

RESOLUCION No.- 0239-2013

Juicio No. 386-2012

JUEZA PONENTE: Dra. Paulina Aguirre Suárez

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

Quito a, 16 de septiembre del 2013, a las 10h00.- -----

VISTOS (386-2012): En virtud de que la Jueza y Jueces abajo firmantes, hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero del 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y conforme el acta de sorteo que consta en el expediente, somos competentes y conocemos de la presente causa.- **Antecedentes:** En el juicio ordinario que por nulidad de remate y adjudicación siguen Graciela del Carmen, Luis Gonzalo, Isabel del Rosario y Rosa de los Ángeles Asimbaya Cartagena contra Guillermo Patricio Morán Guillén; el demandado interpone recurso de hecho ante la negativa del de casación que formulara, respecto de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el de 21 de marzo del 2012, a las 10h17, que revoca el fallo del juez de primer nivel, y en lo principal acepta la demanda.- El recurso se encuentra en estado de resolver, para el efecto, el Tribunal de la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERO: Competencia:** Este Tribunal es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el Art. 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y el Art. 1 de la Ley de Casación.- El recurso de hecho y por ende el de casación ha sido admitido a trámite por la Sala de Conjueces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 11 de marzo del 2013; las 11h45, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación.- Corresponde a este Tribunal la resolución del recurso de casación, en virtud del sorteo realizado acorde a lo previsto en el Art. 183, inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, conforme obra de la razón precedente.- **SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de casación:** La casacionista fundamenta su recurso en las siguientes causales del Art. Art. 3 de la Ley de Casación: **2.1.-**

En la causal segunda de esa norma, por falta de aplicación de los arts. 346, numeral 3, 472 473 del Código de Procedimiento Civil.- **2.2.-** En la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación por aplicación indebida del art. 165 del Código de Procedimiento Civil.- **2.3.-** En la causal cuarta de art. 3 de la Ley de Casación: “Resolución en la sentencia de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella los puntos de la litis”, infringiéndose la norma del art. 273 del Código de Procedimiento Civil, por los vicios de extra petita y cita petita.- **2.4.-** Finalmente, en la causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación, por existir incongruencia e incompatibilidad entre lo expuesto y lo decidido.- En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.- De conformidad a lo establecido en la doctrina y la jurisprudencia, se deben analizar en primer lugar las causales que corresponden a vicios “*in procedendo*”, que afectan a la validez de la causa y su violación determina la nulidad total o parcial del proceso, así como también se refieren a la validez de la sentencia impugnada; vicios que están contemplados en las causales segunda, cuarta y quinta; en segundo orden, procede el análisis de las causales por errores “*in iudicando*”, que son errores de juzgamiento, los cuales se producen, ya sea por violación indirecta de la norma sustantiva o material, al haberse producido una infracción en los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que tengan como consecuencia la violación de una norma de derecho o por una infracción directa de esta clase de normas, vicios que se hallan contemplados en las causales tercera y primera.- **TERCERO.- Cargos contra la sentencia-** **3.1.-** El recurrente formula los siguientes cargos: **3.1.1.-** Por la causal segunda del art. 3 de la Ley de Casación, acusa primeramente la falta de aplicación del art. 346 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, norma que dispone: “*Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 3. Legitimidad de personería.*”.- Al respecto afirma que las actoras en su demanda al consignar las generales de ley del demandado, indican expresamente que es casado, como efectivamente lo es desde hace treinta y dos años, pero en ningún momento se demandó ni citó a su cónyuge, Nieves Esthela Hinojosa Endara, dejándola en indefensión como lo alegó

oportunamente en sus excepciones; esto por cuanto al haber rematado los bienes del deudor en el juicio ejecutivo, Gonzalo Cartagena, los bienes rematados pasaron a formar parte de la sociedad conyugal y el 50% le pertenece a su cónyuge, pero la demanda es planteada exclusivamente en su contra, negándole a su cónyuge el derecho a la defensa, lo que provocó el vicio denominado “ilegitimatio ad causam” o falta de legítimo contradictor, por lo que no se conformó la litis consorcio pasivo. Que aquello vulnera la garantía al debido proceso contemplada en el Art. 76, numeral 7, letra a) de la Constitución de la República, referente al derecho a la defensa.- El segundo cargo por la causal segunda del art. 3 de la Ley de Casación es la falta de aplicación de los arts. 472 y 473 del Código de Procedimiento Civil, normas que establecen: “Art. 472.- *El remate será nulo y el juez responderá de los daños y perjuicios: 1. Si se verifica en día feriado o en otro que no fuese el señalado por el juez; 2. Si no se hubieren publicado los avisos que hagan saber al público el señalamiento del día para el remate, la cosa que va a ser rematada y el precio del avalúo; y, 3. Si se hubieren admitido posturas presentadas antes de las catorce horas o después de las dieciocho horas del día señalado para el remate.* Art. 473.- *Esta nulidad sólo podrá ser alegada antes de que se dicte el auto de adjudicación de los bienes rematados. El juez resolverá sobre ella y, de decidir que no existe nulidad, en el mismo auto hará la adjudicación. De lo que resuelva, podrá apelarse para ante la corte superior, la que fallará por el mérito del proceso y de cuyo fallo no se admitirá recurso alguno.* “.- Expresa el recurrente que de estas normas se colige el procedimiento para declaratoria de nulidad del remate y consecuente adjudicación, que debe ser antes de que se dicte el auto de adjudicación de los bienes rematados, ante el mismo juez que ordenó el remate y hacer lo contrario significa violar expresamente normas de orden público que atenta al principio constitucional a la seguridad jurídica previsto en el art. 82 de la Constitución de la República. Que además la nulidad del remate y adjudicación responden a tres causales previstas en la Ley y se lo requiera antes de dictarse el auto de adjudicación, en este caso concreto, del 25 de febrero del 2004; sin que se cumplan los requisitos o condiciones previstas en las normas antes señaladas y que se lo ha hecho ante distinto juez y dos años después de ejecutoriado el auto de adjudicación. Al efecto cita parte de un fallo de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia

