEL a la fiscalía los que coadyuvan al inicio de la instrucción fiscal directa en contra de ALOMIL, quedando por fuera de esta investigación OTECEL S.A. Que el informe especial de auditoría y control de fraude, denominado “REVISIÓN PROCESO DE COMERCIALIZACIÓN CON ALOMIL S.A.- NOVEDADES MAYORISTA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES”, realizado del 12-20 de febrero del 2008, OTECEL reconoce que desde agosto del 2006 contrató los servicios de la compañía ALOMIL S.A., para la intermediación comercial y reventa de servicios de telecomunicaciones, y que la facturación de ALOMIL S.A., durante el año 2007 registra facturación aproximada de \$ 5,000.000.00, lo cual representa el 14 % de las ventas totales efectuadas a Mayoristas en dicho año, concluyendo que ALOMIL hasta el 1 de febrero del 2008 “carecía de un proceso formal de comercialización y venta de tarjetas SIM cards”. Este tipo de conclusiones se dan dentro de contexto de una denuncia presentada por la Superintendencia de Telecomunicaciones, misma que fue conocida por la Fiscalía, y no antes, es decir, que las conclusiones no obedecen a una iniciativa de OTECEL para conocer cómo están operando las compañías con las cuales había suscrito contratos, sino como el resultado de denuncias e investigaciones en contra de ALOMIL, y que se originaban en una denuncia de la otra operadora que presta sus servicios en Ecuador, respecto a dos líneas telefónicas. Dentro de este contexto, es un hecho real que el inicio de la instrucción fiscal en contra de ALOMIL

S.A., *incidió negativamente en las actividades que desarrollaba la accionante en el mercado ecuatoriano de telecomunicaciones, y cuya quiebra se daba justamente con las actividades que desarrollaba para la operadora demandada, con quien había suscrito contratos y en facturación representaba el 14 % de las ventas efectuadas a mayoristas, como reconoce la demandada. En esas condiciones, era lógico que ALOMIL salga del mercado como mayorista de OTECEL, lo cual determinó su quiebra y liquidación, y que los informes presentados tuvieron el peso necesario para el inicio de la instrucción fiscal, respecto de un Mayorista como era ALOMIL, que había tenido durante los años 2006, 2007 y 2008 millonaria facturación en ventas. Debe destacarse que con los informes presentados por OTECEL, y sus conclusiones, y que son parte de la instrucción fiscal No. 002-2008, incoado en contra de ALOMIL, NO se ha podido determinar ninguna responsabilidad en contra de la accionante ALOMIL S.A., por lo que fue sobreseída definitivamente del proceso penal incoado en su contra, pero que el perjuicio ya fue ocasionado, por el cierre de sus actividades, y por ende, un lucro cesante, como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual generada por OTECEL S.A. Debe resaltarse que en un negocio como las telecomunicaciones, donde a diario se venden centenares de líneas telefónicas, y frente a una ineficiente o tardío control del órgano llamado a hacerlo, el usuario final puede darle un diferente uso a una línea telefónica, situación por la que debe responder el autor de dicha conducta y no la persona que le vendió el chip. Así, en el caso examinado, ¿a quién correspondía el control del by pass a ALOMIL (revendedora) o a OTECEL?. Siendo que frente al Estado ecuatoriano la responsabilidad recae en los que han contratado con el Estado en este caso OTECEL-, el control debía venir de ellos. Así lo entiende CONECEL que detectó que dos líneas telefónicas de la otra operadora que opera en el país (administrada por OTECEL), estaban realizando by pass, es decir, NO FUE OTECEL quien dio la voz de alarma, lo cual refuerza la posición de la accionante, respecto de la desorganización de OTECEL y los inconvenientes suscitados con ALOMIL. Esto corrobora con el hecho de que OTECEL era la obligada a detectar posibles by pass de las líneas telefónicas que comercializaba (en forma directa o a través de sus revendedores), y a suspender las líneas telefónicas que eran detectadas haciendo el by pass. Al ser la otra operadora que hace conocer esta situación, refuerza el hecho que al interior de la compañía demandada no existía un buen control interno, y que repercutía en este tipo de actividades, que como se explicó era parte del riesgo permitido en este tipo de negocio, donde se venden cientos o miles de líneas telefónicas diarias. Siendo que OTECEL y ALOMIL mantenían relaciones comerciales, y que significó que ALOMIL sea un socio estratégico en la comercialización del producto que brindaba OTECEL en Ecuador, facturación que disminuyó o dejó de hacerse, justamente por las situaciones antes analizadas. ALOMIL deja entrever que OTECEL, pretendió cambiar las reglas del juego (entiéndase las cláusulas contractuales) para que se reduzca el porcentaje de ganancia por la comercialización del producto que se ofrecía en Ecuador, y ante estas discrepancias, surge las cuestiones relacionadas con posibles ilícitos penales relacionados con números telefónicos comercializados por ALOMIL S.A. Dentro de este contexto, el Director General de Investigación Especial en Telecomunicaciones, mediante INFORME No. IET-016-08, de fecha 24 de enero del 2008, hace conocer al Superintendente Regional de Telecomunicaciones Regional Costa de la Superintendencia de Telecomunicaciones, que “por información proporcionada por las compañías operadoras CONECEL S.A. y OTECEL S.A.,...” se habría detectado un tráfico irregular de larga distancia internacional. Esto deja entrever que la información ya fue recabada por anterioridad y entregada al organismo de control, apuntando básicamente a ALOMIL como el distribuidor que vendió tales chips, lo que origina acciones penales que desencadenan en la prisión del gerente de ALOMIL, estando imposibilitado el actor de seguir operando con “normalidad”, lo que originó en definitiva un lucro cesante, cuantificado pericialmente. Es un hecho no controvertido es que OTECEL hizo conocer a CONECEL S.A., que los números desde los cuales supuestamente se estaba cometiendo un ilícito correspondían a OTECEL y que se habían activado y entregado al revendedor mayorista ALOMIL, que mantenía un contrato de reventa de servicios de telecomunicaciones suscrito el 4 de agosto del 2006. Siendo que no se cuestiona el hecho que la demandada entregó la información a los entes gubernamentales, OTECEL S.A., sostiene que informar hechos objetivos no significa actuar con malicia u otra conducta dolosa o culposa encaminada a dañar la imagen de ALOMIL, sino que ajusta su conducta a situaciones fácticas específicas y que responden a la relación*

OTECEL Estado. Sin embargo, es de destacarse que, dichos hechos fueron el sustento para el inicio de la instrucción fiscal en contra de los representantes de ALOMIL S.A., y que no logró justificarse ninguna responsabilidad penal en contra de ellos, por lo que se dictó el sobreseimiento definitivo; pero la conducta del demandado le ocasiona al actor un perjuicio económico, conforme a lo determinado por el informe pericial que obra de autos, y analizado ut supra.(...)” (Sic)

Del texto transcrito, se avizora que el *ad quem*, realizó la valoración integral de la prueba aportada por los legitimados, en consecuencia, el nexo causal derivó de dicha justipreciación, de lo cual se colige que se ha aplicado efectivamente la sana crítica, cumpliéndose con lo establecido en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y producto de dicho análisis deductivo, los jueces determinaron como los informes elaborados por OTECEL S.A. condujeron a la situación de ruina aludida por ALOMIL S.A., en el contexto de su demanda.

El recurrente al sostener el cargo casacional, afirma que *“El fallo considera que, por el hecho de que OTECEL haya entregado información a la autoridad, esto califica como una causa basal del daño. Los jueces toman como referencia la existencia de los informes que presentó OTECEL a la autoridad, pero los descontextualizan; esto es, entienden que los informes son una “prueba”, pero la valoran de manera totalmente inadecuada”*; y, bajo un análisis extremadamente subjetivo y ambiguo, arriba a la conclusión de que *“se evidencia que en el proceso de valoración probatoria se deja de aplicar el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, pues simplemente los jueces no hacen una apreciación en conjunto de la prueba, y de esta forma dejan también de explicar todos los aspectos -o los más relevantes- relativos a la prueba que quieren aceptar como válida, esto es quién proporcionó la información; **lo anterior, pues en la sentencia dictada por los jueces no existe ninguna descripción de todas las pruebas que han sido practicadas en el juicio, y que debieron ser valoradas por ellos en sentencia, en particular las que completaban lo relativo a las circunstancias de los informes.**”*; de estos enunciados, se devela nuevamente un error en el planteamiento del medio de impugnación, pues no se delimita apropiadamente cual es el precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba que se ha dejado de aplicar, y por el contrario, se evidencia de la valoración probatoria, que se han cumplido con los presupuestos normativos del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil; ergo, los argumentos se traducen en una mera inconformidad con el ejercicio valorativo realizado por el Tribunal *ad quem*, por lo cual, la propuesta casacional deviene en estéril, más aún, si se toma como referente lo establecido por la jurisprudencia sobre este punto:

“...el fallo de última instancia es inatacable por existir una mera discrepancia entre el método de valoración de la prueba utilizado por los juzgadores de última instancia y el criterio que según el recurrente debió utilizarse, pues la valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, a menos de que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar una decisión absurda o arbitraria. La Sala considera que, si en la apreciación de la prueba el juzgador contradice las reglas de la lógica, el fallo se halla incurso en causal de casación, compartiendo el criterio expresado por Ulrich Klug, en su obra “Lógica Jurídica” (Bogotá, Temis, 1990, p. 203), quien dice: “El que, en desacuerdo con las circunstancias fácticas tal como ellas fueron

establecidas, ataca la apreciación que de la prueba hizo el Tribunal, plantea una cuestión sobre los hechos, que no es susceptible de revisión”⁴⁴

El presente Tribunal de Casación, no tiene atribuciones para hacer una nueva valoración de la prueba, que fue evacuada en la primera y segunda instancia, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no normas de derecho concernientes a esa valoración, particular que del planteamiento realizado por el recurrente, no se evidencia; sobre este punto, esta Alta Corte ha indicado:

“la valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones hechas tanto por el actor como por el demandado, en la demanda y la contestación a la demanda, respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia y deben hacerlo aplicando, como dice la ley, las reglas de la sana crítica, o sea aquellos conocimientos que acumulados por la experiencia y que, en conformidad con los principios de la lógica, le permiten al Juez considerar a ciertos hechos como probados. El Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer una nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si tal violación ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia”⁴⁵

El artículo 3 de la Ley de Casación establece los casos en los que podrá fundarse el recurso de casación, así encontramos la causal tercera, la cual ha sido desarrollada por el impugnante, sin embargo, del contenido de la norma se puede dilucidar que al momento en que el Juez de instancia, aplica indebidamente los preceptos jurídicos ajustables a la valoración de la prueba o los interpreta erróneamente, o simplemente no los aplica, de forma indirecta está violando las normas sustantivas de derecho, de estos yerros nace la legitimación para interponer el recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia; sin embargo, de todo el planteamiento realizado por el recurrente, no se observa que se desarrolle apropiadamente el precepto normativo, aplicable a la valoración de la prueba, cuya falta de aplicación se acusa; por el contrario, se observa una crítica al ejercicio valorativo realizado por el Tribunal de instancia, sin sustento; sobre el tema, la Ex Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, que se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, plantea una de las cuestiones más debatidas en el ámbito de la casación, puesto que uno de los principios básicos que rigen este recurso es dejar a la soberanía de los jueces de instancia el examen de los hechos, limitando de esta manera la capacidad jurisdiccional de los tribunales de Casación. Sin embargo, también la doctrina admite, y la ley ha recogido este criterio precisamente en esta causal, que el Tribunal de Casación sí puede revisar la apreciación que los jueces de instancia hayan hecho de la prueba, si al hacerlo han violado los preceptos jurídicos que rigen esta actividad valorativa. Así ocurre, por ejemplo, cuando los jueces han fundado su resolución en pruebas incorporadas o actuadas en contravención de normas expresas, o han dado valor a pruebas no admitidas en nuestra legislación, o no

⁴⁴ Resolución N°. 72-2002 de 23 de agosto de 2002, juicio 26-2002 (Villalva vs Zurita) R.O. 666 de 19 de septiembre de 2002.

