



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

Trabajo de investigación de Análisis de Caso

Previo a la obtención del título de:

Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

Tema:

Caso Civil No. 13334-2017-00438, que por procedimiento ordinario sigue el Sr. Manuel Patricio Andino Sabando en contra de la Asociación Mutualista Pichincha de Ahorro y Crédito para la vivienda Pichincha: **“El efecto de la declaratoria de nulidad en los juicios civiles y la afectación en los derechos del accionante”**

Autoras:

María Beatriz Farfán Largacha.

Nerexi Eufemia Gavilanes Alcívar.

Tutor Personalizado:

Abogado Jonny Gustavo Mendoza Medina

Portoviejo - Manabí – Ecuador

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

María Beatriz Farfán Largacha y Nerexi Eufemia Gavilanes Alcívar, de manera expresa hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo de investigación: Caso Civil No. 13334-2017-00438, que por procedimiento ordinario sigue el Sr. Manuel Patricio Andino Sabando en contra de la Asociación Mutualista Pichincha de Ahorro y Crédito para la vivienda Pichincha: “El efecto de la declaratoria de nulidad en los juicios civiles y la afectación en los derechos del accionante”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, de septiembre de 2019

María Beatriz Farfán Largacha
C.C. 1311911521
Autora

Nerexi Eufemia Gavilanes Alcívar
C.C 1350110571
Autora

CONTENIDO

1. INTRODUCCION	1
2. MARCO TEÓRICO	3
2.1 Nulidad.....	3
2.2. Tipos de nulidad.....	3
2.2.1. Nulidad formal	3
2.2.2. Nulidad Material	3
2.3. Efecto de la Nulidad.....	4
2.4. Origen de la Nulidad.....	5
2.5. Legitimidad de Personería	6
2.6. Legitimación Procesal.....	6
2.7. Legitimación Activa	7
2.8. Legitimación Pasiva.....	7
2.9. Procuración Judicial.....	7
2.10. Obligación de los Sujetos Procesales.....	8
2.10.1 Papel de las partes:	8
2.11. Efecto de la falta de contestación a la demanda	9
2.12. El proceso y el Debido Proceso	10
2.13. El derecho procesal como sistema de garantías.....	10
2.14. Lealtad procesal	11
2.15. Oficio del Juez.	11

2.16.	Principio de Economía Procesal.....	12
2.17.	Principio de Buena Fe Procesal.....	12
2.18.	Daño Moral.....	13
2.18.	Responsabilidad Objetiva y Responsabilidad Subjetiva.....	14
2.18.1	Responsabilidad Subjetiva.....	14
2.18.2	Responsabilidad Objetiva.....	15
2.19.	Daños y Perjuicios.....	15
2.20.	Administración de Justicia.....	15
3.	ANÁLISIS DEL CASO N° 13334-2017-00438.....	16
3.1.	Análisis de los hechos.....	16
3.2.	Análisis del fallo de Primera y Segunda Instancia de la Unidad Judicial Civil de Portoviejo.....	38
3.4.	Análisis de la Sala de lo Civil de Manabí.....	46
3.5.	Razón de la decisión. - (Ratio Decidendi).....	47
4.	CONCLUSIÓN.....	54
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	56

1. INTRODUCCION

La nulidad es considerada por la doctrina como una sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor del acto según su especie y la calidad o estado de las cosas. (BESA, 1949)¹

Con el presente trabajo se pretende identificar los efectos que producen los actos del juez o de la juez que declara la nulidad formal o material en un proceso en el marco de los derechos privados o interpartes y del interés público que atañe al proceso; por lo que, frente a estos dos esquemas planteados preliminarmente, en el caso concreto, se analizarán desde el punto de vista procesal y constitucional, además de los efectos en los órdenes ya mencionados, los antecedentes y las causas que pueden provocar la nulidad de los actos del juez o del proceso.

En esta misma línea, el estudio del caso tendrá por objeto el determinar con claridad, cuales son las obligaciones de los sujetos de una relación procesal, frente al proceso y frente al interés de los hechos que se articulan desde la demanda, contestación a la demanda o reconvención en su caso. Así mismo, en este contexto, la investigación está orientada a determinar, cuales son los actos del juez o de las partes que afectan el acto de un proceso, o al proceso con nulidad insalvable.

De otra parte, será imperioso, que el estudio del presente caso determine cuál es el stare decisis que la Corte Nacional ha dejado sentado respecto de la nulidad como remedio para invalidar los actos del juez o el proceso frente a violaciones que atenten

¹ BESA, A. (1949). *La Nulidad y la Recisión en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile: Universitaria.

contra las garantías mínimas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador e Instrumentos Internacionales.

2. MARCO TEÓRICO

2.1 Nulidad

El tratadista Palacio (1986)² define la nulidad procesal diciendo que:

“Es la privación de efectos imputada a los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y que, por ello carecen de aptitud para cumplir el fin que se hallen destinados”. (pág. 105)

Del mismo modo Vélez Sarsfield (2001)³ indica:

Las nulidades son aquellas que tiene por causa el interés público, la ley reduce en este caso lo hecho a un mero acto material, sin ningún resultado en el derecho, que no puede ser ni conformado, ni autorizado, y que no produce ninguna acción ni excepción. (pág. 37)

2.2. Tipos de nulidad

2.2.1. Nulidad formal

Se denominan nulos o afectados de nulidad absoluta aquellos actos jurídicos que contraríen las buenas costumbres y el orden público. Esta nulidad se origina con el nacimiento del propio acto al cual corresponde. Nohelia Murillo (2018)⁴ Opera respecto a aquellos actos afectados de algún vicio patente y manifiesto en su celebración. Es decir, generados con omisión de un requisito expresamente exigido por la ley como condicionante de su validez. (pág. 52)

2.2.2. Nulidad Material

²Palacio, Lino Enrique. (1986) *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires. Edit. Abeledo-Perroi, pag. 387.

³Sarfild, V. (2001). *Teoria general del negocio juridico*. Lima: ARA.

⁴Murillo, Nohelia. (2018) *¿Qué es la nulidad absoluta y relativa?* Recuperado de: [https://www.lifeder.com/nulidad-absoluta-relativa/]

La nulidad relativa o “rescisión” como también la denomina el Código Civil, es la sanción legal impuesta a las omisiones de los requisitos prescritos por la ley para la validez del acto o contrato en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.

Según Pérez (2015)⁵ la nulidad relativa es el medio jurídico concedido al contratante legalmente incapaz o cuyo consentimiento fue viciado al contratar para la extinción de las obligaciones que el acto o contrato le impone. Esta es una definición de la acción rescisoria, en cambio la anterior da la idea de la nulidad relativa en sí mismo. (pág. 18)

2.3. Efecto de la Nulidad

De conformidad con el Artículo 109 del Código Orgánico General de Procesos (2015)⁶, se determina, que: “La nulidad de un acto procesal tiene como efecto retrotraer el proceso al momento procesal anterior a aquel en que se dictó el acto nulo”. (pág. 28)

Por lo que una vez declarada la nulidad se retrotrae en el tiempo hasta la determinación del acto que causó la nulidad a fin de que se continúe sustanciando desde ese momento procesal en adelante, dando la posibilidad de que dentro del desarrollo del proceso la declaración que invalida el acto viciado constituye ella misma un acto jurídico que de alguna manera aniquila derechos.

⁵ Pérez, Alfredo. (2015). *Nulidad relativa*. Recuperado de: [<https://ecuador.leyderecho.org/nulidad-realtiva-rescision/>]

⁶ *Código Orgánico General de Procesos*. (2015). Quito: Registro Oficial.

El autor Cornejo (2018)⁷ manifiesta que:

“Al determinarse que el acto es nulo deben ser subsanados de inmediato mediante la expedición de un acto declarativo de una nulidad dirigido a aniquilar un derecho en razón de vicios de que padecía el acto jurídico que lo generó”. (Cornejo, 2018).

2.4. Origen de la Nulidad

Alessandri (1949)⁸ manifiesta que la nulidad tiene su origen en la época romana, surge como la sanción de un acto, que era perfecto cuando estaba revestido de solemnidades adecuadas y pese a vicios internos esta se adoleciera, es decir, episodio nulo, ineficaz, sin valor. Con la evolución del derecho romano se admitió junto a las nulidades de derecho, las nulidades pretorianas o dependientes de acción judicial. (pág. 174)

Para Arauz & Llambias (1955)⁹ señalan que en el derecho romano primitivo, la nulidad era una sanción que correspondía a un defecto de forma en el acto que era perfecto cuando estaba revestido y solo era nulo cuando revestía de vicios internos de forma, explicaban que la nulidad era uno de los resortes esenciales del régimen formalista de los tiempos romanos y presentaban tres características principales:

- Funcionaba de pleno derecho
- Se designó a un pretor para reparar situaciones injustas
- El Pretor interpuso su imperium para rescindir el acto. (pág. 12).

⁷ Cornejo, J. (08 de 10 de 2018). *Nulidades en el COGEP*. Recuperado de <https://www.derechoecuador.com/nulidades-en-el-cogep>

⁸ Alessandri, A. (1949). *La Nulidad en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Nacimiento.

⁹ Arauz Castex y Llambias. (1953). *Derecho Civil, parte general*. Buenos Aires. Edit. Perrot.

2.5. Legitimidad de Personería

Para Cornejo (2017)¹⁰, es una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, en nuestro ordenamiento jurídico no se la define, sin embargo la ley establece que la falta de legitimación de personería se produce por incapacidad legal; o falta de poder, que será motivo de una excepción dilatoria. (pág. 39)

2.6. Legitimación Procesal

Este requisito es indispensable para quien interviene directamente en el proceso en representación de otra persona, que es a quien se atribuyen los efectos jurídicos del proceso. Existe desde que se presenta un vínculo entre la persona que interviene directamente en el proceso y realiza los actos procesales y la persona a quien se atribuyen los efectos jurídicos del proceso. Este vínculo se denomina “representación”.