publicado en la Gaceta Judicial No. 4 Serie XVII, págs. 993 a 995.- **3.1.2.-** Con respecto a la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, se acusa la falta de aplicación del art. 165 del Código de Procedimiento Civil, pues expresa que la participación del Notario en el Certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Otavalo de 7 de septiembre del 2005, se limita a protocolizar el documento pero no da fe del contenido del mismo, pues no es de su competencia extender certificaciones de gravámenes que corresponde al Registrador de la Propiedad el que puede ofrecer una información veraz y oportuna sobre inmuebles; sin embargo la Corte de instancia acoge esos documentos como información que contiene aspectos fundamentales.- **3.1.3.-** Sobre la causal cuarta del art. 3 de la Ley de Casación, el recurrente expresa que se ha infringido el art. 273 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: *“La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella.”*; por los vicios de extra y citra petita.- En el primer caso, indica que las actoras, al fundamentar el recurso de apelación, en escrito de 1 de octubre del 2007, textualmente menciona: **“Señores Ministros Jueces, no estamos demandando la nulidad del auto de adjudicación en remate, sino la nulidad de la venta forzada, como es el caso de la adjudicación en remate...”** (sic), siendo ésta la fundamentación del recurso de apelación sobre la cual debía desarrollarse la segunda instancia, por tanto, al resolver favorablemente sobre algo que las actoras no solicitaron, se produce el vicio de extra petita.- Que además, en relación a sus excepciones, la Sala reproduce las siguientes: ilegitimidad de personería; falta de legítimo contradictor; preclusión; y, cosa juzgada, pero nada dice respecto de esas excepciones, cual el art. 273 obliga a pronunciarse acerca de los puntos sobre los cuales se trabó la litis, sin embargo, indica, nada se ha resuelto sobre la ilegitimidad de personería, sobre la falta de legítimo contradictor, tampoco sobre la institución de la preclusión y sobre la cosa juzgada, por lo que resulta un pronunciamiento parcial sobre todas las cuestiones planteadas.- **CUARTA: Motivación:** Conforme el mandato contenido en el art. 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, 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 o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso.- La falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución.- Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: **4.1.-** Corresponde en primer lugar analizar los cargos por la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación.- La causal segunda contemplada en el Art. 3 de la Ley de la materia es la llamada por la doctrina “error in procedendo” que se produce cuando la sentencia ha sido expedida dentro de un proceso viciado de nulidad absoluta o insanable o provocado indefensión. La transgresión consiste, según señala la norma, en “la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”.- Esta causal, está dirigida a corregir la violación de normas adjetivas que pudiesen haber ocasionado la nulidad.- Dos son los principios que regulan la causal segunda de casación, el principio de especificidad, es decir, que las solemnidades sustanciales del proceso, cuya omisión ocasiona la nulidad, deben estar específica y puntualmente determinadas en la ley; y el de trascendencia, por el cual tal omisión debe haber influido o podido influir en la decisión de la causa.- Este principio de trascendencia está consagrado en forma general para todos los procesos e instancias en los arts. 346, 349 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, cuando dispone que la nulidad, puede y debe ser declarada por el juzgador, aun de oficio, ya sea por omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos o en particular a cierto tipo de causas o por violación de trámite que anula el proceso.- Además, esta causal se relaciona con los principios y garantías fundamentales al “debido proceso” establecidos en el art. 76 de la Constitución de la República, que determina las garantías básicas de las personas dentro de un proceso administrativo o judicial, como es el caso del derecho a la defensa.- **4.1.1.-** El primer cargo es el de falta de aplicación del Art. 346 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, por el incumplimiento en la causa de la solemnidad sustancial de legitimidad de personería, al no haberse demandado en este proceso a la