⁴⁵ Primera Sala, Corte Suprema de Justicia: Resolución No. 48-2003 de 17-II-2003, Registro Oficial No. 66 de 22-IV-2003.

han aplicado disposiciones que en forma explícita conceden determinada eficacia probatoria a ciertas pruebas o las niegan a otras, etcétera. Igualmente los tribunales de Casación corregirán a los jueces de instancia cuando estos han cometido los errores de suposición o preterición de prueba; es decir, en el primer supuesto, cuando se da por acreditado un hecho sin que exista prueba legalmente válida de tal hecho; o, en el segundo supuesto, cuando no se da por acreditado un hecho a pesar de constar en el proceso prueba idónea de su existencia”⁴⁶

De lo manifestado, se concluye que las atribuciones del Tribunal de Casación están encaminadas a controlar o fiscalizar que en la valoración de la prueba realizada por el juez de instancia, no se haya violado las normas de derecho positivo que regulan la valoración de la prueba; en el caso en cuestión, se evidencia que el recurrente no ha delimitado apropiadamente las normas de derecho de valoración de la prueba que, a su juicio, han sido transgredidas; *a contrario sensu*, únicamente plantea su inconformidad respecto al ejercicio valorativo de la prueba, y procura una nueva justipreciación probatoria a su medida, a tal punto que en sus enunciados cita un catálogo de pruebas para que este órgano jurisdiccional las evalúe nuevamente, por lo cual, el argumento planteado no prospera; como consecuencia de lo esgrimido, no se afianza la violación indirecta del artículo 2214 del Código Civil.

6.4.3) Como último argumento para sostener el cargo casacional, el recurrente, acusa que existe *“Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba como es el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 297, 121, 164 y 175 del Código Procedimiento Civil, lo que ha conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia, como lo es el artículo 2.214 del código civil, en lo que atañe a darle valor probatorio a un proceso penal y a su sentencia”*, ante lo cual, el casacionista, afirma:

*“(…) Los jueces han declarado en varios numerales de su fallo, que los informes que entregó mi representada, dieron origen a una instrucción fiscal, que, dentro de ese proceso -que se derivó de ella- se ordenó la prisión de los administradores de ALOMIL, y que la sentencia que se dictó en ese proceso, tomando en cuenta los informes, dejó establecida la desorganización de mi representada. **Es decir, tomando como referencia aquel proceso penal y la sentencia dictada en ese proceso, además de tenerla en cuenta para el plazo de prescripción (entre otros, numeral 17), la evalúan como prueba del nexo causal y del daño, dándole una connotación valorativa que no la tiene ni la puede tener.** Con ello, violenta un claro principio procesal, como es el del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil. (…)*

No hay duda de que los jueces están haciendo derivar un efecto de aquella sentencia en contra de mi representada. Para ellos, la sentencia dictada en aquel juicio penal, que declara que había algún tipo de desactualización en la información, y que sobreyó a los administradores de ALOMIL (no a ALOMIL) les da bases para sostener que está demostrado que mi representada actuó con algún tipo de responsabilidad, y que por ende debe responder. Es decir, la base y sustento fundamental resulta ser la existencia del proceso penal y la sentencia dictada en el mismo.

*Al hacer aquello, los jueces no consideran que **mi representada no fue parte de ese proceso penal en forma alguna;** no tuvo oportunidad de saber y conocer los por menores de ese proceso, esto es, cómo se actuaron las pruebas, y el porqué de la resolución a la que llegan los jueces. Es decir, se trata de un proceso absolutamente ajeno a mi representada **pero***

⁴⁶ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 165 de 17 junio de 2003, R.O. 147, 14-de agosto de 2003.

***cuyas circunstancias se le quieren aplicar.** Tanto es así, que se le quieren aplicar, que se prescinde de comprender que en este proceso civil no hay ninguna prueba aportada por ALOMIL respecto a los hechos que afirma (y esto es muy importante: **ALOMIL ha creído que puede probar cosas respecto de mi representada por la vía de invocar un proceso penal en el que OTECEL no fue parte; es decir: No conoció las actividades procesales y no las pudo aceptar o impugnar**), sino que pretende justificarlos con las copias del proceso penal y en mayor medida, con la sentencia dictada en este. Es decir, los jueces lo aceptan como documentos probatorios, justificativos de lo que la actora y ellos aseveran.*

Pero al proceder de esta manera, los jueces, de manera ilegal, dejan del lado el principio del efecto relativo de los procesos y sus fallos, que indica que éstos solo atañen a quienes intervienen en ellos; principio que es de recibo en nuestra legislación, no en vano el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil establece: (...)

Pero además es importante que tengan ustedes presente, como principio complementario al anterior del efecto relativo de los procesos y sentencias, el desarrollo de las nociones de inoponibilidad. La noción de inoponibilidad, muy conocida en el mundo del derecho, se desarrolló para hacer comprender que aquellos actos en los que no interviene una persona, les son inoponibles; es decir, carecen de efecto jurídico respecto de ella; cualquier situación jurídica que pueda haber surgido en aquel acto, no tiene eficacia respecto de quien no fue parte de esa relación. Lo contrario es la oponibilidad, es decir, cuando un cierto acto jurídico puede oponerse ante un tercero y hacerlo valer ante él, porque hay razones para ello.

*En el presente caso, más allá de la normal y lógica consecuencia de que los procesos y sus sentencias sólo tienen efecto relativo respecto a las partes que intervinieron en él, cualquier acto, decisión, o documento derivado de la facultad decisoria de ese proceso, **le es inoponible a un tercero que no participó en él. Es simplemente inútil intentar hacérselo extensivo; y si un juez pretende hacerlo, ese juez está violando flagrantemente principios elementales del derecho.***

Respecto al efecto relativo de las sentencias y los procesos, la Corte Suprema de Justicia, ahora Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado en múltiples de sus resoluciones indicando, como no puede ser de otra forma, que la sentencia no produce efectos para quienes no hayan intervenido en la litis, pues ésta no ha podido hacer uso del derecho a la defensa: (...)

Por lo tanto, es evidente que los jueces han dejado de aplicar el claro efecto del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil para que ilustre su criterio -su sana crítica- en el proceso de valorar la prueba de manera adecuada, pues no ha considerado que ese proceso penal en el que OTECEL no fue parte, y la sentencia, no le son oponibles a mi representada, y, sin embargo, todo el sustento del supuesto nexo causal lo hacen derivar de la "prueba" de aquel proceso penal.

*Cabe señalar, además, que la aceptación de esa prueba (la sentencia del proceso penal) no está contemplada entre las que se mencionan en el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil. Además, no está de más precisar, que aquella supuesta prueba consta en un documento que no es un instrumento público de los que se aluden en el artículo 164 del citado Código; y no califica como compulsas o copias en los términos del artículo 175 ibídem, **pues a mí representada, que no ha sido parte en ese proceso, nadie la notificó con algo en relación con esa documentación que atañe a ese juicio.** De manera tal que nada de lo que haya en ese expediente procesal puede ser utilizado a título de prueba en este proceso, y por eso, esa prueba quedó debidamente impugnada.*

Y más allá de lo dicho en el párrafo previo, la existencia de esos documentos del proceso penal no implica que la actora haya probado que estos fueron elaborados deliberada y premeditadamente para causarle daño, y menos aún puede aceptarse cualquier cosa que los jueces, en aquel caso, hayan opinado sobre la conducta de mi representada.

En conclusión de lo indicado al desarrollar este cargo, es evidente que los jueces al darle valor probatorio a la sentencia de aquel proceso, o a piezas del mismo, no han aplicado los preceptos jurídicos de valoración de prueba, entre esos, los artículos 115 que atañe a la sana crítica (lo que ya he explicado, inclusive en notas de pie de página pertinentes al tema), que además de permitir valoraciones propias por parte del juez, le permite complementarlas con las disposiciones de otros artículos relativos a la materia, como son los artículos 297, 121, 164 y 175 del Código de Procedimiento Civil, y que, junto con la lógica, les hubiese permitido una mejor valoración de esta prueba y desestimarla como tal; el no hacerlo los ha conducido a la indebida aceptación de la existencia de un supuesto nexa causal, y con ello a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia, ya que en base a ello es que aplican el artículo 2214 del Código Civil, único artículo que en definitiva utilizan los jueces, como base y sustento de la condena. (...)

Del contenido de la propuesta casacional, se extrae las normas cuya falta de aplicación se acusa, y son las siguientes:

Código de Procedimiento Civil:

“Art. 297.- La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho. (...)”

“Art. 121.- Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes.

Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema”.

“Art. 164.- Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.

Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente”.

“Art. 175.- Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no se dan por orden judicial y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquélla contra quien se quiere hacer valer la compulsas.

Los poderes no están sujetos a esta disposición.

Tampoco hará fe la escritura referente sin la referida, ni la accesoria sin la principal; pero si ésta o la referida se hubiere perdido en un incendio, terremoto, robo, etc., la referente o la

accessoria hará fe en los capítulos independientes de aquélla; y en los demás, sólo se considerará como un principio de prueba por escrito”.

A su vez, la norma sustantiva cuya violación indirecta se acusa es:

Código Civil:

“Art. 2214.-El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

6.4.3.1) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de falta de aplicación de los artículos 297, 121, 164 y 175 del Código Procedimiento Civil.

Conforme lo indicado *ut supra*, **la falta de aplicación** de la ley, en el caso 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas atinentes a preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, cuya observancia era exigible, y que de haberlo hecho, dicha situación, por efecto, determinaba la aplicación real y correcta de las normas de derecho sustantivo en la sentencia.

6.4.3.2) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen el medio de impugnación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto:

De la revisión de la causal interpuesta, se avizora que el núcleo del argumento, radica en el cuestionamiento a una prueba documental concreta: las copias certificadas del proceso penal que contiene la instrucción fiscal No. 002-2008, el mismo que concluyó con un auto de sobreseimiento a favor de los personeros de ALOMIL S.A., ratificado en segunda instancia; *prima facie*, se singulariza el medio de prueba en el cual, según la propuesta impugnatoria, se dejó de aplicar los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

6.4.3.3) Ahora bien, en torno a la presunta falta de aplicación del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, dicha norma establece que la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho.

La norma invocada no constituye un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, *a contrario sensu*, la misma se halla en la Sección 8ª del Código de Procedimiento Civil, relativa a las sentencias, autos y decretos, en torno a los distintos actos jurisdiccionales que emite el Juez, por lo cual, la naturaleza jurídica de la norma acusada como violada, dista de ser una de aquellas que regulan la actividad probatoria; por otra parte, del medio de prueba observado por el recurrente, no se establece la existencia de

ninguna sentencia, sino, de un auto de sobreseimiento, cuya naturaleza es distinta, razón por la cual, el precepto mencionado no es pertinente para la adecuada formulación de la propuesta casacional; ergo, el cargo aludido deviene en impreciso y estéril.

6.4.3.4) Por otra parte, en relación a los otros cargos planteados, desde la órbita del régimen procesal aplicable al caso, la sección séptima, del Código de Procedimiento Civil, hace relación a la prueba; así, las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos. Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema (artículo 121 del Código de Procedimiento Civil).

A la vez, el párrafo segundo de la sección invocada, establece las reglas aplicables a los instrumentos públicos; ergo, instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente (artículo 164 del Código de Procedimiento Civil); por otra parte, las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no se dan por orden judicial y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsas. Los poderes no están sujetos a esta disposición. Tampoco hará fe la escritura referente sin la referida, ni la accesoria sin la principal; pero si ésta o la referida se hubiere perdido en un incendio, terremoto, robo, etc., la referente o la accesoria hará fe en los capítulos independientes de aquella; y en los demás, sólo se considerará como un principio de prueba por escrito (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil).

Explicado lo anterior, el cuestionamiento, encaminado a sostener la falta de aplicación de los artículos 121, 164 y 175 del Código de Procedimiento Civil, planteado en la propuesta casacional, adolece de serias imprecisiones, ya que el recurrente procura que el Tribunal de Casación valore el medio de prueba cuestionado (copias certificadas del proceso penal que contiene la instrucción fiscal No. 002-2008, el mismo que concluyó con un auto de sobreseimiento a favor de los personeros de ALOMIL S.A., ratificado en segunda instancia), estableciendo su pertinencia, conducencia y utilidad, para el conflicto judicializado, actividad proscrita en sede casacional.

A la vez, el recurrente procura cuestionar la legalidad del medio de prueba aludido, frente a ello, es de relevancia invocar el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, el mismo que establece que ***“Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos***

públicos, o sea todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, como los (...) decretos, mandatos, (...) u otras providencias expedidas por autoridad competente; las certificaciones, copias o testimonios de una actuación o procedimiento gubernativo o judicial, dados por el secretario respectivo, con decreto superior, (...) y otras actuaciones de los funcionarios y empleados del Estado de cualquiera otra institución del sector público; (...) El instrumento público agregado al juicio dentro del término de prueba, con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho juicio”; ergo, sobre la base de la garantía normativa invocada, se entiende, se justipreció el medio de prueba señalado por el recurrente, razón por la cual, la acusación atinente a la falta de aplicación de las normas acusadas, adolece de debida fundamentación y demostración, y sobre todo trascendencia, tanto más que, el impugnante, únicamente plantea su inconformidad respecto al ejercicio valorativo de la prueba, y procura una nueva valoración probatoria a su medida, por lo cual, el argumento planteado no prospera; como consecuencia de lo esgrimido, no se afianza la violación indirecta del artículo 2214 del Código Civil.