La representación es una figura jurídica por la cual, como decían los romanos “absentis alicujons presens imago”, se tiene presente la imagen de la persona ausente. Por ello, la intervención del representante de la parte debe ser rodeada de los requisitos formales establecidos por la ley y contener, sine qua non, la expresión de su designación y la descripción de sus facultades para que ejerza la representación en el proceso.

¹⁰ Cornejo. (2017). *Nulidades en el COGEP*. Derecho Ecuador. Recuperado el [28-septiembre-2017]. Disponible en [<https://www.derechoecuador.com/nulidades-en-el-cogep>]

Para Cascante Redín (2018)¹¹: “Esto se traduce en una operación procesal especial que constituye el vínculo y que se denomina legitimación de personería o legitimatio ad processum”. (pág. 74)

2.7. Legitimación Activa

Según el Diccionario Jurídico (2018)¹², la legitimación activa es la facultad o derecho atribuido a una persona para reclamar alguna cosa, habiendo una especial relación entre el objeto afectado y la persona que reclama activamente. (pág. 2)

2.8. Legitimación Pasiva

(Cabeza, 2016)¹³, señala que la especial cualidad de un sujeto con el objeto litigioso concreto, de forma que su presencia como demandado en el proceso sobre tal objeto es necesaria para que el juez pueda dictar una resolución sobre el mismo.

2.9. Procuración Judicial.

Según la jurista Cascante (2018)¹⁴, es un acto voluntario que podrá otorgarse a quien ostente la calidad profesional de abogado. Estas mismas disposiciones establecen que la procuración judicial se otorgue mediante escritura pública. (pág. 153)

¹¹ Cascante Redín, L. (2018). Capacidades y Legitimaciones en el proceso civil. Quito. Obtenido de https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_2/capacidades_legitimaciones_proceso_civil.pdf

¹² Diccionario Jurídico. (2018). *Legitimación Activa*. Obtenido de [<http://ic-abogados.com/diccionario-juridico/legitimacion-procesal/>]

¹³ Miguel Cabeza. (2016). *Regulación de los efectos y de las distintas clases de legitimación atendiendo a la posición de las partes en relación con la pretensión que se deduzca y en base a la relación existente entre la parte legitimada y la titularidad de la relación jurídica*. Recuperado. [<https://www.iberley.es/temas/legitimacion-partes-proceso-55841>]

¹⁴ Lorena Cascante Redín (2018), *Capacidades y Legitimaciones en el proceso civil*. Quito, pag. 153.

2.10. Obligación de los Sujetos Procesales

2.10.1 Papel de las partes:

Actor:

- No tiene un tiempo máximo para demandar, su guía es la prescripción de su derecho o acción, debe comparecer por escrito y en las audiencias con un defensor.
- El actor debe comparecer a audiencia, pues los efectos de su ausencia es la sanción de la declaratoria judicial de abandono.
- Debe contestar la reconvención del demandado en los términos concedido para la contestación de la demanda.
- Se podrá autorizar a que las partes intervengan directamente
- Al actor le incumbe la carga de la prueba de sus afirmaciones
- Interponer los recursos

Demandado:

- Demandado, es a quien le han presentado una demanda y le corresponde contestar la demanda.
- En la contestación de la demanda debe anunciar los medios probatorios.

- La falta de contestación de la demanda, podrá ser apreciada por la o el juzgador como negativa de los hechos alegados contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto,
- Podrá interponer excepciones previas.
- Puede designar un procurador judicial para que lo represente en juicio.
- El demandado debe comparecer a audiencia, su ausencia, pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos y sigue el trámite.

2.11. Efecto de la falta de contestación a la demanda

En el artículo 157 del Código Orgánico General de Procesos se estipula que: La falta de pronunciamiento expreso y concreto sobre los hechos y pretensiones de la demanda, o aquellas afirmaciones o negaciones que sean contrarias a la realidad, podrá ser apreciada por la o el juzgador como negativa de los hechos alegados contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto. (pág. 152)

Bacre¹⁵, señala que el escrito de contestación a la demanda es importante por lo siguiente:

- a) Cierra la etapa introductiva de la instancia.

¹⁵ Bacre, Adolfo. (2016). *Derecho Ecuador*. Recuperado de: [https://www.derechoecuador.com/contestacion-a-la-demanda-segun-el-cogep]

- b) Queda determinada la cuestión litigiosa ya que las partes fijan sus respectivas posiciones en demanda y contestación a partir de este acto procesal el demandado no podrá recusar sin causa al juez.
- c) Fija los hechos que deben ser objeto de prueba porque han sido negados por discutidos o controvertidos y tienen influencia sobre la distribución de la carga de la prueba.
- d) Constituye la última oportunidad que tiene el demandado para oponer la prescripción.
- e) Obliga al juez, para que en su sentencia contenga una decisión expresa, positiva y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, hoy en el proceso según el Código Orgánico General de Procesos. (pág. 5)

2.12. El proceso y el Debido Proceso

García Falconí (2010)¹⁶, sostiene que el proceso y el debido proceso: “es una garantía constitucional, de cuyo cumplimiento depende mucho la convivencia pacífica y la seguridad jurídica del país, pues garantiza una correcta administración de justicia, además de una real vigencia y respeto de los derechos humanos; y es el mecanismo de aplicación de los principios y garantías del derecho constitucional, penal y procesal”. (pág. 11)

2.13. El derecho procesal como sistema de garantías

¹⁶ Falconí, José. (2010). *Derecho Ecuador*. Recuperado de: [<https://www.derechoecuador.com/el-derecho-al-debido-proceso>].

Según Mg. Augusto Espinoza (2016)¹⁷ menciona que: “El Garantismo procesal supone otorgar al ámbito heterocompositivo de la función jurisdiccional una respuesta constitucional sustantiva y procesal actual, es decir, acorde al momento constitucional vigente”. (pág. 55)

Es decir, que el sistema de garantías debe otorgar el buen funcionamiento del debido proceso y además proporcionar las garantías encontradas dentro de la Constitución de la República del Ecuador, para que ninguna de las partes presentes en una contienda se quede sin reconocer sus derechos.

2.14. Lealtad procesal

Olmedo 2017¹⁸, indica que: “La lealtad es incita al mandato, e implica que el representante o mandatario actúe “como lo haría el mandante”, con fidelidad a su manda y extremos cuidado de sus intereses, lo que implica asumir frente a las otras partes y al juez del proceso una conducta inalterablemente proba, las partes deben litigar con lealtad, absteniéndose de proponer medidas dilatorias, meramente formales y de abusar de las facultades que este código les reconoce”. (pág. 12)

2.15. Oficio del Juez.

(Cabanellas, 2018)¹⁹ menciona que:

¹⁷ Espinoza, Augusto. (2016). *El derecho procesal como sistema de garantías*. Recuperado de: [https://www.researchgate.net/publication/312577397_EL_DERECHO_PROCESAL_COMO_SISTEMA_DE_GARANTIAS]

¹⁸ Olmedo, Marco. (2017). *Principio de lealtad procesal en los abogados de libre ejercicio del cantón Riobamba provincia de Chimborazo*. Recuperado de: [http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7242/1/PIURAB037-2017.pdf]

¹⁹ Guillermo, G. (2018), *Diccionario Jurídico Elemental*, editorial Healiasta, Argentina, pág. 178.

“Se denomina actuación de oficio a un trámite o diligencia administrativa o judicial que se inicia sin necesidad de actividad de parte interesada, es decir, no es a instancia de parte”.

Es decir, cuando el juez ordena un trámite, propone una prueba o aplica un razonamiento jurídico que no ha sido solicitado, aportado o invocado por una de las partes. La posibilidad de actuación de oficio está regulada por ley, y es generalmente diversa entre el Derecho penal y el Derecho civil.

2.16. Principio de Economía Procesal.

Según la Enciclopedia Jurídica Española (2019) ²⁰ El principio de economía procesal se define como la aplicación de un criterio utilitario en la realización empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional, es decir, aceptando que el proceso tiene una dimensión temporal y que el proceso significa un gasto, trata únicamente de regularlos en forma tal que no conspiran seriamente contra el justiciable. (pág. 3).

2.17. Principio de Buena Fe Procesal

El artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009)²¹, establece que:

Los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y

²⁰ Enciclopedia Jurídica. (2019). *Economía Procesal*. Enciclopedia Jurídica. Recuperado el [17-marzo-2019]. Disponible en. [<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-de-econom%C3%ADa-procesal/principio-de-econom%C3%ADa-procesal.htm>]

²¹ *Código Orgánico de la Función Judicial*. (2009). En *COFJ*. Quito: Lexis.

procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la Litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeran a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley. (pág. 11)

La buena fe procesal es concepto jurídico indeterminado, con el que se pretende moralizar las conductas humanas e introducir reglas morales, éticas y sociales al ámbito procesal.

– Siguiendo a la doctrina, se debe entender por buena fe procesal aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta.

– La buena fe es un concepto que hasta el momento permanece algo ajeno al proceso civil, sin que exista una norma general que imponga a las partes la necesidad de adecuar su conducta a la buena fe procesal.

Según el analista Hernández (2014)²² los deberes que suelen asociarse al principio de buena fe procesal son los siguientes: Deber de completitud, Deber de Coherencia, Deber de Veracidad, Deber de lealtad, Deber de probidad, Deber de colaboración o cooperación, y el Deber de actuar de buena fe en el proceso, ahora en sentido estricto. Cada uno de aquellos representa una arista moralizante diversa, y una vertiente diferente de la comprensión del principio de buena fe procesal. (pág. 20)

2.18. Daño Moral

²² Hernández, Hernán. (2014). *Análisis documental del proceso de inclusión en la educación*. Recuperado de: [<http://www.redalyc.org/pdf/461/46148194028.pdf>].

Ferrer (2018)²³ indica: “El daño moral como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual es cuando en la persona puede producir ciertas conductas, actividades, comportamientos o determinados resultados. Incluye bienes y los correspondientes intereses jurídicos de contenido no patrimonial. Así se comprenden no solo por los ataques a bienes o derechos de la personalidad, sino también las repercusiones en el ámbito psíquico afectivo”. (pág. 1).