cónyuge del accionado.- Al respecto tenemos que el recurrente confunde lo que es la ilegitimidad de personería con la falta de legítimo contradictor.- De acuerdo con nuestra legislación procesal, pueden comparecer a juicio como actor o demandado, todas las personas que la ley declara capaces para adquirir derechos y contraer obligaciones, por tanto los que tienen incapacidad, absoluta o relativa, deben comparecer a través de su representante legal, como es el caso de los menores de edad, de las personas jurídicas, de interdicto, etc.- El art. 43 del Código Procesal Civil, determina que pueden comparecer a juicio las partes personalmente o a través de su representante legal, mandatario o procurador judicial.- Por tanto, existe ilegitimidad de personería cuando quien comparece a juicio por otro no tiene tal representación, por no justificarla legalmente o aun teniendo poder o procuración, éste es insuficiente.- La legitimación en causa es de naturaleza distinta, se relaciona no con la capacidad para comparecer a juicio, sino que la titularidad del derecho para controvertir por tener interés sustancial en el asunto materia del litigio. Tal legitimación es activa, cuando el que demanda es la persona a quien le corresponde ejercer la acción, el titular del derecho que se reclama mediante la acción; y, es pasiva, en cambio, si quien es demandado es la persona llamada por ley a controvertir, a contestar la demanda y proponer excepciones, ya que es esa persona a la que se le exige el cumplimiento de una obligación, de ser ese el caso.- La litis consorcio necesaria, se refiere a que en el proceso judicial han de intervenir todas las personas con legitimación activa y pasiva, de tal manera que la sentencia que dicte el juzgador en la causa pueda surtir plenos efectos; por ende, cuando existe pluralidad de sujetos legitimados activos o pasivos, es necesaria la concurrencia de todos ellos.- En el primero de estos eventos, la falta de representación legal determina la nulidad de la causa, por mandato expreso de los Arts. 344 y 346 del Código de Procedimiento Civil, ya que sin representación no hay capacidad para actuar; y, en el segundo evento, en cambio, la falta de litis consorcio necesario provoca que en el juicio no estén presentes que integran la relación jurídica sustancial o material para intervenir como actores o demandados, de tal manera que sería inútil la consideración de los hechos y el derecho si la sentencia no va a surtir efectos para las partes interesadas, por ello la jueza o juez se abstiene de dictar sentencia de fondo y dicta un fallo desestimatorio.-

Así tenemos que la Jurisprudencia Ecuatoriana se ha pronunciado ampliamente sobre este tema, en fallos como el siguiente: *"Al haberse acusado a la sentencia de incurrir en falta de aplicación de normas de procedimiento que daría lugar a la declaratoria de nulidad del proceso, es necesario considerar previamente tal hecho, ya que, de proceder, le estaría vedado a la Sala pronunciarse sobre los demás cargos imputados a la sentencia objeto del recurso. Al efecto, es prioritario puntualizar lo siguiente: 1) La doctrina procesal habla de legitimatio ad causam y de legitimatio ad processum; la primera, es la legitimación en la causa, y su ausencia determina la falta de legítimo contradictor; y la segunda, es la legitimación en el proceso, y su ausencia determina la ilegitimidad de personería; de ellas, la última es de interés del recurrente. La misma doctrina enseña que la legitimación, en general, es la titularidad del derecho respecto al objeto del proceso, de donde se infiere que la legitimidad de personería es una calidad del sujeto jurídico, que determina que éste pueda actuar en un proceso por tener capacidad legal o aptitud jurídica para comparecer a juicio, así como también la de representación legal y suficiente para litigar. 2) Legalmente, se considera que hay ilegitimidad de personería cuando comparece a juicio: a) quien por si solo no tiene capacidad para hacerlo; "La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por si misma, y sin el ministerio o la autorización de otra", según lo previsto en el artículo 1461, inciso final de la Codificación actual del Código Civil; b) quien afirma ser representante legal y no lo es; el artículo 570 del Código Civil establece quiénes representan a las personas jurídicas; c) el que afirma ser procurador y no tiene poder, situación prevista en el artículo 38 del Código Adjetivo Civil; d) el procurador cuyo poder es insuficiente; y, e) quien gestiona a nombre de otro y su actuación no ha merecido su aprobación, en el evento de que haya comparecido ofreciendo poder o ratificación. 3) Los artículos 353 y 355 del Código de Procedimiento Civil que según el recurrente se habría infringido en la sentencia, prescribían: "Art. 353 (actual 344): "Cuando el proceso es nulo.- Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1067, el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código"; y, el artículo 355 (actual 346), "Solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios.- Son solemnidades sustanciales a todos los juicios e instancias: ... 3. Legitimidad de*