En conclusión el Tribunal *ad quem* en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, justipreció las pruebas aportadas por las partes, sin haber violado normas de derecho concernientes a esa valoración, así mismo, dicha cuestión no ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia.

6.5) Estudio de la causal primera prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación, en relación con el argumento planteado por el recurrente.

La causal elegida, por el recurrente, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem*, es la establecida en el artículo 3 numeral 1 de la Ley de Casación, cuyo tenor es el siguiente:

Art. 3.-Causales.-El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: (...)
Ira. 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”.

Esta Alta Corte, ha delimitado el cargo objeto de análisis, en el siguiente contexto:

“El recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de la materia no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotético contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar

el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distintas a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(...)”⁴⁷

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo casacional elegido (*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (*debida fundamentación y demostración*)
- La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, debe haber sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

6.5.1) En el caso *in examine*, *prima facie*, se establece que, al plantear el cargo casacional, el recurrente, invoca la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, la cual contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutive⁴⁸, ante lo cual esta Alta Corte ha señalado:

“...se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente”⁴⁹

6.5.2) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien señala y acusa lo siguiente:

⁴⁷ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más..

⁴⁸ Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Editorial Andrade & Asociados Quito, 2005

⁴⁹ Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 1999

“Errónea interpretación del artículo 2.235 del Código Civil, en relación con la prescripción.

Errónea interpretación del artículo 379 de la Ley de Compañías, en relación con la falta de legitimación para la causa atribuible a la compañía Alomil S.A. "En Liquidación", dado su estado de liquidación.

Indebida aplicación del artículo 2214 del Código Civil, íntimamente relacionada con la falta de aplicación de los artículos 29, 1475 y 2184 del Código Civil en relación con la modificación indebida que hacen los jueces pretendiendo juzgar a mi representada por culpa cuando la imputación en la demanda fue por dolo.

Falta de aplicación de los artículos 564, 568, 594, 595, 596, 597, 1592 y 2184 del Código Civil, en relación con la falta de derecho y de legitimidad de Alomil S.A. "En Liquidación" para reclamar, como propios, derechos que no le corresponden”.

Frente al cúmulo de acusaciones propuestas, en relación con el sinnúmero de normas invocadas, y cargos planteados, el suscrito Tribunal, procede con el análisis singularizado de cada enunciado:

6.5.3) Estudio del cargo de errónea interpretación del artículo 2.235 del Código Civil, en relación con la prescripción.

La norma cuya errónea interpretación se acusa, es la descrita en el artículo 2.235 del Código Civil, cuyo tenor establece:

“Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto”

El casacionista afirma en su fundamentación, lo siguiente:

“Para abordar el delicado tema de la prescripción, el fallo empieza por invocar los artículos 2414 y 2235 del Código Civil, es decir, los jueces saben que esos artículos existen. Pero; ¿Qué dicen al respecto?

“En el caso examinado, estamos ante una excepción perentoria como es la prescripción extintiva, conforme al Art.2414 ibídem, que dispone: “La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”. “En la especie, Art 2235 del Código Civil establece que “Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto” (Título XXXIII: DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS)”

Y luego de hacer la cita de estos artículos, el fallo simplemente procede a decir lo siguiente:

“Al respecto, este tribunal observa que los informes- que a criterio del accionante fueron elaborados con datos errados y falsos, con los cuales causó daño al prestigio, buen nombre, crédito, fama y reputación de Alomil S.A., y consecuentemente la ruina total del negocio, ante la pérdida de su clientela que no quería vincularse comercialmente con una empresa que estaba siendo investigado por un supuesto fraude o delito de telecomunicaciones-, son los que sirven como fundamento para el inicio de investigaciones, denuncia, inicio de un proceso penal, que desembocó en que se haya ordenado la prisión preventiva del accionante y que finalmente la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas haya el 07 de

octubre del 2009 CONFIRMADO el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados”

Para luego de ello, arribar a una conclusión o resolución al expresar:

“Siendo esta decisión judicial que en definitiva concluye que los hechos no constituyen delito, es a partir de esta fecha (07de octubre del 2009), la que debe considerarse para contabilizar los cuatro años para que opere la prescripción, por lo que no habiendo transcurrido dicho tiempo hasta el 24 de enero del 2013 (fecha de citación de la demanda), la excepción planteada deviene en improcedente”.

Es decir, no siendo lo dicho en las líneas previas una hipótesis que esté contemplada expresamente en el artículo 2235 (que es el especial para el caso), la aseveración de los jueces es una interpretación de esa norma, en particular cuando dice “contados desde la perpetración del acto”. Lo anterior significa que, para ellos, el hecho de que exista una sentencia judicial que se refiere al acto de mi representada, sería lo que constituye “la perpetración del acto”, y que desde ahí debe contarse el cuatrienio. Aquello constituye una flagrante errónea interpretación de los artículos que transcribe el fallo en este punto y, en particular, del artículo 2235 del Código Civil.

En efecto; en el párrafo últimamente transcrito los jueces evidentemente consideran que la interpretación correcta de la norma (art. 2235) para este caso, es que la decisión judicial de sobreseimiento es el hito o acto inicial que permite contabilizar los cuatro años. Al hacer esto, están dándole a la disposición del citado artículo, un alcance que éste no tiene en su texto, y que es, por ende, derivado de una construcción de los jueces. (...)

Al menos el juez de primera instancia, se inventó el argumento antojadizo del “daño continuado”; pero los jueces de la Corte Provincial ni eso hicieron. Esto significa que, simplemente, reconocen que existen los artículos, y entre ellos el 2235, pero lo interpretan erróneamente pese a que este es sumamente claro cuando dispone que el plazo de prescripción se cuenta desde que se perpetró el acto.

La prescripción, en una correcta y libre interpretación, es el transcurso del tiempo desde un hito o acto. Este hito o acto lo describe- en este caso- la ley; y esta dice que es “desde la perpetración del acto”. Entonces la pregunta que debieron hacerse los jueces es simple: ¿Cuándo se perpetró el acto? Y siendo el caso de que los jueces reconocen que “los informes (...) son los que sirven como fundamento para el inicio de investigaciones, denuncia, inicio de un proceso penal...”, y siendo este el acto que reconocen como supuesta causa, y siendo evidente que reconocen que el último informe presentado por mi representada es de febrero del 2008, ya que no atinan a mencionar ningún otro informe posterior a esa fecha, esa sería la conducta relevante de acuerdo con el artículo 2235, pues esa conducta determina la perpetración del acto del cual mi representada, hipotéticamente, sería responsable. No hay otras conductas de mi representada; y pretender que la conducta sea una calificada por una sentencia de un proceso en el que ella no participó, es algo ajeno a la norma que se invoca. El artículo 2235 del Código Civil habla de “perpetrar” que es su aceptación gramatical corresponde al verbo “Cometer, consumir un delito o culpa grave”; lo que indica una acción con el consiguiente efecto, y esa acción es la que debe atribuirse al agente: él es el que la perpetra.

Los informes presentados en febrero del 2008- bajo la hipótesis de que se les pueda atribuir ser doloso, como lo afirmó la actora en su demanda- serían la perpetración del acto subsumido en el artículo 2235 del Código Civil, de manera que, invocar este artículo y darle un sentido distinto, implica una errónea interpretación de una norma muy clara (...).(Sic)

De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **errónea interpretación de la ley**, el mismo, opera cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso concreto, le da un

sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal, soslayando el ámbito teleológico de la norma cuestionada.

El autor Jorge Carrión Lugo explicando esta causal señala:

“Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla”⁵⁰.

Per se, la errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juzgador al dar desacertadamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador, que utiliza para resolver la controversia judicial⁵¹.

La errónea interpretación que se acusa, versa sobre el artículo 2.235 del Código Civil, el mismo que determina que las acciones que concede el Título de los delitos y cuasidelitos, por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto, garantía normativa atinente a la institución jurídica de la prescripción.

Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen la casación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, el respecto, se analiza lo siguiente:

Conceptualmente, para Juan Larrea Holguín, *“La prescripción es un modo de adquirir, pero también un modo de extinguirse las acciones y sus derechos”⁵².*

El Libro Cuarto del Código Civil, intitulado *“De las obligaciones en general y de los contratos”*, contiene una serie de definiciones, aspectos relacionados con los actos y declaraciones de voluntad; las obligaciones; una gama de contratos, los efectos de las obligaciones, etc.; en el tema que nos ocupa, el Título XL del libro invocado, desarrolla la institución jurídica de la prescripción; el Parágrafo 1º, hace relación a la prescripción en general; así, la misma, es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción (artículo 2392 del Código Civil).- El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El juez no puede declararla de oficio. (artículo 2393 del Código Civil).- Por su parte, el Parágrafo 3º, desarrolla reglas de la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales; así, la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible (artículo 2414 del Código Civil).- Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias (artículo 2415 del Código Civil).- La acción ejecutiva se convierte en

⁵⁰ Jorge Carrión Lugo, *El Recurso de Casación en el Perú, Volumen I*, Segunda Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 218.

⁵¹ Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2558. (Quito, 20 de enero de 1998)

⁵² Juan Larrea Holguín, *Manual Elemental de Derecho Civil Ecuador*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 1998, Pags. 297 – 298.

ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco. La acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden. Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho. La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. Se interrumpe civilmente por la citación de la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el Art. 2403.- El Parágrafo 4º, desarrolla garantías normativas sobre ciertas acciones que prescriben en corto tiempo; ergo, prescriben en tres años los honorarios de abogados, procuradores; los de médicos y cirujanos; los de directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros; y en general, de los que ejercen cualquiera profesión liberal, y siempre que no estén comprendidos dentro de las disposiciones del Código del Trabajo (artículo 2421 del Código Civil).

Así mismo, dentro de la estructura normativa del Código Civil, se establecen garantías normativas atinentes a la prescripción, en el caso objeto de estudio, es de relevancia invocar el artículo 2.235 del Código invocado, el mismo que determina que, las acciones que concede el Título de los delitos y cuasidelitos, por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.

Por otra parte, es preciso identificar que en materia de prescripción rige el principio *actioni non natae non praescribitur*, de modo que, si la acción aún no nace, no es posible comenzar a computar su prescripción. En este sentido, hacer correr la prescripción desde el hecho causal, antes que se produzca el daño, implicaría que bien podría terminar el plazo aún antes que la víctima hubiere podido accionar,⁵³ por lo que el raciocinio realizado por el Juez de Primera Instancia (invocado en función del principio de inescindibilidad), al identificar que “*el hecho o acto dañoso es continuado y no es cierto que deba ser considerado desde la simple fecha de presentación de dos informes por parte de la empresa demandada, (...) sino que habría empezado a correr desde que quedó en firme el auto de sobreseimiento emitido a favor de los imputados, en el caso que nos ocupa, el representante legal de la compañía Alomil S.A., señor Horacio Areco Pérez, fecha desde la cual recién estuvo en capacidad de discernir que la conducta de la empresa demandada podría haber sido dañosa en su contra*”, es adecuado al caso, y así también el pronunciamiento del *ad quem* en la sentencia examinada, en la que se establece:

“(...) En la especie, Art. 2235 del Código Civil establece que “Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto” (Título XXXIII: DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS).

El demandado refiere que los informes en que se sustenta el supuesto daño irrogado a ALOMIL, data del 18 de febrero del 2008 (primer informe) y entre el 12 y 20 de febrero del 2008 (segundo informe) hasta la citación al demandado (24 de enero del 2013), han transcurrido más de cuatro años y por ende, ha prescrito la acción, en los términos del Art. 2414 del Código Civil.

Al respecto, este tribunal observa que los informes - que a criterio del accionante fueron elaborados con datos errados y falsos, con los cuales causó daño al prestigio, buen nombre,

⁵³ Ramón Domínguez Águila, Inicio de la Prescripción en caso de Cuasidelito Civil, Rev. derecho (Concepc.) vol.88 no.247 Concepción jun. 2020.

crédito, fama y reputación de Alomil S.A., y consecuentemente la ruina total del negocio, ante la pérdida de su clientela que no quería vincularse comercialmente con una empresa que estaba siendo investigada por un supuesto fraude o delito de telecomunicaciones-, son los que sirven como fundamento para el inicio de investigaciones, denuncia, inicio de un proceso penal, que desembocó en que se haya ordenado la prisión preventiva del accionante y que finalmente la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas haya el 07 de octubre del 2009 CONFIRMADO el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados.