Por otra parte dentro del Libro daño moral y su relación (2019)²⁴ indica que: “En materia civil, el resguardo a las víctimas de lesión moral es más amplio; por tratarse de una materia donde los intereses de los particulares están en juego, a ellos les compete iniciar una instancia judicial mediante una demanda en la que se solicite el resarcimiento moral, en donde el juzgador, con base en las constancias de autos, determinará si procede o no la petición”. (pág. 112).

2.18. Responsabilidad Objetiva y Responsabilidad Subjetiva

2.18.1 Responsabilidad Subjetiva

Palacios (2014)²⁵, expresa que la responsabilidad subjetiva es aquella que asume el Estado sobre los actos u omisiones de sus agentes que hubiesen ocasionado un daño o perjuicio ilegítimo a los particulares; y, para establecer esta clase de responsabilidad se requiere probar obligatoriamente que el perjuicio fue ocasionado por el dolo o culpa del funcionario público”. (pág. 1)

²³ José María Ferrer. (2018). *Concepto de daño moral*. Recuperado de: [<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/concepto-moral-233881>]

²⁴ Universidad Autónoma de México. (2019). *Daño Moral y su Reparación*. México. Editorial: Instituto de Investigación Jurídica. Pag. 112.

²⁵ Morillo, Vinicio. (2014). *Responsabilidad subjetiva*. Recuperado de: [<https://www.derechoecuador.com/responsabilidad-objetiva-del-estado>]

2.18.2 Responsabilidad Objetiva

Palacios (2014)²⁶ expresa que, “es aquella que asume el Estado sobre los actos u omisiones de sus agentes que hubiesen ocasionado un daño o perjuicio ilegítimo a los particulares; y, para establecer esta clase de responsabilidad no se requiere probar el dolo o culpa del funcionario público, es suficiente con la demostración de la existencia del daño y el vínculo de causalidad entre el perjuicio ocasionado y la acción del Estado; y, esto tiene su razón de ser, porque la persona afectada se encuentra en una situación de desventaja frente al poder público”. (pág. 2)

2.19. Daños y Perjuicios

Navarro (2017)²⁷ indica que: “Se entiende por daños cualquier menoscabo que se padece como consecuencia de la acción de otra persona, mientras que el perjuicio se refiere a la ganancia lícita que uno deja de obtener o los gastos que uno tiene como consecuencia por la acción u omisión de otra persona”. (pág. 10)

Como indica el actor antes mencionado que es una acción a consecuencia de otra persona, hay que indicar que estas acciones pueden causar un daño moral, un daño material, negligencias, que perjudicaron de una u otra forma a una persona.

2.20. Administración de Justicia

²⁶ Morillo, Vinicio. (2014). *Responsabilidad objetiva*. Recuperado de: [https://www.derechoecuador.com/responsabilidad-objetiva-del-estado]

²⁷ Navarro, Javier. (2017). *Daños y Perjuicios*. Recuperado de: [https://www.definicionabc.com/derecho/danos-perjuicios.php]

Kluwer (2017)²⁸, la administración de justicia consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, hasta la consideración del complejo orgánico o conjunto de órganos públicos al que se atribuye en exclusiva el ejercicio de esa función que coadyuva al cumplimiento de la misión constitucional de los jueces y magistrados, desde los medios materiales hasta el personal auxiliar y colaborador, pasando por los procedimientos. (pág. 19)

Como señala O'Donnell (2017)²⁹, la administración de justicia independientemente de sus consecuencias beneficiosas, puede fundamentarse, en el plano individual, en la igualdad formal, pero no por ello insignificante, entre personas a las que se les atribuye autonomía y capacidad para ser responsables por sus actos y, en un plano más general, porque este sistema forma parte del concepto básico de la democracia. (pág. 43).

1. ANALISIS DEL CASO N° 13334-2017-00438

3.1. Análisis de los hechos

El caso N° 13334-2017-00438 se sustanció en la Unidad Judicial Civil, en virtud de un planteamiento realizado al órgano de justicia por parte del señor Andino Sabando Manuel Patricio. En el que se enunciaron los siguientes hechos:

²⁸ Kluwer, Wolters. (2017). *Guías Jurídicas*. Recuperado de: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDE0tjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAct-CljUAAAA=WKE]

²⁹ Anónimo. (2017). *Biblioteca Virtual*. Recuperado de: [http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/otras_publicaciones/aud_cal_dcap4.pdf]

MANUEL PATRICIO ANDINO SABANDO, es un ciudadano ecuatoriano, comerciante al por menor de bidones de agua. Dentro del giro ordinario de su actividad comercial decide obligarse con la entidad financiera “Proinco Sociedad financiera La Yapa”, misma que le otorgó un crédito de \$.1.381.22 dólares, operación crediticia que se calificó con un plan de amortización de 18 cuotas con vencimientos fijos. Lo cuales venía pagando de manera puntual.

El 16 de abril de 2016, la provincia de Manabí fue sacudida por un devastador terremoto, en escala de 7,8 de Richter; hecho que generó consecuencias jurídicas y económicas en todos los órdenes del quehacer humano. Así en las instalaciones de la microempresa de propiedad del señor Manuel Andino Sabando, los estragos del fenómeno consistieron en la destrucción total de los depósitos plásticos (bidones de agua) que eran el medio de su actividad de comercio y el sustento de su familia.

El gobierno nacional, en razón del acontecimiento, creó la ley orgánica de solidaridad y corresponsabilidad ciudadana para la reconstrucción y reactivación de las zonas afectadas por el terremoto, en la que en su disposición séptima establecía que se diferirán los pagos y cuotas de capital e intereses que correspondan los meses de abril mayo y junio del 2016 por personas naturales o jurídicas registradas en la respectiva entidad financiera en la provincia de Manabí, el cantón Muisne y otras circunscripciones de la provincia de esmeraldas afectadas en el terremoto.

Promulgada la ley, el señor Manuel Andino Sabando dirige una comunicación a la compañía “Proinco sociedad financiera La Yapa”, en la que les informa su deseo de

acogerse a lo establecido en la ley de solidaridad, solicitando el diferimiento de pago de las cuotas de crédito posteriores al evento.

Al mes siguiente el ciudadano Manuel Andino Sabando, se dirigió a las instalaciones de Corporación Nacional de Telecomunicaciones (en adelante CNT), para adquirir un equipo telefónico de los que se ofertaba en el establecimiento público. Al acercarse al servicio de atención al cliente, la persona que lo atendió le manifestó que no era sujeto de crédito según lo develaba el buró de crédito de la Superintendencia de Bancos y Seguros, por valores impagos con la Mutualista Pichincha.

Al acercarse a la Mutualista Pichincha le manifiesta que la compañía Proinco fue absorbida, motivó por el cual presentó un escrito dirigido a la mutualista pichincha, pero seguía recibiendo llamadas insistiendo a que realice el pago de las letras vencidas. Tras no tener respuesta envió un escrito a la Superintendencia de Bancos, la cual resuelve la petición a su favor, por lo que la Superintendencia le remite un escrito a la Mutualista Pichincha ordenando que se acoja a este ciudadano a la Ley de Solidaridad y como efecto la Mutualista presente un certificado de que no adeuda ningún valor.

Al verse en la situación que estaba atravesando tanto por la pérdida de su negocio y por no poder reactivarse al estar impedido de efectuar un crédito financiero que le permita volver a empezar, decide plantear una demanda imputando a la Mutualista Pichincha un perjuicio extra patrimonial causado en la órbita de los cuasidelitos, pretendiendo el resarcimiento del daño causado en la cantidad de \$.350,000.

El viernes 12 de septiembre de 2017, la Unidad Judicial Civil de Portoviejo de Manabí, avocó conocimiento de la causa asignada con el N° 13334-2017-00438, demanda presentada por el señor Manuel Patricio Andino Sabando contra de la Asociación Mutualista Pichincha de Ahorro y Crédito para la vivienda Pichincha, admitiendo la demanda al trámite de ordinario, en los términos del artículo 146 del Código Orgánico General de Procesos.

En el auto de admisión de la demanda, se dispone de la citación del demandado en la forma prevista en el Artículo 54 del Código Orgánico General de Procesos; y se concede al demandado el termino de 30 días para que conteste a la demanda de conformidad a lo establecido en el Artículo 291, inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos y la parte accionada contesta fuera del término legal establecido por lo que se considera como negativa de los hechos alegados contenidos en la demanda, del mismo modo no pudo presentar pruebas. Tal como lo manifiesta el Artículo 157 del Código Orgánico General de Procesos.

Cumplido los términos establecidos en el Código Orgánico General de Procesos, la Unidad de lo civil convocó audiencia preliminar el 24 de octubre de 2017 a las 11:00, diligencia a la cual asistieron ambas partes procesales, y realizada la misma en diferentes etapas se determinó que la jueza titular del despacho es competente para reconocer y resolver el proceso, en virtud de lo establecido en los Artículos 240 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 9 del Código Orgánico General de Procesos, declarándose además la validez del proceso, por no haberse incurrido en omisión de las solemnidades sustanciales establecidas en el Artículos 107 del Código Orgánico General de Procesos, ni en violación de trámite que afectara el procedimiento. Al

haberse presentado la contestación a la demanda en tiempo extemporáneo, no hubo ni excepciones previas ni pruebas tomadas en cuenta por la parte demandada y se declaró válido el proceso.

El 23 de noviembre de 2017 a las 11:00 se llevó a efecto la audiencia de juicio diligencia a la cual comparecieron las partes procesales.

Como pruebas acoge:

1. Documento original del préstamo efectuado a la compañía PROINCO- Sociedad financiera “La Yapa”, con número de operación 1029YAP015921, que tiene fecha de otorgamiento el 06 de noviembre de 2015, y además documentos anexos a este contrato.
2. Croquis donde se encuentra la compañía Proinco Sociedad financiera “La Yapa en la ciudad de Portoviejo.
3. Comprobante de desembolso, de fecha 06 de noviembre de 2015, donde se demuestra que el documento tiene erróneamente como ciudad Quito, cuando fue generado en la ciudad de Portoviejo para que sea cobrado el dinero en las oficinas de Servipagos, en la misma fecha de su otorgamiento.
4. Recibo que le otorga Servipagos de la ciudad de Portoviejo con fecha 06 de noviembre de 2015 y con hora 12:41 en el que fue cobrado el dinero del préstamo, para observar que esta persona no podía estar en dos ciudades al mismo tiempo, con lo que se va a comprobar que dicho préstamo fue concedido en las oficinas de la ciudad de Portoviejo, donde tiene su residencia y no en la ciudad de Quito como se quiere afirmar por parte del demandado.