personería;" (Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII, No. 2. Página 710 - Quito, 7 de junio de 2006).- **4.1.2.-** El segundo cargo consiste en que se ha producido la nulidad de la causa al no aplicarse los preceptos de los arts. 472 y 473 del Código de Procedimiento Civil; la primera de estas normas establece las causas por las cuales se puede solicitar se declare nulo el remate, que son: 1) si se verifica en día feriado o en otro que no fuese el señalado por el juez; 2) si no se hubieren publicado los avisos que hagan saber al público el señalamiento del día para el remate, la cosa que va a ser rematada y el precio del avalúo; y, 3) Si se hubieren admitido posturas presentadas antes de las catorce horas o después de las dieciocho horas del día señalado para el remate.- La segunda de esas normas en cambio establece el momento procesal oportuno para alegar la nulidad del remate, esto es antes de que se dicte el auto de adjudicación.- Al respecto este Tribunal considera que la nulidad del embargo y adjudicación en la fase de ejecución de una sentencia judicial, sea en un juicio ejecutivo, ordinario o verbal sumario, se puede solicitar por alguna de las partes interesadas, incluidos los postores, solamente antes de que la jueza o juez que ejecuta la sentencia se pronuncie sobre la adjudicación y exclusivamente por los motivos o causales de nulidad que están expresamente previstos en la ley; sin embargo, cuando la nulidad es motivo de pretensión en una nueva acción judicial, a través de un juicio ordinario, las causales pueden variar, ya que si consideramos al remate y adjudicación como una venta forzosa, podría eventualmente existir algún motivo de nulidad de aquellos que son comunes a todos los actos o contratos.- Esto significa que si el proceso de ejecución ha concluido con la adjudicación del bien materia del remate, la sentencia, además de estar ejecutoriada, está ejecutada con los efectos de la cosa juzgada, por tanto, no procede que a futuro en otro proceso judicial se pueda revisar nuevamente la validez del remate y adjudicación por las causales previstas en el art. 472 del Código de Procedimiento Civil, pero si es procedente se alegue la nulidad por otras causales distintas a las contempladas en esa norma.- Por otra parte, la procedencia legal de demandar en juicio ordinario la nulidad del remate y adjudicación practicado en otro juicio anterior, tiene relación con la legalidad de la acción, con el derecho a demandar, situación distinta al de la nulidad procesal contemplada en la causal segunda del art. 3 de la Ley de Casación.- Por las consideraciones expuestas,

se desecha el cargo por dicha causal.- **4.2.-** Procede a continuación analizar los cargos que se sustentan en la causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación.- **4.2.1.-** Esta causal hace relación a los requisitos que la ley establece para la validez de una sentencia y a decisiones contradictorias o incompatibles en la resolución.- La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo en la resolución judicial; son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. es decir, en lo formal, se refiere a los requisitos que están contenidos en los Arts. 275 y 287 del Código de Procedimiento Civil; en tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución, así un requisito esencial de fondo es la motivación, que constituye la obligación del juzgador de señalar las normas legales o principios jurídicos que sustentan su fallo y la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. La segunda parte, en cambio, determina que existen motivos para casar una sentencia o auto definitivo, cuando en su parte resolutive se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la acción y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten de la normas de derechos aplicables al caso, arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los antecedentes y fundamentos de derecho, como por ejemplo, si en un juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el juez estima que se han reunido todos los requisitos que la ley exige para esta forma de adquirir el dominio de bienes inmuebles, sin embargo en la parte resolutive de la sentencia declara sin lugar la demanda, evidentemente existe contradicción, incongruencia, etc.; la incompatibilidad resulta de la propia resolución, porque las disposiciones del juez carecen de congruencia y no permiten su ejecución. Si el cargo es por la existencia de contradicciones o incompatibilidades, se requiere la explicación razonada de cuál o cuáles son las conclusiones resolutorias que se anulan mutuamente precisamente por contradictorias o incompatibles, pues los vicios que configuran la causal quinta emanan del

análisis de la resolución o de la parte dispositiva del fallo.- **4.2.2.-** Los cargos que plantea el recurrente, respecto a que se infringen las disposiciones legales de los arts. 281 y 289 del Código de Procedimiento Civil relativos a la aclaración y ampliación y que los autos solo pueden aclararse, ampliarse reformarse o revocarse por el mismo juez que los pronunció, así como de que la sentencia no puede ser alterada o revocada por el juez que la dictó, no guardan relación con el tipo de infracción que está prevista en la causal quinta de casación, ya que no se trata del cumplimiento de algún requisito de forma o de fondo para la validez de las sentencias o de algún caso de contradicción o incompatibilidad de la resolución.- Es necesario aclarar que si se demanda la nulidad del remate y adjudicación en un nuevo juicio ordinario, esta acción no se refiere a los casos contemplados en las disposiciones legales antes mencionadas, sino que se trata de un nuevo juicio, en el que se deberá analizar la procedencia o no de la acción.- Tampoco tienen relación alguna con la causal quinta de casación los argumentos que expone el recurrente, en relación o que el bien objeto del remate fue adquirido por el deudor en condición de casado pero con disolución de sociedad conyugal y que no perteneció a herederos sino al patrimonio exclusivo del deudor, no son aspectos que se puedan analizar a la luz de la mencionada causal.- En virtud de lo expuesto, se desechan los cargos antes analizados.- **4.3.-** Procede a continuación revisar lo relativo a la causal cuarta del art. 3 de la Ley de Casación.- **4.3.1.-** La causal cuarta de casación corresponde a: *“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”*.- Los vicios que configuran la causal cuarta son relativos a la inconsonancia o incongruencia resultante de la comparación entre la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y las excepciones deducidas, esto es, el asunto o asuntos que son materia de la litis. Los vicios que tipifican la causal cuarta afectan al principio de congruencia, que consiste en la concordancia que debe haber entre las pretensiones de la demanda, los medios de defensa o contrademanda deducidos por la parte demanda, y la resolución del juez, a lo que la doctrina y jurisprudencia llama congruencia externa; y, la interna, que consiste en la concordancia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia. El principio de la congruencia delimita el contenido de la sentencia en cuanto ésta debe