Siendo esta decisión judicial la que en definitiva concluye que los hechos no constituyen delito, es a partir de esta fecha (07 de octubre del 2009), la que debe considerarse para contabilizar los cuatro años para que opere la prescripción, por lo que no habiendo transcurrido dicho tiempo hasta el 24 de enero del 2013 (fecha de citación al demanda), la excepción planteada deviene en improcedente (...)".

Lo enunciado guarda relación además, con lo expresado por esta Alta Corte, que en torno al daño continuado y la prescripción, ha expresado:

"(...) Este tribunal de casación, considera pertinente establecer que, en casos concretos como el presente, en el que, en secuencia de tiempos y acontecimientos se produce un daño continuado, el plazo de prescripción establecido en el artículo 2235 del Código Civil debe contarse desde que se produjo el último de los hechos dañosos, plasmado en la manifestación material de los efectos de todos los diagnósticos e intervenciones médicas en la víctima y la repercusión de aquellos en su vida, efectos exteriorizados, en este caso, en agosto del año 2014. Este mismo tribunal con voto unánime ha dejado sentado el criterio de que el tiempo para que opere la prescripción se cuenta a partir de que ha cesado el hecho dañoso.

Respecto al daño continuado el Tribunal de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha señalado "El último -daño continuado-, es el que se materializa a través del tiempo, es decir, el que no se configura en un solo momento, sino que se exterioriza durante cierto lapso de tiempo, independientemente de que la causa que lo provoca sea instantánea o igualmente continuada." (SC016- 2018 Radicación n.º 11001-31-03-010-2011-00675-01 Bogotá, D. C., veinticuatro de enero de dos mil dieciocho 2018) (España TS 1896-2011, 373/2005; núm. 454/2016, núm. 45/2017, TS num. 538/2015, entre otras, que concuerdan en señalar que en los casos de daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción hasta la consolidación del definitivo resultado (...)"⁵⁴

En función del principio de la obligatoriedad de administrar justicia, establecido en el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se deben limitar a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República. No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia. Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.

⁵⁴ Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, de 13 de noviembre de 2019, las 10h23, Juicio No. 17312-2014-0990.

En virtud del principio invocado *ut supra*, sobre todo lo atinente a que los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, sirven para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia, se avizora que lo esgrimido por el *a quo* y el *ad quem*, respecto de la prescripción, no es un invento, ya que, “la doctrina además, ha logrado identificar tres clases de daño (...) que encierran a estas definiciones generales: así Torralba, señala los siguientes: 1. Daño continuado o de producción sucesiva. 2. Daños sobrevenidos. 3. Daños permanentes o duraderos. De estas clases, hay que entender que, el daño continuado o de producción sucesiva, se identifica como aquel que logra producirse, día a día, ello, es el resultado de una actividad dañosa continua, pero: “Para que exista daño continuado, es necesario que el perjudicado lo esté sufriendo realmente a diario”. Por su parte, el autor menciona del segundo tipo de daño, esto es, los daños sobrevenidos, son aquellos que consiguen manifestarse luego de que transcurre cierto espacio de tiempo, es decir: “Después de la causa que llegó a producirlos”. Respecto de los terceros, esto es, los daños permanentes o duraderos, el autor los define como aquellos que se produjeron en un determinado tiempo, cuyos efectos tienden a durar un largo tiempo, inclusive menciona que por la duración o prolongación puede llegar a agravarse. Por todo lo manifestado, es que se ha configurado la figura de indemnización, o reparación (...).”⁵⁵

Por lo cual una vez revisado el ejercicio argumentativo del Tribunal de apelación, no se identifica una errónea interpretación del artículo 2.235 del Código Civil, en relación con la prescripción, ya que, este tribunal de casación, considera pertinente establecer que, en casos concretos como el presente, en el que, en secuencia de tiempos y acontecimientos se produce un daño continuado, el plazo de prescripción establecido en el artículo 2235 del Código Civil debe contarse desde que se produjo el último de los hechos dañosos, plasmado en la manifestación material de los efectos producidos, conforme lo indicado por el *ad quem*; ergo, se evidencia por tanto que si bien es cierto, en la propuesta casacional, se ha cumplido con el principio de taxatividad y autonomía, no se ha demostrado, de forma lógica, clara, completa y exacta, la trasgresión acusada, por lo cual no se cumple con el principio de debida fundamentación y demostración; ergo, se declara improcedente lo argumentado por el recurrente, en relación a este cargo.

6.5.4) Estudio del cargo de errónea interpretación del artículo 379 de la Ley de Compañías.

El casacionista argumenta que existe, errónea interpretación del artículo 379 de la Ley de Compañías en relación con la falta de legitimación para la causa atribuible a la compañía Alomil S.A. “En Liquidación”, dado su estado de liquidación; en este sentido, la norma acusada es la siguiente:

“Art. 379.- Durante la liquidación el o los administradores están prohibidos de hacer nuevas operaciones relativas al objeto social. Si lo hicieren serán personal y solidariamente responsables frente a la sociedad, socios, accionistas y terceros, conjuntamente con quienes ordenaren u obtuvieren provecho de tales operaciones, sin perjuicio de su responsabilidad civil y penal, en los términos del artículo 560 del Código Penal.”

⁵⁵ Torralba, P. (2014). Daños permanentes, continuados y sobrevenidos. Disponible en: <http://academicae.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/11264/torralba69066.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

Mientras no se inscriba el nombramiento de liquidador, continuarán encargados de la administración quienes hubieran venido desempeñando esa función, pero sus facultades quedan limitadas a:

- 1. Realizar las operaciones que se hallen pendientes;*
- 2. Cobrar los créditos;*
- 3. Extinguir las obligaciones anteriormente contraídas; y,*
- 4. Representar a la compañía para el cumplimiento de los fines indicados”.*

Frente a este cargo casacional, el recurrente argumenta lo siguiente:

“Es importante indicar que mi representada manifestó en sus excepciones, y en el curso de proceso, que el Gerente General de la compañía en liquidación, no tiene la capacidad jurídica para interponer una demanda de daños y perjuicios en representación de esa sociedad, puesto que en el artículo 379 de la Ley de Compañías, no se establece esa facultad, por lo que se alegó ilegitimidad de personería. (...)

El representante de una compañía en liquidación como lo es la actora de este proceso, que al no existir un nombramiento de liquidador inscrito continúa encargado de la administración, **tiene facultades limitadas al tenor del art. 379 de la Ley de Compañías**, y por ello, tiene un rol específico que cumplir de acuerdo con la Ley, en beneficio de la compañía, esto es, de sus accionistas, y entre sus atribuciones la ley no le confiere la capacidad de presentar demandas del tipo de las que ha presentado.

Sin perjuicio de la claridad de la norma antes transcrita, los jueces manifiestan en su sentencia:

"Como bien analiza el Juez de primer nivel, si se reclama un perjuicio ocasionado, aquello entra en el genérico "crédito", por lo que el accionante lo que realiza con esta demanda es ejercer sus facultades para cobrarlo, ya que de existir una sentencia condenatoria donde se ordena pagar un rubro ello constituye la existencia de un acreedor y un deudor. Por lo tanto, la impugnación del demandado respecto de esta excepción deviene en improcedente " (Lo subrayado es mío).

En este mismo orden de ideas, cuando la ley se refiere a cobrar o pagar créditos en una compañía en liquidación se refiere a los créditos reconocidos o constantes en su contabilidad tal como lo dispone el artículo 393 de la Ley de Compañías cuando señala la publicación de aviso de acreedores:

"Art. 393.- El liquidador publicará por tres días consecutivos, en un diario de amplia circulación en el lugar del domicilio principal de la compañía, y en los que operen las sucursales de la compañía, si los hubiere, un aviso en que notifique a los acreedores para que en el término de veinte días contados desde la última publicación, presenten los documentos que acrediten su derecho.

Transcurrido este término, el liquidador tomará en cuenta solamente a los acreedores que hayan probado su calidad y a todos los que aparezcan reconocidos como tales en la contabilidad de la compañía. con la debida justificación."(Lo subrayado es mío)

El hecho de "cobrar créditos", que sería la conducta en la que sustentan los jueces su fallo en esta parte, se refiere a los créditos que están contabilizados en el balance y no a planteamientos procesales en demandas de supuestos daños y perjuicios sufridos por la sociedad por las causales que alega la parte actora. Sostener como lo hacen los jueces que "si se reclama un perjuicio ocasionado, aquello entra en el genérico "crédito", es por, decir lo menos, una ligereza; pues no entran los jueces a decir por qué creen ellos que lo que reclama ALOMIL es un crédito y si esa sociedad, dada la circunstancia en que se encuentra, puede proceder a cobrarlo.

Para empezar, desde el punto de vista de la existencia de un crédito los mismos jueces señalan la duda fundamental, pues dicen: "lo que el accionante lo que realiza con esta demanda es ejercer sus facultades para cobrarlo, ya que de existir una sentencia condenatoria donde se ordena pagar un rubro ello constituye la existencia de un acreedor y un deudor", lo que significa, a criterio de los propios jueces, que recién al existir una sentencia condenatoria donde se ordene pagar un rubro, se generaría un crédito a favor de la actora, por lo que deviene en evidente que, a la fecha de presentación de la demanda, no existía ningún crédito a cobrar o exigir a la compañía OTECEL.

De otra parte, no observan los jueces un aspecto de trascendental importancia para la correcta interpretación del artículo que utilizan, y es la situación jurídica de la actora, que se trata de una sociedad sujeta a liquidación, y el hecho de que la persona que comparece en su representación, no es el liquidador, sino su Gerente, que continúa encargado de la administración, y que por ello le es aplicable la limitación del artículo 379. Nótese, que, para el caso del Liquidador, la ley no contempla la misma limitación, según se puede observar del artículo 387 de la Ley de Compañías.

Debido a lo anterior, toda vez que no hay derecho en el Gerente General de la actora, ni en esta misma, a demandar lo que ha demandado, es evidente que los jueces han interpretado erróneamente el artículo 379 de la Ley de Compañías, que indica que el Gerente General de la compañía en liquidación, simplemente, continuará encargado de la administración estando sus facultades limitadas a las actividades puntuales que se describen en ese artículo, y por tanto, no tiene legitimación para proponer esta demanda por no estar contemplada en los supuestos de la citada norma; es indudable que este yerro en la sentencia ha sido determinante tanto en su parte dispositiva, al haber construido los jueces, de forma indebida, la capacidad del Gerente General a partir de la posibilidad legal de cobrar créditos, lo que implica que los jueces no han entendido la diferencia entre, qué significa que exista un crédito actual, cobrable en un proceso de liquidación, y qué es una pretensión procesal declarativa de un supuesto derecho, que encierra, por encima de todo, una incertidumbre, y la búsqueda de la satisfacción de esa incertidumbre, es contraria al propósito de liquidación del patrimonio que busca la ley; por eso la norma es tan lacónica al indicar que la facultad es "cobrar créditos", dando a entender que son los actuales.

Por todo lo expuesto, es evidente la errónea interpretación del artículo 379 de la Ley de Compañías en la sentencia, y su trascendencia en la parte dispositiva del mismo, pues de haber realizado una interpretación correcta y coherente del artículo, habrían declarado la falta de capacidad del Gerente General para interponer la demanda de daños y perjuicios que da origen a este proceso, con lo cual los jueces debieron haber aceptado el recurso interpuesto por mi representada, revocar la sentencia dictada por el juez inferior, aceptando la excepción que estuvo debidamente planteada, por lo cual debió declararse la improcedencia de que la compañía ALOMIL comparezca a este proceso con la limitada capacidad jurídica que tiene.

En base a lo expuesto, deben ustedes casar la sentencia y declarar, luego de una correcta interpretación de las normas que, por las razones que se han invocado, ALOMIL no estaba legitimada para interponer la demanda dado su estado de liquidación y de la capacidad limitada de su representante legal, por lo que la demanda es improcedente". (Sic)

Ahora bien, desde la técnica casacional, se observa que el recurrente ha elegido uno de los cargos descritos en la norma, esto es errónea interpretación, con lo cual se ha cumplido con el principio de taxatividad, así también se evidencia que el cargo casacional elegido va relacionado con la violación de la norma establecida en el artículo 379 de la Ley de Compañías, observando el principio de autonomía, por lo cual, a fin de evidenciar si se ha demostrado de forma lógica, clara, completa y exacta en que consiste la transgresión de la norma acusada, se procede a analizar el fondo del planteamiento.