5. Documentos originales y copias de todos los recibos de pagos efectuados, a nombre de la entidad originaria del préstamo, en la que se encuentra al día en los pagos.
6. Documento de Registro Único de Contribuyente para demostrar su actividad económica y desde cuando la mantiene.
7. Copia de cedula y votación de varias fechas de elecciones incluido la última votación, para demostrar su residencia y lugar de origen.
8. Adjunta ocho fotos donde se demuestra como hacia la compra y entrega de bidones de agua, cuando tenía su negocio, antes del desastre del que fue víctima en esta provincia.
9. Documento original título de crédito: Impuesto al rodaje de fecha 02 de abril de 2014, y el pago del impuesto a la patente comercial en la misma fecha mencionada, pagos que se efectúan en el Municipio de la ciudad de Portoviejo.
10. Certificación en original del señor Ángel Enrique Macías Moreira, psicólogo clínico donde se demuestra el daño psicológico causado.

La jueza de la causa menciona que es preciso analizar si se encuentran justificados los indicados supuestos. Por su parte, el artículo 2232 del código civil ecuatoriano estatuye que “En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones,

cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas a las circunstancias.

La jueza en su motivación indica que en materia de daños es insuficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad, que es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido; los daños que no se han demostrado procesalmente, con elementos de convicción que exteriorizan un efectivo perjuicio, no existen jurídicamente. El daño material, con menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante. El primero es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido. En este caso en particular no consta documental o testimonial dentro del proceso la prueba que denote en qué consisten los perjuicios que al tenor del Artículo 1572 del Código Civil comprende "el daño emergente y el lucro cesante "El segundo implica la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado. Siendo que dentro del proceso no se observa que se encuentra demostrada la cuantificación de tal afectación.

Analizando las premisas fácticas y normativas, y en la aplicación de la jurisprudencia que disponen los juicios de daño moral, la decisión de la jueza por

consiguiente se basó en la resolución número 229-2002 de 29 de octubre de 2002, R.O de 18 de marzo de 2003, juicio ordinario (Recurso de Casación) No. 31-2002 por indemnización de daños y perjuicios donde establece que: "En principio, como todo supuesto de hecho de la responsabilidad civil, el daño moral debe ser probado por quien lo alega...Sin embargo, resulta obvio que su naturaleza impone severas restricciones probatorias. Las limitaciones del lenguaje nos impiden transmitir nuestras sensaciones internas de pena, de aflicción física o de frustración. Por eso, la prueba del daño moral efectivamente sufrido por la víctima tiene algo de la pretensión de rasguñar un vidrio".

En cuanto a la reparación del daño moral, Arturo Alessandro Rodríguez, en su libro de la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, enseña que "Sí se trata de evaluar el daño moral, se considerará únicamente el pesar o dolor que la víctima ha debido experimentar, atendida la naturaleza del daño causado...En esto consiste el daño moral y la reparación se determina por la extensión del perjuicio. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable. (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2295) ...". Siendo los documentos estos anexos al proceso así mismo que indican la afectación producida por la institución demandada tanto de la circunstancia al incluirlo en mora, así como por el tiempo del proceso administrativo.

En su resolución la jueza en sujeción a la aplicación del principio de la obligatoriedad de administrar justicia, inserta en el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, que comprende a las precipitadas normas, a los principios generales de derecho, la doctrina, la jurisprudencia, y le permiten interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, la juzgadora tomo en consideración las pruebas en su conjunto y resolvió declarar parcialmente con lugar la demanda y en consecuencia dispone que el demandado pague la cantidad de \$.50,000 por concepto de daño moral causado.

Tras inconformidad la parte accionada interpuso el recurso de apelación y posterior la parte accionante se adhirió al mismo. El cual es concedido con efecto suspensivo.

La Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Pichincha ha fundamentado su recurso de apelación señalando en lo sustancial los siguientes aspectos:

- a) El actor en el texto de su demanda expresa que por motivos del terremoto en el lugar donde mantenía la mercadería, esto es en la vivienda le cayó encima una pared de hormigón, destruyendo la totalidad de todos los bidones de agua causándole una depresión psicológica siendo este el verdadero motivo que afecta al actor.

- b) La sentencia violenta la Constitución de la República en los artículos 75 relativo a la tutela efectiva, 76 relativo al derecho al debido proceso y falta de motivación y el artículo 82 relacionado a la seguridad jurídica.
- c) En la ley orgánica de solidaridad y de corresponsabilidad ciudadana la disposición transitoria indica que se diferirán al final del periodo originalmente pactado los pagos y cuotas de capital e intereses que corresponden a los meses de abril mayo y junio del 2016, por concepto de obligaciones financieras que hayan sido contraídas en la provincia de Manabí, el cantón Muisne; y otras circunscripciones de la provincia de Esmeraldas afectadas por el terremoto; esta disposición no se refiere al domicilio de la persona natural o jurídica sino a las operaciones registradas en la respectiva entidad financiera por lo que el préstamo del señor Manuel Patricio Andino Sabando fue adquirido en Quito provincia de Pichincha, es decir, que la señora jueza contravino la norma pública antes citada ya que interpreto equivocadamente el domicilio del deudor.
- d) La sentencia recurrida, carece de prueba de daño moral y de la relación contractual.
- e) El actor admite que adquirió un crédito prendario de consumo en la compañía Proinco sociedad financiera-La Yapa, siendo esta institución su original acreedor.

La parte recurrente accionante ha fundamentado su recurso de apelación estableciendo los siguientes aspectos:

- a) La atención al recurso de apelación de la parte demandada obedece al hecho de que, si en la audiencia de segunda instancia el tribunal de apelación escucha a las partes, se pueda revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y mandar a pagar una suma de dinero superior a lo dispuesto a pagar por usted.

El 15 de Febrero del 2018 la Sala de lo Civil resuelve de la siguiente manera: “De oficio declarar la nulidad del presente proceso desde la Audiencia Preliminar, a fin de que se provea lo que en derecho corresponda, con costas contra el Juez A quo y la parte actora”. (Caso No. 13334-2017-00438, 2017).

Esto se da tras existir un error durante el proceso, es decir, que el abogado de la parte demandada no era el que se encontraba legítimamente en la demanda, sino que compareció otra persona, quien no contaba con una procuración judicial ni clausula especial para poder representar a la Mutualista Pichincha.

Al haberse permitido la intervención del Doctor Cesar Palma Alcívar en las audiencias preliminar y definitiva dentro de la presente causa, sin que tenga Procuración Judicial de la accionada; y al haberse proveído el escrito de fundamentación del recurso de apelación con la sola firma de quien no ostenta la calidad de Procurador Judicial ni ha sido autorizado por el Gerente General de la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda “Pichincha”, se ha producido una actuación con insuficiente Procuración, lo cual contraviene las disposiciones de las normas antes mencionadas y constituye una inobservancia a la solemnidad sustancial prevista en el artículo 107,

Numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos que se refiere a la legitimidad de personería.

Nuevamente se lleva a cabo la audiencia preliminar y de juicio, con otro juez, que avocó conocimiento de la causa en este proceso admitiéndola el jueves 31 de mayo de 2018, fijándose para el día 28 de junio de 2018, misma que se suspendió porque la parte accionada por reiterada ocasión no llevaba procuración judicial. El día 18 de julio del 2018 se llevó a cabo la audiencia preliminar, diligencia a la cual asistieron ambas partes procesales, y realizada la misma en diferentes etapas se determinó que el juez titular del despacho es competente para reconocer y resolver el proceso, en virtud de lo establecido en los Artículos 240 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 9 del Código Orgánico General de Procesos, declarándose además la validez del proceso, por no haberse incurrido en omisión de las solemnidades sustanciales establecidas en el Artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, ni en violación de trámite que afectara el procedimiento.

El 07 de noviembre de 2017 a las 09H40 se llevó a efecto la audiencia de juicio diligencia a la cual comparecieron las partes procesales. Como pruebas acoge:

1. Croquis donde se encontraba ubicada la compañía Proinco sociedad financiera en la ciudad de Portoviejo;
2. Documento del comprobante del desembolso documento generado supuestamente en Quito cuando fue generado en la ciudad de Portoviejo;
3. Documento de crédito concedido por la compañía el 29 de septiembre del 2014;

4. Recibo que otorga Servipagos;
5. Recibos de pagos efectuados por el crédito de primera instancia en Proinco;
6. El Registro Único de Contribuyentes donde se demuestra la actividad económica y desde cuando la mantiene el patrocinado;
7. Copia de cédula y votación;
8. Título de impuesto al rodaje de fecha y pago de patente comercial;
9. El documento original tituló de crédito a la patente comercial, el pago de títulos de crédito y tributos;
10. Documento certificado de la patente comercial;
11. Certificado de la distribuidora de agua con la que demuestra que el negocio es propio;
12. Fotografías que demuestran la compra y venta de bidones;
13. Documento original de otro crédito que realiza nuevamente a Proinco;
14. La comunicación dirigida a Proinco para diferir los pagos conforme a la ley de solidaridad;
15. Documentación presentada en la Mutualista Pichincha en donde señala que las cuotas sean diferencias con la mencionada ley;
16. Croquis de la ubicación de la Mutualista Pichincha;
17. Documento de la Mutualista Pichincha que lo recibe a través del correo electrónico donde se lo registra en el buró de crédito con pésima calificación;
18. Oficio de reclamo a la Superintendencia de Bancos de Portoviejo;
19. Certificación de la Mutualista Pichincha donde se estipula que el señor estaba al día;
20. Comunicación de fecha en donde la superintendencia le hace conocer a su reclamo a la Mutualista;

21. Oficio dirigido al intendente de Portoviejo de la Superintendencia de Bancos donde se manifiesta que por segunda ocasión ha sido objeto de operaciones crediticias;

22. Copia certificado de la resolución de la Superintendencia de Bancos donde se hacen saber que se lo saque de buró de crédito;

23. Declaración de parte del actor;

24. Testimonio del Psicólogo clínico.

El juez de esta causa menciona que es preciso analizar respecto de todas las actuaciones llevadas a efecto en la audiencia de juicio, de manera concreta a las alegaciones de las partes y de la prueba practicada a la luz del derecho bajo las normas y parámetros establecidos en la ley de la materia. Primero hace un análisis de lo que estableció el doctor Palma en la audiencia preliminar, esto es, que se habló del tema litis consorcio de la Mutualista Pichincha con Proinco, de tal modo que no fue una fusión, sino que fue una venta de cartera y en esa venta estaba especificada qué cartera se hacía cargo. Se hizo un contrato de venta de cartera vencida, por lo tanto Mutualista Pichincha absorbió todos los créditos que mantenía la Compañía Proinco La Yapa, manifiesta que no se discute quien otorgó el crédito al señor Andino, el tema es que se registró en central de riesgo mientras no se podía hacer, y por lo tanto no existe Litis Consorcio ya que se demandó a la entidad correspondiente.