pronunciarse de acuerdo con el alcance de las pretensiones, impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a fin de que exista identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. Acorde a la doctrina y la jurisprudencia, esta incongruencia, que es un error de procedimiento o vicio de actividad, puede tener tres formas o aspectos: 1) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); 2) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido, es decir se decide sobre puntos que no son objeto del litigio (extrapetita); 3) cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra o mínima petita).- Para que los cargos por la causal cuarta procedan, el escrito de casación debe contener: 1. El señalamiento de los puntos que configuran el objeto del litigio, refiriéndose a las pretensiones de la demanda o reconvención, a las excepciones y a las conclusiones del fallo. 2. La concreción del punto o puntos que se han resuelto sin ser parte del litigio (extra petita), o de la cuestión o cuestiones que se han resuelto en demasía o más allá de lo pedido (ultra petita), o la especificación de los aspectos que no se han resuelto habiendo sido parte del litigio (citra petita). 3. La determinación de la norma o normas jurídicas infringidas con los antes referidos vicios.- **4.3.2.-** El recurrente acusa que la sentencia de segunda instancia ha resuelto sobre algo que los actores no solicitaron en su demanda y que además, no se ha pronunciado sobre todas las excepciones propuestas.- Para determinar si se ha incurrido en el error de incongruencia que contempla la causal cuarta de casación es necesario analizar aquello que forma parte de la litis con lo resuelto en la sentencia, a fin de determinar si los juzgadores han ceñido su resolución a los temas materia del litigio, o por el contrario, se han separado de la traba de la litis.- El asunto materia de la litis está constituido por la pretensión del actor establecido en la demanda y por las excepciones que en oposición propone el demandado.- En esta causa, los actores demandan se declare la nulidad del auto de adjudicación en remate dictado por el Juez Segundo de lo Civil de Imbabura el 12 de noviembre del 2003, protocolizado en la Notaría Primera del cantón Otavalo e inscrito en el Registro de la Propiedad de ese cantón el 25 de marzo del 2004, dictado dentro del juicio ejecutivo No. 167-2001, seguido ante esa Judicatura por Guillermo Patricio Morán contra Segundo Gonzalo Cartagena.- En la contestación a la demanda se proponen las siguientes excepciones: 1.- Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2.- Incompetencia en razón del grado.- 3.-

Improcedencia de la acción por el fondo y por la forma. 4.- Falta de derecho de la actora para proponer la demanda. 5.- Ilegitimidad de personería. 6.- Falta de legítimo contradictor. 7.- Preclusión. 8.- Cosa Juzgada.- La parte actora, al determinar los puntos a los que se contrae el recurso de apelación manifestó que no se ha demandado la nulidad del auto de adjudicación en remate sino la nulidad de la venta forzada con sustento en el art. 1753 del Código Civil.- La Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, en sentencia de 21 de marzo del 2012, declara la nulidad del auto de adjudicación de fecha 25 de febrero del 2004, dictado dentro de la causa No. 167-2001.- A criterio de este Tribunal es evidente la contradicción entre lo expuesto por las actoras en su demanda inicial en la que solicitan se declare la nulidad del auto de adjudicación en el juicio ejecutivo por haberse rematado bienes que no le pertenecían al deudor ejecutado, concretamente el 50% de derechos y acciones respecto del inmueble ubicado en el cantón Otavalo, con lo que posteriormente plantean al concretar los puntos a los que se contrae el recurso de apelación, al decir que solicitan la nulidad de la venta forzosa de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone que existe, pero no existe, conforme la norma del art. 1753 del Código Civil; tanto más que el Tribunal ad quem, en el considerando segundo de su sentencia expresa que la materia controvertida en segunda instancia se contrae a los aspectos determinados explícitamente en el recurso de apelación, conforme el art. 408 del Código de Procedimiento Civil; pero, en la parte expositiva y resolutive de la sentencia, se aparta de este axioma.- Por tanto, una cosa es lo que se pide en la demanda, otra distinta es la que se indica al determinar los puntos del recurso de apelación y, en sentencia, no se pronuncia sobre aquellos puntos, sino sobre la demanda como fue originalmente planteada.- En cuanto a la acusación de que no se han pronunciado sobre todas las excepciones como correspondía, se establece que efectivamente, la Sala Civil de la Corte Provincial de Imbabura, no analiza ni se pronuncia sobre las excepciones de ilegitimidad de personería, falta de legítimo contradictor, preclusión para pronunciarse sobre la nulidad del auto de adjudicación y cosa juzgada; las que fueron propuestas para contradecir la pretensión de la parte actora en su demanda y, por ende debieron ser analizadas.- Las excepciones son el medio de defensa del que cuenta un