Este Tribunal advierte que es preciso comprender el sentido teleológico de la norma acusada, determinar su fin, y las normas conexas de aplicación obligatoria, a fin de comprender si existe o no un yerro relacionado con la errónea interpretación del artículo 379 de la Ley de Compañías, el cual establece limitaciones al desempeño de las funciones de los administradores de compañías en proceso de liquidación.

Es preciso reconocer que la disolución y liquidación de una compañía, en efecto, va a afectar las relaciones con terceros incluido el Estado; y que la división del haber social afecta o involucra directamente a los socios de la compañía, sin embargo, es necesario aclarar que una compañía que se encuentra en proceso de extinción debe conservar su personalidad jurídica hasta antes de obtener la inscripción de su cancelación en el Registro Mercantil y su ejecutoria.

En este sentido, este fenómeno jurídico, al ser una agrupación de personas acopladas bajo un mismo objeto social o actividad mercantil con los mismos intereses, se encuentran unidos bajo una forma de organización empresarial denominada persona jurídica, mediante la cual se despliegan relaciones jurídicas con terceros, creándose una serie de vínculos y obligaciones que no pueden ni deben cortarse de inmediato por el simple hecho de que la compañía se encuentre en causal de disolución.⁵⁶

Es por ello que, en el proceso de liquidación, si bien se restringen varias actuaciones, el espíritu de la norma es tendiente a precautelar posibles futuras relaciones de naturaleza comercial que podrían ser incumplidas, por lo que no se produce la extinción de las relaciones sociales ni la del ente jurídico, ya que, las sociedades, aun después de disueltas, conservarán su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación de obligaciones con terceros y la repartición del remanente del haber social entre los socios, ya que sin personería jurídica esto no sería posible.

La liquidación y disolución de una compañía, hace referencia a la prohibición de que la compañía continúe realizando su objeto social y no a la extinción de la persona moral nacida, ya que está impedida legalmente de realizar nuevas operaciones relativas a los negocios sociales, pero subsiste para cumplir con las actividades tendientes al fin de su disolución, sin perjuicio de iniciar acciones tendientes a salvaguardar derechos, que para el *in examine*, se establece que, mientras no se inscriba el nombramiento de liquidador, continuarán encargados de la administración quienes hubieran venido desempeñando esa función, pero sus facultades quedan limitadas a: Realizar las operaciones que se hallen pendientes; cobrar los créditos; extinguir las obligaciones anteriormente contraídas; y, representar a la compañía para el cumplimiento de los fines indicados.

Ferrara, citado por Brunetti, señala que la persona jurídica no muere en el instante en que interviene la causa extintiva, sino que si se permite una imagen funeraria (...), entra en la agonía. Su vitalidad queda limitada, debilitada, especializada, en el sentido de que, abandonando el objeto de vida, ahora persigue su objeto de muerte, piensa en liquidarse, en arreglar sus propios asuntos y en preparar su definitivo traspaso. El fin se modifica: el originario es sustituido por el fin de liquidación⁵⁷

⁵⁶ Víctor Cevallos, Nuevo Compendio de Derecho Societario, Tomo III. (Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008), 853.

⁵⁷ Antonio Brunetti, Tratado del derecho de las sociedades, t. II (Buenos Aires: Uteha, 1960), 676.

En este sentido, la liquidación es el paso que le sigue a la disolución de la compañía; y es en esta etapa que se procede a cobrar los créditos y extinguir todas las obligaciones contraídas por la compañía y, de ser el caso, si existe un remante se debe proceder a la partición entre sus socios. La liquidación puede ser definida como “la extinción de los derechos y obligaciones que gravan el patrimonio social, en la desvinculación del patrimonio social de los derechos y obligaciones”⁵⁸

Una compañía es una persona jurídica, a la vez, ésta es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, en los términos establecidos en el artículo 564 del Código Civil.

En ese sentido, y tomando en consideración que, una compañía en liquidación aún tiene vida jurídica, se entiende que persiste su capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, aunque de forma limitada.

La limitación de actuación descrita en la norma acusada como erróneamente interpretada, hoy prevista en el artículo 382 de la ley de Compañías, evidentemente va encaminada a salvaguardar el interés social del conglomerado ciudadano, para que el encargado de la administración de una sociedad en liquidación, se abstenga de realizar nuevas operaciones relativas al objeto social, y se limite a los fines de la liquidación; si bien *prima facie* la norma detalla la facultad limitada de actuación a cuatro puntos esenciales, interpretar que el administrador no pueda realizar otros actos necesarios para lograr el adecuado tránsito hacia la extinción de la persona jurídica, es contraer la esencia vital de la persona jurídica que aún persiste.

En ese contexto, es de relevancia invocar lo que la propia Superintendencia de Compañías señala en sentido similar:

“(...) 1. De conformidad con el artículo 401 de la Ley, la compañía disuelta conserva su personalidad jurídica para efectos de la liquidación. (...)”

Es evidente que aplicando el principio legal del artículo 401, ampliamente admitido en el Derecho Comparado, que consiste en reconocer y aceptar la personalidad jurídica de la compañía en liquidación, las compañías sometidas a la vigilancia de la Superintendencia, no por hallarse en estado de liquidación dejan de estar sometidas a esta vigilancia, la misma que se prolonga por toda la vida de la compañía, y desde luego durante el proceso de liquidación, hasta el momento en que se cancela la inscripción de la compañía en el Registro Mercantil, por mandato de la propia Superintendencia, y conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 416 de la Ley.

3. El artículo 422 de la propia Ley, al declarar que en lo que sea compatible con el estado de liquidación, la compañía continúa rigiéndose por las "normas correspondientes" a su especie, no hace sino corroborar los principios expuestos anteriormente.

Las "normas correspondientes" a su especie son, desde luego, los estatutos de cada compañía y los preceptos de la Ley en general.

⁵⁸ Efraín Hugo Richard, Derecho Societario (Astrea, 2007), 54

4. Con estos antecedentes, resulta evidente que no son incompatibles con el estado de liquidación las obligaciones de la compañía respecto de la Superintendencia de Compañías durante el proceso de la liquidación.

5. Diverso problema es el que se refiere a las operaciones que realiza una compañía cuando se halla en liquidación, pues, como lo prescribe la Ley en el artículo 403, "desde el momento en que la compañía se declara en liquidación, los administradores no pueden hacer nuevas operaciones".

Desde luego, la naturaleza del proceso de liquidación, normalmente encaminado a realizar los activos la compañía, para cubrir con su producto el pasivo interno y el pasivo externo de la misma, ofrece un amplio margen de actividades a la intervención de los liquidadores, quienes en cumplimiento de su función gozan de atribuciones suficientemente eficaces para realizar los activos y cubrir los pasivos. (...)

7. La misma Ley a previsto a eventualidad, frecuente en la práctica, de que el proceso de liquidación de una sociedad se prolongue por más de un ejercicio económico, en cuyo caso, es obligación del liquidador formular un balance de situación de la liquidación e informar de su contenido a los socios o accionistas.

Naturalmente, este balance debe también remitirse a la Superintendencia de Compañías juntamente con los demás documentos previstos en el artículo 20 de la Ley y en los reglamentos expedidos por la Superintendencia en desarrollo de este precepto legal.

En conclusión y resumiéndose los puntos hasta aquí expuestos, las compañías en liquidación están obligadas a cumplir con los preceptos contenidos en los artículos 20 y 455 (actual 449) de la Ley de Compañías, recayendo esta obligación para su ejecución concreta, por los derechos que representen, en el o los liquidadores, o en el administrador o los administradores, en su caso (...)”⁵⁹.

Ergo, es claro que el encargado de la administración de una sociedad en liquidación, mientras no se nombre el liquidador, debe realizar ciertos actos para cumplir los propósitos de aquella; en ese sentido, además, en aplicación del derecho por principios, tomando en cuenta el ámbito de irradiación del derecho de petición (artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República) y de la tutela judicial efectiva (artículo 75 de la Constitución de la República), y considerando que la vida de la persona jurídica en liquidación aún persiste, es claro que no puede limitarse el derecho a plantear acciones, siempre y cuando estas no versen sobre nuevas operaciones relativas al objeto social.

Por lo expuesto, si bien es cierto, *prima facie*, la expectativa de una sentencia favorable, por daños y perjuicios, no se halla circunscrita dentro del eventual cobro de un crédito, comentario inusual dado por el *ad quem*, al cuestionamiento planteamiento por la demandada, respecto de la interpretación del artículo 379 de la Ley de Compañías; por otra parte, los enunciados del recurrente en referencia a que la persona jurídica en liquidación, por medio del encargado de la administración, mientras no se nombre el liquidador, no puede iniciar acciones, constituye una falacia argumentativa, ya que parte de una generalización, por lo cual, el argumento planteado adolece de debida fundamentación y demostración, tanto más que, conforme queda explicado, al persistir vitalmente la compañía en el transcurso de la liquidación, puede ejercer el derecho de petición y exigir tutela judicial; por lo cual, el postulado casacional, no es trascendente; ergo, el cargo es improcedente.

⁵⁹ Doctrina de la Superintendencia de Compañías Nro. 147

6.5.5) Estudio del cargo de indebida aplicación del artículo 2214 del Código Civil.

Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado (caso 1 del artículo 3 de la Ley de Casación), corresponde confrontar el mismo con el yerro *in iure* acusado por la parte recurrente, quien argumenta que existe, “*indebida aplicación del artículo 2214 del Código Civil, íntimamente relacionada con la falta de aplicación de los artículos 29, 1475 y 2184 del Código Civil en relación con la modificación indebida que hacen los jueces pretendiendo juzgar a mi representada por culpa cuando la imputación en la demanda fue por dolo*”.

Al fundamentar su cargo, el recurrente acusa lo siguiente:

“En el presente cargo contra la sentencia, mi representada va a demostrar cómo ha sido indebidamente aplicado el artículo 2214 del Código Civil, buscando imputar a mi representada una conducta culposa cuando lo demandado fue una clara imputación de actos deliberados y premeditados que conllevan una conducta dolosa. Lo anterior implica que los jueces han dejado de aplicar los artículos 29, 1475 y 2184 del Código Civil.

Cuando resumen los jueces la demanda, reconocen que ésta imputa dolo, al atribuir una conducta deliberada y premeditada que son elementos intencionales. (...)

Para abordar este tema, ya en el título del numeral 24.1. (considerando NOVENO), van los jueces tergiversando las cosas, pues ya se refieren a la “Verificación de que el demandado realizó una conducta con culpa o dolo.” Y la tergiversación consiste en que van los jueces anticipando que revisarán si la conducta del demandado es de culpa o de dolo, planteamiento que no consta así en la demanda. Pero ese título lo ponen para quedar condicionados a hacer ellos el análisis del tema como si se tratase de un mismo elemento.(...)

¿Qué es lo que hacen y cómo lo hacen? Empecemos con el nombre que asignan al numeral 22 que indica que “la responsabilidad es un concepto genérico”. Esto, que es una verdad en términos generales, pone en evidencia que en la intención de los jueces está distorsionar el hecho de que la actora demanda por el delito civil o dolo, y no por el cuasidelito o culpa; y lo que pretenden es dejar flotando la idea de que dolo o culpa da lo mismo, pues todo corresponde a un género llamado responsabilidad.

Ante una idea tan general como esta, quizás conviene añadir que la “responsabilidad contractual” también es parte del mismo “concepto general” de responsabilidad (en este caso la doctrina la llama responsabilidad contractual) y no por ello deja de ser una responsabilidad que tiene sus causas, al igual que las tiene la “responsabilidad extracontractual”.

Pero lo que no se indica en la sentencia, es qué sucede cuando es el actor -como corresponde- quien decide hacer una cierta imputación, pues de hacerlo encontrarían que es al actor a quien le toca desarrollar - argumentadamente la imputación que hace; y, para este caso concreto, habrían tenido que observar que el actor la explicó: Imputó una conducta dolosa a mi representada; le imputó la comisión de un delito - atribuirle a otro la comisión de un delito- (y la demandó por la connotación civil de ese delito). No optó por imputar una culpa o negligencia, es decir, un cuasidelito. (...)

Es decir, más allá de que han citado un autor violentando un principio académico fundamental de señalar de qué obra toman lo que dicen, encima, ni siquiera atinan a explicar que el autor lo que está haciendo es generalizar sobre las causas fuente de la responsabilidad extracontractual. No está diciendo el autor - desconocido, por cierto- que da lo mismo que el actor impute dolo o culpa y que son los jueces los llamados a rectificar

cuando el actor señalando una de esas fuentes, ellos creen que hay la otra. No hay autor que diga semejante cosa, y menos aún que le confiera esa "facultad" a los jueces.