En base al daño moral se busca una remuneración de lucro cesante y daño emergente, es decir, que daño le causó y como puede repararlo, en ese sentido la prueba que presentó la parte accionante en el que existen varios documentos, ha podido llegar al convencimiento de una realidad del hecho, sin embargo toda esa documentación no permite cuantificar el lucro cesante, es decir lo que dejó de percibir en un periodo,

además que en ese periodo le atribuye la falta de ingresos al accionar de la Mutualista Pichincha, no hay un rol de pagos el cual no permite probar cuanto se dejó de percibir.

El daño emergente respecto de su negocio y demás documentos probaron que contaba de economía activa de venta al por menor de agua de bidones, pero no se pudo probar que Mutualista Pichincha haya ocasionado un daño en su negocio de manera directa, no existe un documento probatorio dentro de la valoración de la prueba, lo que sí es evidente es el hecho público y notorio del terremoto, del cual la parte actora sufrió una afectación y en base aquello el pretendía un crédito para levantar su negocio y éste ya no se lo permitió, allí se encuentra un daño. Por otro lado existen varios documentos con los cuales se prueba que el domicilio es en la ciudad de Portoviejo y la operación fue registrada en Quito y la Ley de Solidaridad era para Manabí y Esmeraldas, entonces alega que no era aplicable, que en hechos reales públicos y notorios el crédito fue registrado en Quito, pero en los mismos argumentos y demanda se sufrió afectaciones y fue víctima del terremoto y evidentemente el señor es damnificado por tanto se debe entender el espíritu de la norma procede a ser beneficiario y tuvo que haber tenido esa condonación para poder activar su economía, el alcance de la Ley de Solidaridad sí es aplicable al señor Andino, misma que lo reclamó con la resolución de la Superintendencia de Bancos y Seguros, la misma que resuelve ordenar a la Mutualista Pichincha la nueva elaboración de tabla de amortización en donde se demuestre que se acoja a la Ley de Solidaridad y proceda con la ratificación de la corrección de riesgos.

Lo que expone el Artículo 2229 del código civil todo daño a malicia de una persona debe ser reparado por esa, no existe prueba que demuestre la malicia, pero tiene dos premisas del cual es negligencia es decir falta de cuidado. Con la prueba 18

haciendo un análisis considera que la Mutualista Pichincha sí tuvo falta de cuidado, es decir, de alguna manera dentro de la obligación exclusivamente perteneciente al señor Andino y anterior a aquella resolución el 13 de julio del año 2016. El señor Andino se dirige a la Mutualista Pichincha y solicita una solución, ya que existe un registro de datos que no le permite comprar un celular, pero en la primera operación crediticia no fue a pedir un celular sino un crédito y ante aquello está probado que primero se dirige a Proinco y luego a la Mutualista Pichincha, sin obtener respuesta, decide realizar un reclamo a la Superintendencia y mediante resolución la Superintendencia Regional de Portoviejo concluye que el señor Andino sí era beneficiario de la Ley de Solidaridad, ya que salió afectado dentro de la provincia de Manabí, donde tiene su domicilio y resuelve que la Mutualista modifique la tabla de amortización de los tres meses de gracia y además que corrija el registro de datos del buró de crédito, lo cual con la motivación que dio, concluyó que la Mutualista tuvo negligencia al momento de efectuar esta operación.

Cabe resaltar que, algo puntual a observar en este caso es la valoración del Doctor Macías que, realizada en el año 2016, es explicada en el 2017, cuando la norma establece que la reparación de daños morales puede ser demandada si tales daños son del resultado próximo de la acción ilícita del demandado.

Estas pruebas son las que condujeron a establecer la existencia o no de la obligación debidamente motivada, el juez en su motivación resuelve en base a que se probó la existencia del daño moral por la negligencia de la Mutualista Pichincha, no atribuyó el testimonio del psicólogo ni el expediente como prueba por no encontrar un argumento procesal para demostrar, por lo tanto determinó que se le causó un perjuicio

moral por la negligencia de la Mutualista; no existe un perjuicio para demostrar el lucro cesante y el daño emergente; ya que no se comprobó documentadamente conforme a derecho elementos que permitan cuantificar la indemnización de daños y perjuicios ocasionados directamente por este acto u omisión de la Mutualista Pichincha, sin embargo, en el área de daños al ser una pretensión plural y compatible si se encierra una afectación moral respecto a la omisión del cual el accionante solicita \$.150.000 en daños y perjuicios y en daño moral \$.200.000. La moral y la integridad de la persona no tiene precio, pero tampoco es posible establecer un monto sin que se aplique la proporcionalidad; es decir la relación de la falta con el daño real causado, por cuya consecuencia.

Analizando las premisas fácticas y en aplicación de la jurisprudencia que disponen los juicios de daño moral, este juzgador manifestó con relación al daño, la enciclopedia jurídica UNED manifiesta: “Es daño el menoscabo material o moral causado a una persona y del cual, por ser otra la responsable, habrá de responder ésta ante aquella. Aunque se habla habitualmente de daños y perjuicios de forma conjunta, cabe distinguirlos: son daños los menoscabos directos, mientras que los perjuicios son los menoscabos derivados de los daños. Para valorarlos debidamente hay que tener en cuenta dos tipos de valor: el valor subjetivo o *praetium singulare*, que es el interés que tiene para su propietario el objeto del daño, incluyendo el valor de afección; es decir, lo que el bien u objeto dañado representa, en la esfera de sus sentimientos, para la persona titular del objeto. El valor objetivo o *praetium commune*, también conocido como valor en el mercado, es el interés que tiene el objeto del daño para cualquier poseedor del mismo.”, de lo anotado se puede colegir que, dentro de la definición de daño moral, si bien éste no tiene un método establecido para cuantificar el daño; es por aquello que el

legislador deja a criterio del Juez el establecer dicho daño y poderlo cuantificar en un valor monetario que pretenda reparar aquel menoscabo.

El juez en su resolución en virtud del estudio realizado, en el caso sub judice, se ha determinado la omisión o la falta de cuidado por parte de la entidad accionada en el manejo de la información crediticia respecto de señor Manuel Patricio Andino Sabando, la cual se ve reflejada en la inobservancia de la Ley Orgánica de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana para la reconstrucción y reactivación de las zonas afectadas por el terremoto del 16 de abril de 2016; sin tomar en cuenta que el accionante fue beneficiario de esta ley, en calidad de afectado por aquella afectación natural; a consecuencia de esta inobservancia se generó un dato erróneo en el centro de datos crediticios, lo cual afectó su historial para acceder a nuevos créditos. Por lo que declara parcialmente con lugar la demanda propuesta por el señor Manuel Patricio Andino Sabando en contra de la Mutualista Pichincha, como indemnización por daño moral se condena a la Mutualista Pichincha la cantidad de \$.10.000,00. Es decir, este juzgador valoró de diferente manera las pruebas aportadas por la parte accionante, que la otra jueza habiendo declarado ella una indemnización de \$.50.000, este juzgador solo manda a pagar la cantidad de diez mil dólares.

La Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Pichincha ha fundamentado su recurso de apelación señalando en lo sustancial los siguientes aspectos:

- a) La sentencia adolece de falta de cumplimiento del artículo 138 del Código Orgánico de la Función Judicial.

- b) El actor en la demanda hace referencia 13 veces y en forma reiterada, de la compañía Proinco sociedad financiera “La Yapa”. pero se abstiene de incluirla en la demanda dejándola en absoluta indefensión.
- c) El señor juez ha dictado sentencia que declara parcialmente con lugar a la demanda misma que adolece del cumplimiento del artículo 138 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- d) Dentro de las 24 pruebas anunciadas por el actor en las dos últimas por el autor son inconstitucionales, ilegales, improcedentes y al margen del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, pruebas que fueron objetados por la parte demandada.
- e) No se respeta el debido proceso y la seguridad jurídica establecida en la Constitución de la República.
- f) Falta de requisitos de motivación previsto en el artículo 76 numeral siete literal L de la Constitución de la República del Ecuador, vulnerando el derecho al debido proceso en la garantía de motivación.

La parte recurrente accionante ha fundamentado su recurso de apelación estableciendo los siguientes aspectos:

- a) La parte accionada Mutualista Pichincha no planteó excepciones previas, puesto que su contestación fue determinada como extemporánea, no podía el señor juez permitir bajo ningún concepto que la parte demandada haga uso de proponer o rechazar hechos en la audiencia de juicio.
- b) La sentencia dictada contiene una multiplicidad de errores sintácticos y gramaticales que la adornan difícil intelección.