demandado dentro del proceso, a través de ellas ejercita su garantía al debido proceso prevista en el art. 76, numeral 7, letras c) y h), que establecen: *“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: c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. h) Presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”*. - Es precisamente a través de las excepciones que el demandado presenta sus argumentos para refutar una acción incoada en su contra, y a través de ellas busca enervarla para que se desestimen las pretensiones de una demanda.- Los juzgadores tiene la obligación de pronunciarse expresamente sobre todas y cada una de las excepciones que haya planteado el demandado, expresando argumentadamente las razones por las cuales admite o desecha cada una de ellas, y al no hacerlo, como ocurre en este caso, incurre en el vicio de citra petita contemplado en la causal cuarta del art. 3 de la Ley de Casación, que amerita se case la sentencia, tanto más si de esta manera se está afectando el derecho a la defensa garantizado en la norma constitucional antes citada.-

QUINTO: Por lo tanto, este Tribunal, en aplicación de lo previsto en el Art. 16 inciso segundo de la Ley de Casación, casa la sentencia expedida por la Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial Justicia de Imbabura y en su lugar dicta sentencia de mérito, para cuyo efecto se considera: **5.1.-** Este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1 y 16 de la Ley de Casación, en concordancia con el Art. 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **5.2.-** El proceso es válido, pues no existe violación de solemnidad sustancial alguna o del trámite inherente a la causa que haya ocasionado indefensión o provocado nulidad insanable, acorde a los arts. 344, 346 y 1014 del Código de Procedimiento Civil.- **5.3.-** A fojas 435 a 437 vta. del cuaderno de primer nivel comparecen Graciela del Carmen, Luis Gonzalo, Isabel del Rosario y Rosa de los Ángeles Asimbaya Cartagena, manifestando que del proceso ejecutivo No. 167-2001 seguido por Guillermo Patricio Morán Guillén contra Segundo Gonzalo Cartagena, que adjuntan en copia certificadas se

desprenden omisiones de solemnidades que acarrearán la nulidad del proceso como son: 1. El actor inicia su demanda por cobro de dinero con fundamento en una letra de cambio suscrita por el demandado; para asegurar el pago de lo adeudado adjunta un certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Otavalo, en el que consta que el demandado, Segundo Gonzalo Cartagena ha vendido a los cónyuges Ángel Polibio Gualán Poma y María Rosa Lema Cotacachi, el 50% de sus derechos y acciones en un inmueble ubicado en la ciudad de Otavalo; que por esta razón el demandado ya no tenía derechos de propiedad sobre el inmueble, sin embargo se ordena la prohibición de enajenar.- 2. Que a fs. 27 del proceso ejecutivo consta que el actor hace conocer al juez del fallecimiento del demandado Segundo Gonzalo Cartagena, por lo que solicita se cite por la prensa a Manuel Cartagena Hinojosa y a los herederos de Dolores Cartagena Hinojosa y el Juez ordena se cite a los herederos desconocidos del demandado, pero nada dice de los herederos de María Dolores Cartagena Hinojosa, quien a la fecha era fallecida, pese al pedido del actor. Que tampoco se ha contado en este juicio con los cónyuges Ángel Polibio Gualán Poma y María Rosa Lema Cotacachi, compradores de los derechos y acciones que correspondían al demandado y que ocupan su lugar, razón por la cual debían ser citados para que puedan ejercer su derecho a la defensa.- 3. Que a fs. 114 del proceso ejecutivo consta la petición del actor de embargo de un inmueble detallado en la letra b) en la forma siguiente: las acciones y derechos en el 50% que correspondían al deudor, Segundo Gonzalo Cartagena, en el inmueble ubicado en la parroquia San Luis, barrio San Juan del cantón Otavalo cuyas características y dimensiones constan en el certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Otavalo. El Juez, en providencia de 19 de abril del 2003, ordena el embargo de los derechos y acciones que correspondían al demandado en el citado inmueble y además de otro inmueble ubicado en la ciudad de Ibarra. Respecto del primer bien inmueble aparece que el demandado dio en venta el cincuenta por ciento de los derechos y acciones a los cónyuges Ángel Polibio Gualán Poma y María Rosa Lema Cotacachi, por tanto, ya no tenía acciones y derechos en ese inmueble.- 4. Que a fs. 137 del juicio ejecutivo No. 167-2001 comparece Guillermo Morán Guillén solicitando el remate de los bienes embargados, petición que es aceptada por el Juez disponiendo el remate de algo que a esa