Nadie discute que para demandar perjuicios en la responsabilidad extracontractual, el acto dañino puede derivarse de la culpa o del dolo; pero de lo que no hay duda, **es que los hechos que redacta el actor en su demanda son determinantes para saber (i) de qué es que se tiene que defender el demandado, y que en este caso fue de una imputación de dolo -actos deliberados y premeditados, dice la demanda-; (ii) de qué es lo que tiene que probar el actor -y en este caso, tenía que probar el dolo que imputa- ; y, (iii) a qué conclusiones puede llegar el juez sobre la conducta imputada, sin inventarse otra que no ha sido la materia de la pretensión y de la defensa.** Lo dicho en (i) y (ii) era el deber ser procesal, el que determinaba el alcance de esta controversia; y lo dicho en (iii) era y es el deber de los jueces. No es cuestión de, si el actor imputa dolo, que los jueces creen que pueden llegar a conclusiones que no constan en la demanda.

Pero no solo que, al proceder así, es decir, generalizando sobre la responsabilidad y preparándose para analizar una responsabilidad derivada de la culpa, se estarían atreviendo a darles a los hechos una forma diferente - que constituyen hechos distintos- que no les ha dado el actor. **El actor claramente aludió a hechos dolosos; y de eso es que se ha defendido mi representada, y no tienen ningún derecho ni facultad los jueces de hacer interpretaciones antojadizas sobre este tema.**

Hay que ser muy claros: No se trata de que el actor narró hechos culposos y que, por error, los denominó deliberados y premeditados; y que, para este caso, puede operar la enmienda que pueden hacer los jueces ante los errores de derecho bajo el principio iure novit curiae. No; **se trata de que el actor narró que todas las circunstancias indicaban que mi representada le quiso, intencionalmente, hacer un daño, y por eso es que en la demanda le imputó reiteradamente -en los hechos- una conducta dolosa; no culposa.** Y las conductas dolosas no son iguales a las culposas. Y es que los jueces saben que **no hay una conducta dolosa (lo deliberado, lo premeditado lo es) demostrada.** Ellos se decantan por crear un híbrido (¡culpa ... dolo... allá va a dar!) pero le dan peso de aspecto culposo, pues aluden a la desorganización (...)

Los jueces saben el problema jurídico que tienen ante ellos - ¿cómo hacer para darle la razón a un actor que alegó e imputó dolo, **cuando saben que ni lo hay ni lo ha demostrado?**-. De hecho, tanto lo saben, que repiten que hubo imputaciones directas y deliberadas de la comisión de un delito. Pero lo que sucede es que omiten tener presentes las normas pertinentes al caso; y lo que hacen es aludir al artículo 2214 del Código Civil, que se refiere a la norma general de que todo perjuicio, sea que provenga de culpa o dolo, debe indemnizarse, y creen que con eso es suficiente para -dejando de lado el claro texto de la demanda y el deber procesal del actor- mandar a pagar a mi representada una millonaria y totalmente inadecuada suma de dinero.

Pero, al proceder de esa forma, dejan de aplicar el artículo 2184 del Código Civil cuya necesaria aplicación se deriva, directamente, de la imputación de dolo que consta en la demanda; artículo que claramente distingue la culpa del dolo, y que deja establecida la diferencia entre ambas. Y así, aquel artículo señala que el dolo es la intención de causar un daño; y eso es, precisamente lo que la actora ha imputado a mi representada, pues ha dicho que esta ha actuado de manera deliberada y premeditada. No tenían los jueces ningún derecho de prescindir de aplicar el citado artículo y refugiarse en una declaración genérica al amparo del artículo 2214 del Código Civil, que luce evidente para tratar de salvar el escollo de no encontrar dolo alguno y prueba del dolo.

Es decir si sostiene la actora que mi representada ha actuado con dolo; no con culpa, y de ello se ha defendido mi representada (en teoría le bastaba que la actora no pruebe el dolo para quedar libre de responsabilidad), y era eso lo que la parte actora tenía que acreditar, y no lo hizo, y era esa la materia que los jueces debían atender. Pero para ellos culpa o dolo

da igual, y que haya imputado la actora dolo, o que la ley distinga la culpa del dolo, **no les interesa.**

Lo anterior -y que consta en los numerales del fallo, que he citado- que cometen los jueces en su afán de darle la razón a la actora, no es un error cualquiera; es un error que está en la raíz del problema, y **determinaba que, si la actora imputó dolo a mi representada, y no pudo demostrar el dolo, simplemente el fallo debió ser en su contra, y por tanto rechazarse su demanda.** Pero eso no sucede; luego de decir cosas como las que se han aludido dejando de aplicar claras normas de derecho se "decantan" por un implícito "da igual, culpa o dolo" hay que condenar a OTECEL.

Lo anterior conlleva que, al no haber aplicado el artículo 2184 del Código Civil -ya que se decantaban por el hecho de que se trataría, supuestamente, de una responsabilidad extracontractual-, tenían la obligación de buscar aplicar los criterios que atañen a la fisonomía de la conducta descrita por el actor, que era el dolo. De haber procedido como corresponde, habrían tenido en cuenta, además, que el artículo 29 del Código Civil describe qué es el dolo (El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro), **el cual también dejaron de aplicar;** así como tampoco tuvieron en cuenta aquella disposición, de amplia difusión y que ha trascendido el fuero contractual, que indica que el dolo siempre debe probarse (Art. 1475). Por estas razones de falta de aplicación de claras normas que atañen al dolo, el fallo debe casarse y dictarse el que corresponde, en su reemplazo, y declarar que, habiéndose imputado dolo, no habiéndose demostrado este pues no hay nada que lo acredite, debe desecharse íntegramente la demanda.

El fallo debe casarse porque no es aceptable, bajo ningún concepto, que los jueces pretendan confundir las cosas y llegar hasta el extremo de dejar escrito que dolo y culpa son casi lo mismo; esto evidencia un error sustancial gravísimo que parte del hecho de no reconocer la clara distinción que hace el artículo 2184 del Código Civil, y la clara imputación que hizo la actora en su demanda. En todo caso, la no aplicación de las claras disposiciones de los artículos que dejé citados, los lleva a dejar planteados en los considerandos que contienen los numerales 22 y del numeral 24.1, la antesala de la declaratoria de la parte resolutive que señala: I.- NEGAR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. y II.- CONFIRMAR la sentencia dictada por la Jueza de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, que declaró con lugar la demanda presentada por el actor.

Es decir, la **indebida aplicación del artículo 2214,** complementada por la **falta de aplicación de normas** pertinentes, que se evidencia de lo señalado en los numerales 22 y 24.1 de la sentencia, **ha sido determinante en la parte dispositiva del fallo,** porque es en base a ello que los jueces niegan el recurso de apelación y ordenan las restantes resoluciones que allí constan (...).(Sic)

La norma cuya aplicación indebida se acusa, es la siguiente:

Código Civil:

"Art. 2214.-El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

Por otra parte, las normas cuya falta de aplicación se sostiene, son las descritas a continuación:

Código Civil:

"Art. 29.-La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”.

“Art. 1475.-El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse”.

“Art. 2184.-Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.”

6.5.5.1) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de aplicación indebida del artículo 2214 del Código Civil, en relación con la falta de aplicación de los artículos 29, 1475 y 2184 del Código Civil.

La indebida aplicación de la ley, opera cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución.

La aplicación indebida, de acuerdo a la técnica de la casación, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma que corresponde realmente.

De los conceptos expuestos, se evidencian dos presupuestos: 1. Que la norma con la que se subsumieron los hechos, no es la aplicable al caso; y 2. Que producto de ello, la disposición que la regula fue inaplicada, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

Por su parte, el cargo de **falta de aplicación** opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales o precedentes jurisprudenciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

6.5.5.2) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen la casación, así mismo, si está dotada de

sustento y argumento válido, el respecto, se analiza lo siguiente:

6.5.5.2.1) En relación al primer punto, este Tribunal advierte que en la postura jurídica del recurrente, se avizora que, al enunciar la indebida aplicación, no cumple con la proposición jurídica completa, ya que indica la norma presuntamente aplicada indebidamente, pero no establece cual debía aplicarse debidamente, lo que vulnera el principio de debida fundamentación y demostración.

6.5.5.2.2) El recurrente afirma que indebidamente se ha aplicado el artículo 2214 del Código Civil, por cuanto se ha condenado a OTECEL S.A. por una conducta culposa, cuando *a contrario sensu*, lo demandado fue una clara imputación de actos deliberados y premeditados que conllevan una conducta dolosa, lo cual implicaría que los jueces han dejado de aplicar los artículos 29, 1475 y 2184 del Código Civil.

Para dilucidar el problema planteado, corresponde, *prima facie*, observar los fundamentos de derecho en los cuales se basó la demanda, así, se tiene que la actora refirió lo siguiente:

“(...) -IV-
FUNDAMENTOS DE DERECHO

*El ejercicio de la presente acción que tiene como finalidad la **reparación total e integral del daño causado**, irrogado e inferido a mi representada ALOMIL S.A., por parte de OTECEL S.A., que le ocasionó la ruina económica del negocio ante el menoscabo de su prestigio, buen nombre, crédito, fama y reputación comercial, ante la falsa imputación de que ésta se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocida como “by pass”; se fundamenta en las disposiciones legales del Código Civil, que se transcriben a continuación: (...)*

“ART. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

“Art 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta (...).”

En la misma línea argumentativa, corresponde verificar los fundamentos de hecho planteados en la demanda, en la cual se observan las siguientes afirmaciones:

*“(...) III.1.d.- Es importante destacar que durante el tiempo que mantuvimos la relación comercial con la compañía Otecel S.A., se **presentaron varios inconvenientes, debido a la desorganización de ésta en varios aspectos fundamentales del negocio**, (...)*

*El crecimiento económico de Alomil S.A., se refleja en las ventas netas o totales de la empresa i.) El año 2006 ascendió a la cantidad de US\$6,565,272.91; ii.) En el año 2007 ascendió a la cantidad de US\$11,287,321.59; y, iii.) En el año 2008 ascendió a la cantidad de US\$6,265,367.79, dejando constancia que en este último año fue precisamente en el cual Otecel S.A. se dedicó a perseguir a los administradores y directivos de Alomil S.A., mediante el ejercicio abusivo del derecho al **haber elaborado deliberadamente información errada e inexacta y**, luego, haberla proporcionado a la Superintendencia de Telecomunicaciones con la finalidad de sostener o fundamentar la denuncia presentada en la Fiscalía General del Estado, que ocasionó que sobre el suscrito y demás directivos de Alomil S.A. pesare un juicio penal y órdenes de prisión, lo cual al final produjo la ruina total del negocio de mi representada Alomil S.A.(...)*

En el literal B del amañado informe al que me refiero, página 4, la señora Mirka León, textualmente sostiene 'se realizó el cotejo de la información registrada por Alomil S.A. y la dirección registrada en la documentación entregada. El alcance del presente informe no abarca la confirmación en terreno de las coordenadas entregadas por el mayorista Alomil S.A....'(...)

Es así que OTECEL S.A. sin seguir un procedimiento justo y transparente, en forma unilateral y arbitraria, a espaldas de mi representada Alomil S.A., elaboró en forma deliberada y premeditadas una serie de informes que en su contenido y conclusiones no guardan relación con la realidad de las operaciones efectuadas por Alomil S.A. y de las comunicaciones o notificaciones cursadas entre ALOMIL S.A. y OTECEL S.A., y sin habernos dado el elemental derecho a la defensa que nos permita presentar pruebas de descargos y/o justificativos o de replicar las afirmaciones contenidas en los informes le imputan a Alomil S.A. el cometimiento del delito de tráfico telefónico irregular de larga distancia internacional conocido como 'by pass', mediante el supuesto uso ilegal de números de teléfonos pertenecientes a la operadora Otecel S.A., tipificado en el Art. 422 del Código Penal, remitió dichos informes a la Superintendencia de Telecomunicaciones. Luego, el indicado organismo de control ante la gravedad de las imputaciones se vio obligado a presentar una denuncia penal en contra del suscrito como administrador de ALOMIL S.A. y de los ejecutivos de ésta. (...)

Así, OTECEL S.A. le imputa a mi representada Alomil S.A. el uso ilícito de 131 líneas o números de teléfono celulares, tal como consta en el INFORME CONSOLIDADO No. IET-027-2008, (...)

De la revisión del informe mencionado precedentemente se advierte que la Superintendencia de Telecomunicaciones en todo momento al referirse a mi representada ALOMIL S.A. lo hace expresando 'de la información que le fuera proporcionada por Otecel S.A.', es decir, el mencionado organismo de control dirige su accionar contra Alomil S.A., en vista y mérito de la información recibida por OTECEL S.A. (...)