- c) No puede ser posible que una misma realidad procesal, haya podido ser analizadas y valoradas de manera tan disímil por parte de otro juez de una misma unidad judicial. En la sentencia de primer nivel dictada dentro de este proceso judicial.
- d) En atención a la cuantía de la demanda, debió haberse procedido también a la fijación de las costas procesales en la forma determinada en el artículo 284 del Código Orgánico General de Procesos, tomando en consideración la evidente mala fe de la parte demandada, evidenciada fundamentalmente en su desleal actitud procesal al no haber legitimado su intervención y personería, actitud que la parte demandada la volvió a reiterar en la audiencia preliminar cuando se declaró nulo el proceso por el mismo motivo.
- e) Fueron aceptadas 24 pruebas que conforme al artículo 160 del Código Orgánico General de Procesos, son pruebas pertinentes, útiles y conducentes.
- f) Se viola el principio universal de coherencia y proporcionalidad al condenar a Mutualista Pichincha sólo al pago de \$. 10,000 por concepto de daño moral cuando en realidad debió condenarse le a pagar la suma de \$. 200,000 porque se probó, como el mismo juez lo dice en su sentencia el daño moral y por cuanto no existió oposición a mi reclamo por parte de la Mutualista Pichincha al no contestar la demanda.

El tribunal resolviendo el fundamento de la apelación dentro de lo relacionado, es decir determinar si existió daño moral y el valor ordenado a pagar es el correcto. En esta causa, se probó la existencia del daño moral por la negligencia provocada por la

Mutualista Pichincha, al determinarse la omisión o falta de cuidado de la entidad accionada en el manejo de la información crediticia con respecto del actor, al inobservar la Ley Orgánica de Solidaridad y Corresponsabilidad ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto del 16 de abril de 2016, sin tomarse en cuenta que el demandante fuera beneficiario de ésta ley, en calidad de afectado por el terremoto; y, a consecuencia de ésta inobservancia se creó un dato errado en el centro de datos crediticios, situación que le afectó su historial para acceder a nuevos créditos, siendo este daño cuantificado conforme a las condiciones propias de la causa.

En el caso sub judice, el actor ha requerido el resarcimiento por el daño moral provocado y por daños y perjuicios, coexistiendo una diversidad de pretensiones las mismas que son aceptables en este procedimiento por tener relación o compatibilidad entre sí. Por lo antes expuesto, es de considerar que la resolución SB-IRP-2017-36 dictada por la Intendente Regional de Portoviejo, debió ser cumplida por la Mutualista Pichincha en el término concedido, situación que de acuerdo al proceso y a la contestación realizada se colige que la parte accionada no cumplió con la corrección de calificación de riesgo del reclamante dispuesto por el Órgano de Control en su oportunidad.

La mencionada operación de crédito se registra en Mutualista Pichincha como producto de la compra de cartera realizada a la compañía PROINCO S.A., esta operación se encuentra, a la fecha, al día en sus pagos...”; y, pese a existir esta certificación la entidad accionada no cumple con lo dispuesto en dicha resolución. Del argumento señalado por el actor, propiamente se refiere al daño moral que le provocó la

Mutualista Pichincha por ser quien supuestamente lo registró en el buró de crédito, antes llamado central de riesgo, actualmente Registro de Datos Crediticios.

Ante tal situación la parte demandada en su fundamentación señala que la compañía autorizada para indicar si alguien se encuentra en el Registro de Datos Crediticios es Equifax, compañía que se encuentra regulada por la Superintendencia de Bancos y Seguros, estando autorizados para emitir certificación, indicando que persona se encuentra en dichos registros con mala calificación, por la morosidad con la entidad financiera. De los documentos revisados y haciendo alusión a la Resolución No. SB-2016-589 dictada por la Superintendencia de Bancos de fecha 13 de junio del 2016, correspondería de acuerdo al registro de datos crediticios haberlo ingresado es la Mutualista Pichincha, siendo irrelevante establecer quien hizo el crédito. Por lo antes expuesto, con las consideraciones expuestas por el Tribunal, se puede llegar a la convicción que la Mutualista Pichincha tuvo negligencia al momento de no cumplir con lo ordenado en la Resolución SB-IRP-2017-36, luego de determinar aquello es importante establecer el daño que de alguna manera le causa sufrimiento al actor, al no poder solicitar créditos que lo conlleven a mejorar su negocio y calidad de vida, situación que de alguna manera influye en daño moral. Con respecto al daño material no se encuentra demostrado, es decir no existe prueba contundente que justifique el daño emergente y el lucro cesante.

La Sala rechaza los recursos de apelación interpuestos por ambas partes procesales, confirmándose la sentencia venida en segundo grado, Por los considerandos expuestos y considerando las reglas de la lógica formal (formando en la jurisprudencia alemana una categoría especial llamada «Denkgesetze») que no derivan de la experiencia sino que

estructuran el razonamiento y, por otra, las máximas de la experiencia (psicológicas, científico - técnicas, etc.) conocidas por el órgano jurisdiccional, es de señalar que el actor con los medios de pruebas que actuó en primera instancia y conforme a los argumentos sostenidos en la Audiencia de Apelación, no pudo justificar los elementos constitutivos para que se configuren los daños y perjuicios demandados.

3.2. Análisis del fallo de Primera y Segunda Instancia de la Unidad Judicial Civil de Portoviejo.

El juez a quo, a quien correspondió conocer el conflicto, estableció como problema jurídico preliminar del caso, la nulidad pretendida por el accionado, quien por segunda ocasión compareció a audiencia preliminar a través de un patrocinador que ofreció legitimar su actuación en audiencia.

Es de señalar como antecedente, que, en el proceso en ciernes, existe un auto de nulidad dictado por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia, misma que acusa al proceso de adolecer de nulidad material, alegando violación a las garantías mínimas del debido proceso, por la falta de legitimación en la que incurrió la parte demandada al no haber ratificado las gestiones del abogado que compareció a su nombre a la audiencia preliminar.

Como problema jurídico de fondo se tiene que el señor Manuel Andino Patricio Sabando, comerciante, dedicado a la compra y venta de bidones de agua, adquirió un préstamo con la Sociedad Financiera Proinco “La Yapa” por un valor de \$1.381,22

mismo que debía ser cancelado en 18 cuotas mensuales según la tabla de amortizaciones que establecida en el negocio jurídico.

Mientras cancelaba el crédito según las estipulaciones del contrato crediticio, ocurrió el devastador terremoto del 16 de abril que afectó a la zona costera de Manabí específicamente a la ciudad de Portoviejo, propiciando la caída de una pared que destruyó los insumos del negocio ordinario del ciudadano señor, Manuel Patricio Andino Sabando.

Al verse apremiado por la situación que atravesaba, decidió acogerse a la Ley de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas afectadas por el terremoto, en la que, en su disposición séptima manifiesta que “se diferirán al final del periodo originalmente pactado los pagos y cuotas de capital e intereses que correspondan a los meses de abril, mayo y junio de 2016 por concepto de obligaciones financieras”

El 11 de julio de 2016 se dirigió a las instalaciones de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones para adquirir un equipo, al acercarse al servicio de atención al cliente fue informado de que estaba imposibilitado de contratar con la empresa pública aludida por encontrarse en el buró de crédito con Mutualista Pichincha.

Al formular el correspondiente reclamo por escrito ante la Mutualista Pichincha S.A, le hicieron conocer que la Sociedad Financiera “La Yapa” había sido absorbida por Mutualista Pichincha S.A a quien correspondía los derechos de crédito y por lo tanto las acciones judiciales y extrajudiciales relacionadas al cobro.

Tras la inconformidad que implicaba la información recibida, realiza mediante oficio el reclamo de rigor a la Superintendencia de Bancos y Seguros. Institución que dispone a la Mutualista Pichincha S.A, garantizar al accionante el derecho previsto en la Ley de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas afectadas por el terremoto.

Visto los hechos, el Señor Manuel Patricio Andino Sabando deduce una acción por daño moral y daños y perjuicios en contra la Mutualista Pichincha en la que los hechos facticos que se articulan son los mencionados en las líneas precedentes.

3.3. Razón de la decisión (Ratio decidendi)

La juez Aquo, en la parte motiva de su sentencia menciona: el artículo 2232 del Código Civil, para establecer la reparación por daños morales. Así mismo el auto interlocutorio menciona: artículo 1572 del Código Civil que comprende "el daño emergente y el lucro cesante"; el segundo implica la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado.

De otra parte, la sentencia añade: Siendo que dentro del proceso no se observa que se encuentra demostrada la cuantificación de tal afectación. El daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se

tiene por supuesto, por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica.

Luego agrega "La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable." En lo que se refiere al proceso la disposición transitoria de la ley orgánica de solidaridad y de corresponsabilidad ciudadana para la reconstrucción y reactivación de las zonas afectadas por el terremoto de 16 de abril de 2016 manifiesta usualmente que las entidades del sistema financiero nacional no reportarán en el registro de datos crediticios, las operaciones de crédito vigentes registradas en la respectiva entidad financiera en la provincia de Manabí, el cantón Muisne y otras circunscripciones de la provincia de Esmeraldas afectadas por el terremoto, que se definan mediante decreto en todos los segmentos durante el periodo establecido en el presente artículo. Situación que no se verificó, siendo que consta del proceso que la resolución de la Superintendencia de Bancos haya sido obedecida en el término de ocho días tal y como fue ordenado.

En cuanto a la reparación del daño moral, el juez a quo señala: Arturo Alessandro Rodríguez, en su libro de la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, enseña que "Sí se trata de avaluar el daño moral, se considerará únicamente el pesar o dolor que la víctima ha debido experimentar, atendida la naturaleza del daño causado (...)" En esto consiste el daño moral y la reparación se determina por la extensión del perjuicio. Por lo mismo, -Señala el Juzgador- en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa

de su existencia. Así mismo que el padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable.

Vistos estos antecedentes la juez de causa declara parcialmente con lugar la demanda y dispone a título de resarcimiento el pago del valor de \$50.000,00 a favor del accionante señor Manuel Patricio Andino Sabando por el daño extra patrimonial causado.