fecha no existía. Entre los bienes embargados consta el 50% de derechos y acciones de Segundo Cartagena, pero en los carteles de remate el Juez autoriza el de otro inmueble muy diferente al de propiedad del demandando, cuando se autoriza el remate de un cuerpo cierto y determinado dentro de unos linderos que en realidad no existen, perjudicando los derechos de propiedad de los herederos de María Dolores Cartagena Hinojosa y de Manuel Vicente Cartagena Hinojosa, nietos e hijo legítimos de Felipa Hinojosa, cónyuge del demandado en el juicio ejecutivo, perjudicando su derecho al herencia reconocido en el art. 39 de la Constitución de la República. Que además, debió contarse con el consentimiento de los demás copropietarios del otro 50%, conforme la norma del art. 505 del Código de Procedimiento Civil. Expresan los actores que con tales antecedentes, con fundamento en los arts. 505 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; arts. 9, 10, 1697, 1698, 1699 y 1753 del Código Civil, demandan en juicio ordinario a Guillermo Patricio Morán Guillén la nulidad absoluta del auto de adjudicación en remate realizado sobre el inmueble que se halla descrito en el auto dictado por el Juez Segundo de lo Civil de Imbabura el 12 de diciembre del 2003, protocolizado en la Notaría Primera del cantón Otavalo el 25 de marzo del 2004, inscrito en el Registro de la Propiedad de Otavalo el 28 de abril del 2004, a fin de que se ordene la nulidad de dicho auto de adjudicación y se notifique al Registrador de la Propiedad para que proceda a la cancelación de la inscripción. Además solicitan se cuente como legítimo contradictor al Juez Segundo de lo Civil de Imbabura, con jurisdicción en el cantón Ibarra.- Citado el demandado, Guillermo Patricio Morán Guillén, quien comparece a fojas 446 y 446 vta. del expediente de primer nivel, y contestando la demanda propone las siguientes excepciones: 1.- Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2.- Incompetencia en razón del grado.- 3.- Improcedencia de la acción por el fondo y por la forma. 4.- Falta de derecho de la actora para proponer la demanda. 5.- Ilegitimidad de personería. 6.- Falta de legítimo contradictor. 7.- Preclusión. 8.- Cosa Juzgada.- **5.4.-** De conformidad con lo previsto en los arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, las partes han solicitado y practicado las siguientes diligencias probatorias: Por la parte actora: 1) Que se reproduzca y se tenga como prueba de su parte todo cuanto de autos le fuere favorable. 2) Que se reproduzca como prueba a su favor el

certificado del Registro de la Propiedad que obra de autos, en el que consta la venta de derechos y acciones de la propiedad. 3) Se oficie al Registrador de la Propiedad del cantón Otavalo para que confiera un certificado de que Segundo Gonzalo Cartagena vendió el 50% de sus derechos y acciones a Ángel Polibio Gualán el 30 de noviembre del 2002, inscrita en el Registro de la Propiedad el 18 de diciembre del 2002; y que certifique las acciones que correspondían a María Felipa Hinojosa en el inmueble materia de la litis. 4) Se llame a rendir confesión judicial a Guillermo Morán Guillén de acuerdo al pliego de preguntas que adjunta en sobre cerrado. 5) Se señale día y hora para una inspección judicial al inmueble ocupado por el demandado a fin de establecer linderos y dimensiones del mismo.- Por la parte demandada: 1) Que se reproduzca y se tenga como prueba de su parte todas las excepciones deducidas al contestar la demanda. 2) Que se tenga como prueba de su parte las copias certificadas de las sentencia de primera y segunda instancia de 22 de julio y 6 de diciembre del 2002. 3) La copia de su cédula de ciudadanía en la que consta su estado civil de casado. 4) El auto de adjudicación dictado por el Juez Segundo de lo Civil de Imbabura de 12 de noviembre del 2003, inscrito en el Registro de la Propiedad de Otavalo el 28 de abril del 2004.- **5.5.-** Analizada la acción de los actores, tenemos que en su demanda pretenden se declare la nulidad del auto de adjudicación en remate dictado por el Juez Segundo de lo Civil de Imbabura el 12 de diciembre del 2003, protocolizado en la Notaría Primera del cantón Otavalo el 25 de marzo del 2004, inscrito en el Registro de la Propiedad de Otavalo el 28 de abril del 2004, respecto de un inmueble ubicado en el sector urbano de la parroquia San Luis, cantón Otavalo, cuyos linderos y dimensiones se detallan en dicho auto. Fundamentan su petición expresando que el demandado en el juicio ejecutivo 167-2001, Segundo Gonzalo Cartagena, no tenía ninguno derecho de propiedad sobre ese inmueble, ya que al haber sido adquirido con quien fuera su cónyuge, María Felipa Hinojosa, pertenecía a la sociedad conyugal que tenía formada con aquella; a la muerte de su cónyuge, le correspondía solo el cincuenta por ciento de los gananciales en la sociedad conyugal; que posteriormente, Segundo Gonzalo Cartagena vendió sus derechos y acciones (50%) a los cónyuges Ángel Polibio Gualán Poma y María Rosa Lema Cotacachi, de tal manera, que al momento del embargo y posterior remate y adjudicación, el deudor y demandado en el juicio