El indicado auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados, fue recurrido o impugnado por el Ministerio Público y por el acusador particular, mediante la interposición de los recursos de apelación y nulidad, por lo que, el proceso subió en grado recayendo la competencia en la Tercera Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, identificándose el juicio penal con el número 689-2009-D. Habiendo la Sala avocado conocimiento del proceso, ésta resolvió los recursos interpuestos mediante auto expedido el 7 de octubre del 2009, en el cual confirmó en todas sus partes el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados, y se determinó que Otecel S.A. recabó erróneamente la información proporcionada a la Superintendencia de Telecomunicaciones. (...)

ésta elaboró y presentó sus informes en base a datos errados (...)

Y, como corolario del ejercicio abusivo del derecho podemos mencionar que OTECEL S.A. le imputa a ALOMIL S.A. el uso ilícito de líneas telefónicas cuando la propia ALOMIL S.A. había notificado y solicitado a Otecel S.A. que SUSPENDA las líneas telefónicas incluso en atención a su pedido de suspensión recibió por parte de OTECEL S.A. el número de la INCIDENCIA DE SUSPENSIÓN, es decir, la confirmación de que las líneas habían sido suspendidas, por tanto, a partir de las 24 horas siguientes a la confirmación del número de incidencia, la única responsable del uso de esas líneas era y lo fue OTECEL S.A., conforme al procedimiento acordado entre ambas empresas constante en el manual de 'Procedimiento Servicio de 1800 Distribuidores a Mayoristas de Locutorios y Mini Públicos', que se acompaña a esta demanda; sin embargo, la indicada concesionaria y operadora no sólo que le imputó a mi representada ALOMIL S.A. responsabilidad de tipo penal en la forma como fueron elaborados sus informes, sino que además le cobró el valor correspondiente por el uso del servicio de las líneas que estaba suspendidas (...)

*acudo ante usted, para demandar, como efecto demanda, en juicio ordinario, a la compañía OTECEL S.A., en la interpuesta persona de su Presidente Ejecutivo, y como tal representante legal y judicial, señor JUAN FEDERICO GOULU CARIDE, para que, en sentencia, **se declare y reconozca que la referida compañía OTECEL S.A., ha inferido daño a mi representada ALOMIL S.A., actualmente en liquidación**, por haberle causado la ruina total de su negocio, ante la falsa imputación de que está se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocido como “by pass”; y, como consecuencia de ello, se ordene que OTECEL S.A. pague a mi representada ALOMIL S.A., a título de indemnización de daños y perjuicios, el daño emergente causado y el lucro cesante que se justiprecian en el acápite VII de esta demanda.(...)” (Sic) (El énfasis nos corresponde)*

Sobre la órbita de lo enunciado, es claro que la demanda planteada por ALOMIL S.A., tuvo como finalidad la reparación total e integral del daño causado, irrogado e inferido en su contra por parte de OTECEL S.A., que le ocasionó la ruina económica del negocio ante el menoscabo de su prestigio, buen nombre, crédito, fama y reputación comercial, ante la falsa imputación de que ésta se encontraba realizando tráfico irregular de llamadas telefónicas de larga distancia internacional conocida como “by pass”, sobre la base de - entre otras- conductas culposas atribuidas a la demandada, pues textualmente se afirma que “se presentaron varios inconvenientes, debido a la desorganización”, que presentaron “información errada e inexacta”, “informes que en su contenido y conclusiones no guardan relación con la realidad de las operaciones efectuadas por Alomil S.A. y de las comunicaciones o notificaciones cursadas entre ALOMIL S.A. y OTECEL S.A.”, que “Otecel S.A. recabó erróneamente la información proporcionada”, que “elaboró y presentó sus informes en base a datos errados; en ese escenario, es evidente que su fundamento de derecho se basó en el artículo 2214 del Código Civil, norma aplicada en la sentencia impugnada.

En virtud de aquello, en aplicación del *principio de inescindibilidad*, se observa que el *ad quem*, confirma la sentencia del *a quo*, que declaró con lugar la demanda presentada por la actora; *per se*, judicialmente se declaró que la compañía OTECEL S.A. ha incurrido en **responsabilidad civil extracontractual culposa** por haber inferido daños a la compañía Alomil S.A. en Liquidación, daños desencadenados por la elaboración negligente y entrega de informes errados a la Superintendencia de Telecomunicaciones, hecho que, como consta en la sentencia impugnada, condujo al daño aludido en el contexto del litigio.

Entonces, es claro que, si la Litis hacía relación a conductas culposas, y las mismas fueron justificadas desde la esfera procesal probatoria, era pertinente que se aplique el postulado referente a que: El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito (artículo 2214 del Código Civil).

Desde un ámbito abstracto “Para que haya responsabilidad civil, se necesita un daño, un perjuicio, y por consiguiente una persona que sufra, una víctima”⁶⁰ y en este sentido existe “el deber jurídico de reparar los daños que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación”.⁶¹

⁶⁰ MAZEAUD, H.J. (1960). Lecciones de Derecho Civil Parte Segunda, Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.

⁶¹ CONTRERAS, C. (s.f.). La Responsabilidad Extracontractual. Chile: Parlamento Ltda.

Ahora bien, en nuestra legislación civil, las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Si el origen de la obligación civil tiene su génesis en el contrato, en ese escenario estaríamos frente a la llamada responsabilidad contractual.

También esta obligación puede emerger de otras fuentes sin mediar convención alguna, así, puede nacer de la ley o de un hecho voluntario de una de las partes; en ese escenario estaríamos frente a la llamada responsabilidad extracontractual.

Las obligaciones que nacen de la ley se expresan en ella. A su vez, si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.

Por consiguiente, solo hay dos tipos de responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual, reguladas por nuestra legislación de manera diversa cada una de ellas.

En el *in examine*, de los hechos fijados como ciertos, los cuales son inalterables en la causal analizada, en instancia se arribó a la conclusión que la conducta de la demandada que causó el daño, es imputable a culpa, lo cual constituye un cuasidelito, según los postulados del artículo 2184 del Código Civil, dicha cuestión derivó en consolidar una responsabilidad extracontractual, lo que evidentemente genera la obligación de indemnización.

Así mismo, el daño atribuido a la demandada, constituye un perjuicio que sufrió la actora, en su esfera de protección (patrimonial), el mismo se consumó -entre otros- por la conducta culposa de OTECEL S.A., como consecuencia de la acciones justipreciadas por el *ad quem*; en este sentido, en la sentencia impugnada, se motiva lo siguiente:

“En segunda instancia se ha producido prueba básicamente de carácter documental, misma que se refieren a cuestiones de carácter técnico operativo con el servicio de telefonía móvil, y otra que es parte del cuaderno de primera instancia, y que corresponde al proceso penal incoado; así como a procesos civiles iniciados por la actora en contra de terceros. En cuanto a prueba pericial como la de la Ing. Carmen Felicia Sanmartín Arévalo, la misma ya fue objeto de análisis y pronunciamiento. Por lo tanto, y siendo que sólo la prueba pedida, presentada y practicada de acuerdo con la ley, hace fe en juicio, la prueba que se ha presentado en segunda instancia no desvirtúa los fundamentos de la demanda ni el nexo causal entre la conducta de la demandada, con el perjuicio ocasionado al actor, a consecuencia de los informes presentados y que sirvieron de fundamento para, el sustento de una instrucción fiscal, e inicio de un proceso penal, donde se dictó el sobreseimiento definitivo del proceso y de los procesados. 26.- Por ello, es correcto el análisis que hace el juez de primer nivel, debiendo reformársela únicamente en lo relacionado a la fecha desde la cual se cobran los intereses, ya que debe tenerse en cuenta el contenido del Art. 1567 del Código civil en concordancia con el Art. 97 del Código de Procedimiento Civil III” (lo subrayado fuera del texto)

De la revisión del argumento establecido, se colige que el proceso deductivo en la resolución, se orienta hacia la culpa, decisión a la que se arribó sobre la base de mandatos de optimización plasmados en el Constitución de la República, y garantías normativas del Código Orgánico de la Función Judicial, *per se*, se concluyó que todo daño genera responsabilidad, y que el que ha inferido daño en este caso es OTECEL S.A., por lo cual, está obligado a indemnizar.

El *ad quem*, bajo el axioma jurídico “*neminem laedere*”, que se traduce como “*nadie puede causar daño a otro*” injustamente, sostiene una responsabilidad civil extracontractual, por el hecho propio, en los términos del Art. 2214 del Código Civil, por el cual “*El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización (...)*”.

En ese escenario, el punto medular de la impugnación, se desvanece, ya que, conforme lo indicado, se avizoran imputaciones a título de culpa en la demanda, y congruentemente, el *ad quem*, decide condenar por **responsabilidad civil extracontractual culposa**, de lo cual se deduce, que es pertinente aplicación del artículo 2214 del Código Civil, cuya aplicación indebida sin debida fundamentación y demostración se acusa.

Fijado el argumento que precede, es obvio que, al haberse imputado culpa, no corresponde la aplicación de normas sustantivas relacionadas con el dolo, como las establecidas en los artículos 29 inciso final (concepto de dolo), y 1475 del Código Civil (presunción y prueba del dolo).

Finalmente, de la motivación planteada, se deduce que el contenido del artículo 2184 del Código Civil, en lo pertinente, si fue aplicado en la sentencia del *ad quem*, ya que se delimitó el caso a una responsabilidad derivada de una obligación contraída extracontractualmente, por hechos culposos en la esfera de un cuasidelito, lo que como consecuencia genera de forma ineludible la indemnización correspondiente.

En conclusión, en el postulado casacional, se observa persistentemente la enunciación de sofismas y falacias argumentativas, que no dotan de sustento válido al cargo, *per se*, se evidencia la vulneración de los principios de debida fundamentación y demostración, y trascendencia, por lo cual, lo planteado es improcedente.

6.6.) Estudio del cargo de falta de aplicación de los artículos 564, 568, 594, 595, 596, 597, 1592 y 2184 del Código Civil.

Descrita, *ut supra*, la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con el yerro *in iure* planteado por la parte recurrente, quien acusa la “*Falta de aplicación de los artículos 564, 568, 594, 595, 596, 597, 1592 y 2184 del Código Civil, en relación con la falta de derecho y de legitimidad de Alomil S.A. "En Liquidación" para reclamar, como propios, derechos que no le corresponden*”.

Las normas cuya falta de aplicación se acusa, son las siguientes:

Código Civil:

“Art. 564.- Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”.

“Art. 568.- Lo que pertenece a una corporación, no pertenece, ni en todo ni en parte, a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.

Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria, si se estipula expresamente la solidaridad.

Pero la responsabilidad no se extiende a los herederos, sino cuando los miembros de la corporación los hayan obligado expresamente.

Si una corporación no tiene existencia legal, según el Art. 565, sus actos colectivos obligan a todos y cada uno de sus miembros solidariamente”.

“Art. 594.- Las cosas incorporales son derechos reales o personales.”

“Art. 595.- Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”.

“Art. 596.- Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.

“Art. 597.- Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así, el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así, la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble”.

“Art. 1592.- Para que el pago sea válido, debe hacerse, o al acreedor mismo, bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aún a título singular, o a la persona que la ley o el juez autoriza a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro.

El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”.

“Art.2184.- Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito”

El casacionista afirma en su fundamentación, lo siguiente:

“Es parte de la litis el tema relativo al hecho concreto de que no tiene ALOMIL ningún derecho a demandar nada, pues no es sucesora de derechos de las personas que fueron imputadas en el proceso penal. De manera que, si ellos, los imputados, tuvieron -

hipotéticamente- algún derecho, no hay constancia de que ALOMIL lo pueda ejercer. Sin embargo, los jueces declaran derechos a favor de esa sociedad. Esto significa que han incurrido en una flagrante violación de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que paso explicar.

En términos generales, cuando una persona resulta injustamente involucrada en un proceso penal, esta cuenta con la acción civil derivada del enjuiciamiento injustificado, la cual -y eso es materia de otra discusión- puede provenir de una declaratoria de malicia y temeridad que haga el juez respectivo. Pero de lo que no hay duda es de que el titular de los derechos derivados de lo recién señalado es la persona involucrada en ese procedimiento penal. Esta es la que, en teoría, cuenta con el derecho que puede ejercer en contra del supuesto causante de aquel injustificado enjuiciamiento.

Los hechos de la demanda relatan cierta circunstancia: y es que algunos funcionarios de ALOMIL fueron sujetos de un proceso penal. (...)

Pero no puede escapar al criterio de nadie, que ese proceso penal se siguió en contra de los señores Horario Areco, Cristian Crupio y Fabián Alarcón. Esto determina que serían ellos las víctimas del juicio penal, y los hipotéticos beneficiarios de un derecho que nacería -a criterio de los jueces- del auto de sobreseimiento que ahí se dictó.

*De otra parte, no hay en la demanda, ni en el proceso, prueba alguna de que estos señores le hayan cedido sus derechos a la compañía ALOMIL. Simplemente ella aparece demandando como propios derechos que son ajenos; esto hace que ella, ALOMIL, **no sea la legitimada para la causa, pues no tiene los derechos que dice tener.***

Sin embargo ¿qué hacen los jueces para tratar de adecuar las cosas para que ALOMIL pueda invocar un derecho? Simplemente, sin base alguna, intercalan textos en los que dicen que la víctima investigada en el proceso fue ALOMIL, como si el proceso se hubiese seguido en su contra (...)

*Es decir, **sin ninguna base de sustento los jueces ponen a ALOMIL, como la investigada, imputada, aquella en contra de quien se dirigió el proceso penal e inclusive, como la sobreseída,** cuando esto no fue así.*

*Lo anterior implica no reconocer ni siquiera la clara distinción que existe entre las personas jurídicas y sus administradores y accionistas, lo que es un conocimiento básico en el derecho. Confundir así las cosas implica un desconocimiento total, y una falta de aplicación que también denunció en este recurso, de normas elementales como los artículos 564, 568 y 1957 el Código Civil. **La persona jurídica ALOMIL, que es distinta a sus administradores y accionistas, no fue sujeto de investigaciones, ni procesamiento, ni sobreseimiento alguno en ese proceso penal por lo que ella, directamente, no tiene derechos derivados de ese proceso penal y es lamentable que los jueces hagan afirmaciones como las que constan anteriormente.***

Es absolutamente claro, de otra parte, que no hay en el proceso prueba alguna de que hayan los imputados en el proceso penal cedido los derechos a ALOMIL; es más, ni siquiera un desarrollo de esto existe en la demanda. La construcción que hacen los jueces en los párrafos recién transcritos es antojadiza e infundada desde el punto de vista jurídico.

Al proceder de la forma antes señalada, los jueces han dejado de aplicar normas básicas del derecho sustantivo, a saber: Art. 594, 595 y 596 del Código Civil, que indica que se puede ser titular de derechos personales o créditos (dominio sobre derechos); y estos artículos se deben interpretar en relación con el artículo 1592 del Código Civil que señala que el crédito pertenece al acreedor y que es este quien puede proceder a su cobro. Además dejan de aplicar también el artículo 2184 del Código Civil, en concordancia con el artículo 2214 ibidem, que, en su interpretación racional, indican que en la responsabilidad extracontractual hay dos partes, una que queda obligada (sujeto pasivo o deudor) para con otra (sujeto activo o acreedor) que es aquella que es titular del derecho, y en

responsabilidad extracontractual lo sería la víctima del daño, que en este caso los jueces identifican como tales a los administradores y funcionarios involucrados en el juicio penal. Todo lo cual procedo a explicar.

La aplicación de las anteriores normas, significa, hipotéticamente, que los titulares de los derechos serían las personas físicas que estuvieron involucradas en el proceso penal; y que ellas serían las que podrían disponer de ese derecho. Dejar de aplicar estos artículos para hacer aparecer a ALOMIL, sin causa alguna, como titular de derechos, es precisamente una conducta reñida con la normativa del país.

Efectivamente, todo crédito tiene, en términos generales, dos sujetos: Un sujeto activo, o acreedor, que es el titular del derecho; y un sujeto pasivo, o deudor, que es a cargo de quien existe la obligación. Es evidente que, para pretender un cobro, se necesita tener la calidad de acreedor. En el caso de la responsabilidad extracontractual, la calidad de acreedor nace del hecho de ser la víctima del daño. Es esta, la víctima, la que tiene el derecho de reclamar el crédito que alega.

En el presente caso, los jueces han declarado, repetidamente, que el hecho dañino nace supuestamente de que, por los informes que presentó mi representada, se inició una investigación y un proceso penal, y que en ese proceso penal se dictó un sobreseimiento. Este proceso penal derivado de los informes, dicen los jueces, es la causa fundamental del daño que se ha ocasionado. Lo repiten en múltiples ocasiones,(...)

Pues bien no hay ninguna prueba en este proceso de que la compañía ALOMIL haya estado vinculada a ese proceso penal, de manera tal que hacer aparecer como que ALOMIL es la víctima de ese proceso penal, carece de todo fundamento.

Tampoco hay en este proceso, y de hecho no se la invoca porque no existe, una cesión de derechos de los imputados en el proceso penal a favor de ALOMIL, lo que ni siquiera se alude en la demanda.

Lo explicado en este numeral determina que los jueces dejaron de aplicar las normas de derecho sustantivo que he dejado mencionadas, las cuáles los hubieran llevado a concluir que, si hubiese habido alguna víctima, titular de los derechos, lo serían aquellos terceros pero no la compañía ALOMIL; y que, no habiendo en la demanda explicación alguna sobre cómo es que ella accede a esos derechos, ni prueba alguna de ese hecho, tendrían que concluir, con la aplicación de esos artículos, que no tiene ninguna capacidad jurídica ALOMIL para comparecer a esta causa reclamando derechos que, simplemente, no tiene.

Por todo lo expuesto, es evidente la falta de aplicación de los artículos que han quedado previamente indicados, lo que ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia, pues de haber realizado una aplicación de los mismos, habrían tenido que concluir que ninguna legitimidad tenía ALOMIL para haber comparecido como compareció y reclamando como propios derechos que no le corresponden, y nada habrían podido concederle. La falta de aplicación de normas es gravísima y determinante en la resolución que niega mi apelación y confirma el fallo del inferior y otorga lo demás que consta en la parte dispositiva. De manera tal que deben casar la sentencia y declarar que, por las razones que se han invocado, ningún derecho asiste a ALOMIL a demandar fundada en las bases en que lo ha hecho". (Sic)

6.6.1) De los enunciados esbozados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **falta de aplicación**, el mismo, opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales o precedentes jurisprudenciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

6.6.2) Ahora bien, del examen de los argumentos planteados para sostener la causal objeto de estudio, se determina que el recurrente, discrimina e indica que en la sentencia impugnada se infringieron las normas singularizadas *ut supra* bajo el cargo de falta de aplicación de las mismas. En este sentido se verifica que el recurrente cumple con el principio de taxatividad, escogiendo uno de los cargos contemplados en el artículo 3 numeral 1 de la Ley de Casación.

6.6.3) Delimitado y observado el principio de taxatividad, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen la casación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, el respecto, se analiza lo siguiente:

En el objetivo de estudiar el fondo de la sentencia cuestionada y los argumentos de la propuesta casacional desplegada, a fin de determinar si ha existido o no la falta de aplicación de normas de derecho sustantivo señaladas, estableciendo un parangón entre el caso controvertido y las normas de derecho que regulan esa relación, se procede a analizar lo siguiente:

El argumento medular del cargo planteado, tiene relación con la falta de derecho y de “legitimidad” de Alomil S.A. “En Liquidación”, para reclamar, como propios, derechos que a decir del recurrente no le corresponden; al desarrollar el cargo, sostiene el recurrente que no hay en la demanda, ni en el proceso, prueba alguna de que las personas naturales que fueron procesadas penalmente y luego sobreseídos, hayan cedido sus derechos a la compañía ALOMIL para reclamar daños y perjuicios; y, que dicha sociedad, en el eventual caso de existir una víctima por daño alguno, no tendría dicha calidad.

Para abordar el tema, en breves líneas, corresponde referirnos a la “*Legitimitio ad processum*” y “*legitimitio ad causam*”. La legitimación en la causa, conocida también como *legitimitio ad causam*, es la que le permite a una persona formular o contradecir una pretensión; Para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legítimo contradictor). En cambio, la *legitimitio ad processum* se refiere a la capacidad jurídico procesal de las partes o a la representación para intervenir en juicio a nombre de otro. En este segundo caso sí estamos frente a un presupuesto procesal, de modo que la falta de capacidad de quien se presenta como parte procesal o el no tener la representación que se invoca, ocasiona lo que en nuestro lenguaje procesal se conoce como ilegitimidad de personería.

Dicho lo anterior, es claro que el cuestionamiento del recurrente, tiene relación exclusiva con la legitimación en la causa (*legitimitio ad causam*) que tiene ALOMIL S.A., en la presente acción, ya que increpa que dicha persona jurídica no tenía derecho para formular la pretensión, y que no es titular del derecho discutido.

Ahora bien, el contexto del caso tiene relación con el daño producido por OTECEL S.A. (por la elaboración y presentación de informes en base a datos errados), en contra de ALOMIL S.A., lo que causó que los personeros de dicha sociedad sean sometidos al poder punitivo del Estado, lo que como consecuencia provocó la deriva de la persona jurídica,

más aun con el impacto que tuvo dicha situación en el medio comercial de las telecomunicaciones, en detrimento de dicha compañía, hasta provocar su liquidación.

En el escenario singularizado, este Tribunal advierte que Alomil S.A., en función de los derechos de acción y petición, sobre la base del principio de tutela judicial efectiva, comparece al órgano jurisdiccional, por intermedio de Horacio Alfredo Areco Pérez, en calidad de Gerente General y Representante Legal de la Compañía ALOMIL, S.A. “En liquidación”, demandando daños y perjuicios por el daño irrogado a dicho ente jurídico, que provocó su ruina; ergo, es claro que, lo medular del libelo, es el daño generado a dicha sociedad derivado de una serie de factores causales tales como la elaboración y presentación de informes en base a datos errados por parte de OTECEL S.A., el consecuente procesamiento penal de personeros de ALOMIL S.A., y la incidencia de dichas cuestiones en la vida y giro social de la persona jurídica, que ultimó con su liquidación; ergo, tomando en consideración que una persona jurídica tiene capacidad para ejercer derechos, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, como en efecto ha sucedido en el presente caso, deviene en impreciso afirmar que no se aplicó el artículo 564 del Código Civil.

Sobre la base de la misma línea argumentativa, considerando que lo que pertenece a una corporación, no pertenece, ni en todo ni en parte, a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación; al no ser el objeto de la demanda cuestiones atinentes a la amalgama, confusión o separación del patrimonio individual de los personeros o socios de ALOMIL S.A., en relación con el patrimonio (activo o pasivo) del ente jurídico, no es de trascendencia la invocación y menos aún aplicación de los artículos 568 y 1957 del Código Civil.

En la misma ilación descrita *ut supra*, además, tomando en consideración lo analizado por este órgano jurisdiccional al contestar el cargo de errónea interpretación del artículo 379 de la Ley de Compañías, habida cuenta que el caso no atañe un derecho u obligación derivados de un crédito, no es plausible en el caso la aplicación de los artículos 594, 595, 596, 597 y 1592 del Código Civil, referentes a los derechos reales o personales, derechos y acciones, y a uno de los modos de extinguirse las obligaciones.

Para ultimar, el análisis desarrollado a lo largo de esta resolución, coadyuva a inferir que se avizoran imputaciones a título de culpa en la demanda, y congruentemente, el *ad quem*, decide condenar por responsabilidad civil extracontractual culposa, de lo cual, se deduce que el contenido del artículo 2184 del Código Civil, en lo pertinente, si fue aplicado en la sentencia del *ad quem*, ya que se delimito el caso a una responsabilidad derivada de una obligación contraída extracontractualmente, por hechos culposos en la esfera de un cuasidelito, lo que como consecuencia genera de forma ineludible la indemnización correspondiente.

Por todo lo indicado, no se advierte falta de aplicación de normas de derecho sustantivo, en la labor intelectual de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte recurrente a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el

razonamiento del juzgador, sobre las normas que se consideran violadas y por ende provocarían un error de derecho; así mismo, no explica la influencia que ha tenido el presunto error *in iure*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en los cargos planteados por la parte impugnante persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una falta de aplicación de las normas acusadas, es improcedente.

**SÉPTIMO:
DECISIÓN.**

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 16 y más pertinentes de la Ley de Casación, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

7.1) Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Lonny Fabian Espinoza Simancas, procurador judicial de la compañía OTECEL S.A., demandada, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.

7.2) Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y el rechazo total del recurso de casación, conforme la parte final del artículo 12 de la Ley de Casación, corresponde que el Tribunal *a quo*, entregue a la parte perjudicada (actora) el valor total de la caución.

7.3) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dr. David Jacho Chicaiza
JUEZ NACIONAL (E) PONENTE

Dr. Roberto Guzmán Castañeda
JUEZ NACIONAL (E)

Dr. Wilman Terán Carrillo
JUEZ NACIONAL (E)

Certifico.-