Del fallo emitido por el juez de origen, el accionado Mutualista Pichincha S.A, interpone recurso vertical de apelación, acusando violaciones de diferentes tipos, entre las que se destacan:

- a) La sentencia adolece de falta de cumplimiento del artículo 138 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- b) El actor en la demanda hace referencia 13 veces y en forma reiterada, de la compañía Proinco sociedad financiera “LA YAPA”, pero se abstiene de incluirla en la demanda dejándola en absoluta indefensión.
- c) El señor juez ha dictado sentencia que declara parcialmente con lugar a la demanda misma que adolece del cumplimiento del artículo 138 del Código Orgánico de la Función Judicial.

- d) Dentro de las 24 pruebas anunciadas por el actor en las dos últimas por el autor son inconstitucionales, ilegales, improcedentes y al margen del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, pruebas que fueron objetados por la parte demandada.
- e) No se respeta el debido proceso y la seguridad jurídica establecida en la Constitución de la República.
- f) Falta de requisitos de motivación previsto en el artículo 76 numeral siete literal L de la Constitución de la República del Ecuador, vulnerando el derecho al debido proceso en la garantía de motivación.

La sala declara nulo el proceso y la causa nuevamente recayó por un segundo juez de la unidad judicial civil, que dentro de la resolución determino lo siguiente: El caso puntual después de la argumentación que ha expresado la parte demandada definitivamente el daño moral que demanda el actor es en contra de la Mutualista Pichincha, la mencionada mutualista es quien supuestamente registra el buró de crédito, antes se llamaba central de riesgo después se llamó buró de crédito y ahora se llama registros de datos crediticios; ese es el término más actual que hay, y la única compañía que autoriza que alguien se encuentra en el registro de créditos crediticios es Equifax, compañía que está regulada por la Superintendencia de Bancos y Seguros, y ellos emiten una certificación informando cuando una persona se encuentra en los registros crediticios con una mala calificación por haber sido moroso en una relación que contrajo con una entidad financiera.

El señor Andino tenía una actividad económica con la cual sustentaba a su familia, era una persona sujeto de crédito pagaba ese préstamo, hay recibos de pago y

después Proinco vendió su cartera a Mutualista Pichincha, y todos estos documentos y fotografías que se adjuntan hacen que tenga la certeza de que el actor era una persona que tenía su negocio que constituye el sustento de su familia, sin embargo toda esa documentación no me permite cuantificar lo que dejó de percibir en un periodo, no hay un rol de pago, no hay un impuesto a la renta, por lo que no se puede probar cuánto se dejó de percibir.

No existe un documento probatorio dentro de la valoración de la prueba, es evidente y de hecho de los argumentos el hecho público y notorio el terremoto del cual el señor Andino sufrió una afectación, en base a aquello el señor lo que requería era un crédito para levantar un negocio y éste ya no se lo permitió, quizás de ahí se encuentre el daño.

El señor Andino ha sido valorado por el Doctor Ángel Enrique Macías Moreira quien emitió certificación el 5 de mayo del año 2017, y se puede ver la resolución que pronuncia la Superintendencia a la Mutualista Pichincha es el 2 de marzo de 2017 y el señor Andino hizo una reclamación partir del 2016.

Algo puntual para establecer es el año que el Doctor Macías explica los trastornos siendo éste el 2017, pero explicando que el procedimiento viene desde el año 2016; y, la norma establece que la reparación de daños morales puede ser demandada si tales daños son del resultado próximo de la acción ilícita del demandado. Si determinamos cuándo efectivamente la Mutualista Pichincha no declaró en central de riesgo no se pudo determinar la fecha de la certificación de Equifax, pero sí se demostró que la Superintendencia le hace saber a la Mutualista que debe corregir ese error, y sólo

esa prueba que ha sido presentada por el actor. Esta prueba, permite establecer que existió una sanción, y que el señor Andino constó en el registro de datos crediticios del cual se maneja esta calidad financiera, pero no se sabe cuándo se registró en el buró, sin embargo, el hecho es comprobado, pero lo que no se permite comprobar es que si todos los daños psicológicos que el señor Andino tuvo fueron a causa de que haberlo hecho constar en el buró de crédito.

Después de haber realizado este análisis, y al haber expresado que el daño que se pudo haber causado en el área moral por la Mutualista Pichincha, tampoco es comprensible dejar pasar ese error por parte de la Mutualista y por consecuencia de aquello no pudo el señor Andino realizar otros créditos.

Se resuelve en base a lo que está probado, en este contexto se probó la existencia del daño moral por la negligencia de la Mutualista Pichincha, no atribuyó el testimonio del psicólogo ni el expediente como prueba a todo el cuadro de ansiedad por no encontrar un argumento procesal para demostrar, por eso se debe analizar la falta por lo tanto es un perjuicio moral, y no existe prueba para demostrar el daño y perjuicio causado.

El juez declara parcialmente con lugar la demanda por daño moral y se condena a la Mutualista Pichincha a que pague la cantidad de \$.10.000,00 a manera de reparación por el daño moral causado; se declara sin lugar la pretensión en cuanto a daños y perjuicios por no haberse justificado a través de medio probatoria alguna su procedencia y cuantificación.

Dentro de las resoluciones de primera y segunda instancia se debe tomar en cuenta que existió el daño moral, es decir, ambos jueces que tuvieron conocimiento de la misma causa determinaron la existencia del daño moral, que se encuentra tipificado en el artículo 2232; el daño moral forma parte de los delitos y de los cuasidelitos; en este caso el daño moral del actor se demostró mediante la declaración de central de riesgo del señor Manuel Patricio Andino Sabando.

3.4. Análisis de la Sala de lo Civil de Manabí

El tribunal dentro de su motivación estableció que La Constitución de la República del Ecuador El artículo 75, artículo 76 numeral 7 literales a, b, c, determina: " artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso. En este caso, la norma antes mencionada establece tres garantías mínimas que deben observarse en el proceso, entre estas: a) "Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

La Sala decidió declarar la nulidad tras determinar que existió una violación que pudo influir en la decisión del proceso, error que a decir del tribunal ad quem, se cometió al permitir que el Doctor Cesar Palma actuara en los actos del proceso sin la correspondiente legitimación. Que tales hechos desembocaron en violación a lo que determinada en el numeral tres del artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, conocida como legitimidad de personería.

3.5. Razón de la decisión. - (Ratio Decidendi)

El tribunal de instancia, considera que estas violaciones se concretaron por los siguientes hechos:

- 1.- Que, revisado el cuaderno de instancia, no constaba la procuración judicial en favor del señor doctor Cesar Palma.
- 2.- Que, si bien es cierto, el Doctor Jorge Enrique Sarmiento Pilco, acompañó Procuración Judicial otorgada a él por el Ing. Juan Carlos Alarcón Chiriboga, Gerente General de la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda “Pichincha”, Pudieron a la contestación a la demanda, autorizando con su firma al Doctor Cesar Palma Alcívar, no es menos cierto que este comparece a los actos o ritualidades comunes a este proceso sin que acompañe Procuración Judicial alguna.
- 3.- La Sala indica, que el recurso de apelación presentado por la parte accionada fue suscrito por el Doctor Cesar Palma Alcívar, sin haber estado debidamente legitimado.

En este contexto el Tribunal señala: En el caso existió inobservancia a la solemnidad sustancial prevista en el artículo 107 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, que se refiere a la legitimidad de personería, que se produce cuando comparece a juicio: Por sí solo quien no es capaz de hacerlo (la capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otro). En este orden en primera instancia se viola el derecho a la seguridad jurídica y puede provocar indefensión, el Doctor Cesar Palma Alcívar actuó sin procuración. Por lo que, esta omisión influye en la decisión de la causa y al ser una solemnidad sustancial de la prevista en el artículo 107 numeral 3 del Código Orgánico

General de Procesos, por lo que la Sala declara artículo la nulidad procesal a partir de la audiencia preliminar conforme el inciso segundo del artículo 111 del Código Orgánico General de Procesos.

Análisis jurídico. -

Para efectos de realizar un análisis profundo, en el marco de un argumento lógico-jurídico, que nos permita arribar a una conclusión categórica será necesario realizar las siguientes puntualizaciones en la órbita del derecho positivo, esto es, las normas sustantivas y de procedimiento, las normas del derecho constitucional, supra constitucionales, y contrastar la decisión del tribunal A quo con la línea de decisiones que se han adoptado en casos análogos (*stare decisis*):

Según el contenido semántico del artículo. 107 del Código Orgánico General de Procesos, son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos, las siguientes: 1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe.

La legitimidad de personería según el obiter dicta de las sentencias reiteradas de la otrora Corte Suprema y actual Corte Nacional, así como las fuentes doctrinales que

hemos citado en el marco teórico de nuestro estudio de caso, se da, en las siguientes circunstancias: a).- Cuando comparece alguien por sí sólo a un proceso, no estando en capacidad para hacerlo –verbigracias- un menor de edad; b).- El que afirma ser el representante legal de una fundación o corporación, sin serlo; c).- El que comparece al proceso con poder insuficiente u ofreciendo ratificar gestiones no lo hace.

El caso que nos atañe, los hechos mencionados por la sala, no se ajusta a las premisas materiales referidas en líneas anteriores por los argumentos que se proceden a consignar: 1.- La Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda “Pichincha”, citada con la demanda, comparece a juicio, deduce excepciones fuera de término legal y legitima su personería incorporando al proceso un contrato de mandato con procuración judicial, que el gerente o representante legal del colectivo jurídico, señor Ingeniero Juan Carlos Alarcón Chiriboga –Legitimado pasivo- otorga al Doctor Jorge Enrique Sarmiento Pilco. De lo que se tiene, que en caso sub lite, sí existió la correspondiente Legitimación al proceso, por parte de quien comparece a juicio, en virtud de los derechos derivados de un contrato del mandato con procuración judicial.

En este contexto, no había lugar a la declaratoria de nulidad por la falta de legitimidad de personería, que imputa la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, pues el que haya comparecido el Doctor Cesar Palma, a la audiencia preliminar, que se señaló con la ocasión de la tramitación de la causa, sin el correspondiente poder de procuración judicial que lo legitime para intervenir, equivale a desidia o desinterés mostrado por la parte accionada para con el proceso. Esa falta de comparecencia sin poder y la inasistencia del legitimado en el proceso debió haber sido

sancionada como la no comparecencia del demandado al acto del proceso aludido. En esta línea de ideas, será necesario consignar el contenido exegético del artículo 64 del Código Orgánico General de Procesos, en el que se contienen las obligaciones del demandado, una vez citado:

- 1.- Requerir a la o el citado a comparecer ante la o el juzgador para deducir excepciones.
- 2.- Constituir a la o el demandado como poseedor de mala fe e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda, según lo dispuesto en la ley.
- 3.- Constituir a la o el deudor en mora, según lo previsto en la ley.
4. Interrumpir la prescripción.

Sin embargo, del contenido de la norma citada, cuyo mandamiento es obligatorio, esto es, de observancia obligatoria para los sujetos de una relación procesal, la entidad accionada no compareció a la audiencia preliminar, enviando en su lugar al abogado patrocinador, sin poder que lo legitime en el proceso, y como si este fraude operaba a su favor, el tribunal a quo sanciona al proceso, con una nulidad insalvable, que termina ocasionando perjuicios al accionante.

Para un mejor entender, el accionante señor Manuel Patricio Andino Sabando, demanda a la Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda “Pichincha”, en la persona del Gerente señor Ingeniero Juan Carlos Alarcón Chiriboga, quien es, el legitimado en la causa, siendo que a él es a quien la suerte de la sentencia terminaba

perjudicando o aprovechando. Citado con la demanda contesta la misma de modo extemporáneo y se exceptiona a través de su apoderado señor Doctor Jorge Enrique Sarmiento Pilco, legitimando su intervención en el proceso con un poder de procuración judicial que le otorga. De lo dicho se tiene que en el caso materia de nuestro análisis, no existió ilegitimidad de personería.

De otra parte, el artículo 264 del Código Orgánico General de Procesos respecto del legitimado para deducir el recurso de apelación menciona: que la persona legitimada para presentar un recurso puede apelar parcialmente la resolución, en cuyo caso se ejecutará la parte no impugnada [...] norma, que tendría para el caso, una suerte de Perogrullo, siendo que, si la sala concluye que el doctor Cesar Palma no está legitimado en el proceso, se entiende que tampoco lo estaba para deducir ni fundamentar el recurso de apelación, los que nos lleva a concluir que el tribunal de apelación debió de tenerlo por no interpuesto; dicho de otro modo, si no estaba legitimado para actuar a nombre de la entidad financiera accionada por falta de poder, tampoco lo estaba para deducir el recurso de apelación.

Hay un axioma por el cual se entiende que: nadie puede alegar a su favor, su propia torpeza o culpa. “nemo auditur propriam turpitudinem allegans”. De lo contrario estaríamos incurriendo en violación flagrante de las siguientes normas:

Código Orgánico de la Función Judicial. - artículo 26.- PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL. - En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad [...]

Normas Constitucionales. -

El Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, respecto de los principios de economía procesal, menciona: Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, **celeridad y economía procesal**, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

En el caso concreto, existió por parte del Tribunal Ad quem, una evidente violación al principio de economía procesal, considerado principio informador del proceso, siendo que consagró al accionante a sustanciar por partida doble una misma causa, recibiendo en la segunda sustentación del proceso, una sentencia adversa a sus intereses, considerando que el fallo que se pronunció por el juez de primer nivel, que se contaminó con el auto interlocutorio de nulidad, le mandaba a pagar la cantidad de cincuenta mil dólares por los daños extra patrimoniales causados, contrario a la sentencia declarativa dictada con posteridad que apenas le manda a pagar un valor estimado en la cantidad de diez mil dólares.

En este mismo sentido, el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, menciona: Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

En el caso concreto existió una evidente violación al derecho del accionante, si recurrimos simple y llanamente a la estructura superficial con que el tribunal A quo ha argumentado a referir que existió ilegitimidad de personería, cuando obra el cuaderno de instancias, la capacidad procesal del apoderado cuya ilegitimad se justifica con el poder con procuración judicial que incorpora al proceso.

Siguiendo el esquema argumentativo las normas del derecho internacional, respecto del derecho a la persona a contar en las causas con un juez competente, menciona en su artículo 8 Numeral 1, lo siguiente: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

4. CONCLUSIÓN

Luego de las argumentaciones que en el marco de las normas legales, constitucionales y supra constitucionales que se han mencionado, es de señalar que en el caso materia del análisis, el auto interlocutorio dictado por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de la ciudad de Portoviejo, riñe con las normas del derecho positivo y de procedimiento que regulan los derechos y las obligaciones de las partes vinculadas por una relación jurídico-procesal, conclusión a la que se arriba puesto que se legitima una conducta contraria a derecho y que podría constituirse en una franca desinstitucionalización del sistema de justicia en el Ecuador, siendo que el fraude procesal debe ser sancionado, en el caso que nos atañe, con una sentencia adversa considerando que el accionado, de una parte, no contestó la demanda en término oportuno, y de otra, no compareció a la audiencia preliminar como le correspondía. Este tipo de actuaciones comporta también atentar contra la seguridad jurídica, que implica en el respeto a las normas previas y a los principios constitucionales por el cual se conoce que el estado está obligado a garantizar a las y los ciudadanos, una tutela judicial efectiva, como forma de promocionar y difundir a la administración de justicia que está obligada a componer de modo ágil con una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada los conflictos que se presenten entre particulares.

La tutela efectiva que es un derecho de partes, refiere inexcusablemente, que, en el marco del interés público, se encuentran el derecho discutido por las partes, sin embargo, de su calidad, porque es al órgano jurisdiccional al que, en resumidas cuentas, como órgano del aparato estatal le corresponde arreglar el conflicto con una sentencia

de fondo, en términos de economía, celeridad y respeto a las normas públicas de cuyo mandato nadie puede excusarse.

Desde una acepción restringida, bien podría la actuación de la sala, a ver dejado abierto un flanco, para que el accionante en cuyo perjuicio se dictó el auto de nulidad, inicie una acción por la responsabilidad subjetiva en que incurrieron los integrantes de la Sala, al declarar sin mérito una nulidad, de la que devino más tarde una sentencia en la que se declara a su favor un derecho, mandando a pagar un valor inferior al que se declaró en la resolución primaria.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, A. (1949). *La Nulidad en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Nacimiento.

Anónimo. (2017). *biblioteca virtual*. Obtenido de http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/otras_publicaciones/aud_c_al_dcap4.pdf

Anónimo. (29 de 05 de 2017). *Justicia y Derecho*. Obtenido de <https://justiciayderecho1.blogspot.com/2017/05/diferencias-entre-nulidad-formal-y.html>

Arauz , C., & Llambias, J. J. (1955). *Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires: Perrot.

Ayala, H. H. (2014). *Analisis documental del proceso de inclusión en la educación*. Obtenido de [AnalisisCriticoSobreLaInclusionDelPrincipioDeBuena-4523661.pdf](#)

Bacre, A. (08 de septiembre de 2016). *Derecho Ecuador* . Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/contestacion-a-la-demanda-segun-el-cogep>

Baldeon, M. O. (26 de 09 de 2017). *UNIANDES*. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7242/1/PIURAB037-2017.pdf>

BESA, A. (1949). *La Nulidad y la Recision en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile: Universitaria.

Cabanellas, G. (2018). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Helista.

Cabeza, M. (2016). *Iberley*. Obtenido de <https://www.iberley.es/temas/legitimacion-partes-proceso-55841>

Cascante Redín, L. (2018). *Capacidades y Legitimaciones en el proceso civil*. Quito. Obtenido de https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_2/capacidades_legitimaciones_proceso_civil.pdf

Caso No. 13334-2017-00438. (2017). Portoviejo.

CODIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. (2009). En *COFJ*. Quito: Lexis.

Código Orgánico General de Procesos. (2015). Quito: Registro Oficial.

Cornejo Aguilar, J. S. (28 de septiembre de 2017). *Derecho Ecuador* . Obtenido de Solemnidades Sustanciales : <https://www.derechoecuador.com/nulidades-en-el-cogep>

Cornejo, J. (08 de 10 de 2018). *Nulidades en el COGEP*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/nulidades-en-el-cogep>

Espinoza, R. (06 de 2016). *Researchgate*. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/312577397_EL_DERECHO_PROCESO_SAL_COMO_SISTEMA_DE_GARANTIAS

Falconi, J. G. (26 de 11 de 2010). *Derecho Ecuador*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/el-derecho-al-debido-proceso>

Ferrer, J. M. (28 de abril de 2018). *Derecho Vlex*. Obtenido de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/concepto-moral-233881>

Junoy, P. i. (2003). *El principio de la buena fé Procesal*. Barcelona: Bosch Editor.

Juridica, E. (17 de 03 de 2019). *Enciclopedia Juridica*. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-de-econom%C3%ADa-procesal/principio-de-econom%C3%ADa-procesal.htm>

juridicas, G. (2018). *WoltersKluwer*. Obtenido de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjS2NLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAfp-1NzUAAAA=WKE

Juridico, D. (12 de 10 de 2018). *Diccionario Juridico*. Obtenido de <http://ic-abogados.com/diccionario-juridico/legitimacion-procesal/>

Kluwer, W. (2017). *Guias Juridicas*. Obtenido de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDE0tjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAcT-CIjUAAAA=WKE

Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana. (2016). Quito: Lexis.

Mexico, U. N. (2019). *Daño Moral y su Reparacion*. mexico: Instituto de investigacion juridica.

Morillo, V. P. (30 de 06 de 2014). Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/responsabilidad-objetiva-del-estado>

Murillo, N. (15 de 02 de 2018). Obtenido de <https://www.lifeder.com/nulidad-absoluta-relativa/>

Navarro, J. (23 de 01 de 2017). *DefinicionABC*. Obtenido de <https://www.definicionabc.com/derecho/danos-perjuicios.php>

Palacio , L. E. (1986). *Manual de Derecho Procesal Civil* (Sexta edición actualizada ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perroi.

Perez, A. (10 de 03 de 2015). *LAWi*. Obtenido de <https://ecuador.leyderecho.org/nulidad-realtiva-rescision/>

Sarfild, V. (2001). *Teoria general del negocio juridico*. Lima: ARA.