ejecutivo, carecía de derecho de propiedad sobre el inmueble.- La demanda la dirigen contra el acreedor y adjudicatario en el juicio ejecutivo, Guillermo Patricio Morán Guillén, así como también, como legítimo contradictor, contra el Juez Segundo de lo Civil de Imbabura, con sede en el cantón Ibarra, sin especificar el nombre de la persona que tiene esa calidad. El Juez Sexto de lo Civil de Imbabura, en auto de 6 de febrero del 2006, a las 09h44, califica la demanda y la admite a trámite, y ordena citar a los demandados Guillermo Patricio Morán Guillén y Juez Segundo de lo Civil de Imbabura, diligencia procesal que efectivamente fue practicada, según obra de fs. 439 vta. y 451 vta. del proceso.- Entre sus excepciones, el demandado propuso la de falta de legítimo contradictor, que corresponde analizar a fin de determinar si en la causa se ha demandado y han actuado todas las personas a quienes les corresponde controvertir y, por tanto, que los juzgadores puedan dictar sentencia de mérito que surta plenos efectos.- El legitimario pasivo es la persona llamada por ley para contradecir la demanda porque se exige de ella el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer, el reconocimiento de un derecho, la declaración de una situación jurídica concreta, etc.; y por cuanto, la sentencia de fondo que dicte la jueza o juez deberá surtir plenos efectos para esa persona, en sus derechos patrimoniales o personales.- La legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso.- Es decir que, 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 la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones. Por lo dicho "... no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso.", (Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, pág. 259) es decir no existe el litis consorcio necesario, pues la legitimación estaría incompleta y no será posible la sentencia de fondo. La falta de legitimación en causa implica el rechazo de la demanda, no la nulidad procesal.- En la presente causa tenemos, por una parte, que el bien

inmueble fue rematado y adjudicado a Guillermo Patricio Morán Guillén, con estado civil de casado, por tanto, pasó a formar parte de la sociedad conyugal que integra con su cónyuge Nieves Esthela Hinojosa Endara, particular que era de conocimiento de los actores, por cuanto de las copias certificadas del juicio ejecutivo No. 167-2001, se encuentra la demanda por la letra de cambio, en la que el actor, Guillermo Patricio Morán Guillén, al hacer constar sus generales de ley, expresa que su estado civil es el de casado; en consecuencia, si en este proceso, se busca la nulidad del remate y adjudicación, tal pretensión afecta al patrimonio de la sociedad conyugal y no solo a uno de los cónyuges, debiendo haberse demandado también en esta causa Nieves Esthela Hinojosa Endara, sin que se pueda presumir que Guillermo Patricio Morán Guillén compareció a este juicio como representante de esa sociedad, tanto más que cuando se trata de bienes inmuebles, es necesaria la comparecencia de ambos cónyuges o de uno de ellos en representación del otro, con poder suficiente, ya que no se trata de un acto de administración ordinaria de la sociedad conyugal, conforme la norma del art. 181 del Código Civil.- Es necesario aclarar que procesalmente no existe constancia de que el bien inmueble rematado y adjudicado sea de exclusiva propiedad a Guillermo Patricio Morán Guillén.- Por otra parte, en este juicio se ha demandado también como legítimo contradictor al Juez Segundo de lo Civil de Imbabura seguramente por ser la autoridad judicial de quien emana el auto de adjudicación; no obstante, no existe justificación legal para haberlo demandado, pues no tiene un interés material en el asunto que se litiga, pues no se trata de que en este juicio de nulidad esté en controversia algún objeto de interés personal o del patrimonio de ese Juez, sin que, por tanto, tenga una obligación legal de controvertir en este proceso.- De los elementos expuestos, se determina que esta causa no se ha conformado el litis consorcio pasivo necesario cuanto por no haberse demandado a Nieves Esthela Hinojosa Endara, por los derechos que le corresponden en la sociedad conformada con Guillermo Patricio Morán Guillén, tanto porque no se debió demandar como legítimo contradictor al Juez Segundo de lo Civil de Imbabura, por no tener interés en la controversia.- La falta del litis consorcio necesario, determina que los juzgadores no puedan dictar sentencia de fondo, de mérito, como se indicó anteriormente.- Por esta razón, no cabe el análisis de las pruebas actuadas por las partes para

demostrar sus pretensiones.- Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal que integra la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, CASA la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial Justicia de Imbabura, el de 21 de marzo del 2012, a las 10h17; y, en su lugar se dicta sentencia inhibitoria, desechando la demanda por las razones expuestas en este fallo.- Sin costas.- Notifíquese y devuélvase.-

Dra. Paulina Aguirre Suárez
JUEZA NACIONAL

Dr. Eduardo Bermúdez Coronel
JUEZ NACIONAL

Dr. Paul Iñiguez Ríos
JUEZ NACIONAL
VOTO SALVADO

Certifico

SECRETARIA RELATORA
SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA