

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA



**DISERTACIÓN DE TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA**

**LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN EN
PROCESOS ESPECIALES**

XIMENA MARGARITA ESPINOSA MONTIEL

QUITO, 31 DE OCTUBRE DE 2014

Quito, 30 de septiembre de 2014

Señor doctor
Santiago Guarderas Izquierdo
Decano de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
En su despacho.-

Señor Decano:

Tengo a bien referirme al oficio No. 344-SJG-14, de 12 de septiembre del año en curso, mediante el cual el Dr. Manuel Jiménez Moreano, Secretario de la Facultad, me comunica de mi designación como lectora de la disertación intitulada "La admisibilidad del recurso de casación en procesos especiales", de autoría de la estudiante Ximena Espinosa Montiel.

Al respecto, cúmpleme entregar el siguiente informe que sustenta la nota asignada sobre diez puntos:

I. En cuanto a los aspectos de forma:

- 1) La tesina está, de manera general, de conformidad con las reglas de metodología que rigen para estos trabajos académicos; las diversas cuestiones tratadas guardan entre sí la debida conexión. Así, la parte introductoria precisa cuáles son los temas de los que tratará la tesina, y se perfila brevemente el tema central de estudio.
- 2) Se evidencia una buena investigación bibliográfica y jurisprudencial.
- 3) Se echa en falta una mejor redacción y ortografía. Esto desluce el trabajo. Son frecuentes los párrafos en donde se abusa del gerundio; o se utiliza indebidamente las mayúsculas, en palabras como "casación" "pública" (en referencia a la Administración), "salas" (en referencia a las de la Corte Nacional), "antigua" (respecto a Roma); o bien, no se emplea adecuadamente los signos de puntuación.

II. En cuanto a los aspectos de forma:


- 4) La parte medular del trabajo se dedica al análisis de la procedencia del recurso de casación respecto de procesos que la disertante identifica como "especiales". Para llegar a este punto (contenido en el capítulo IV), efectúa un análisis de diversas instituciones (siguiendo un método eminentemente dogmático).

- 5) Aunque el desarrollo es, en general, adecuado, estimo que faltó más criterio personal de la autora. Ciertamente, lo hay, pero poco y a veces, concluye con afirmaciones absolutas. Por ejemplo, cuando afirma que los juicios de expropiación "son de conocimiento" (p. 100), se requiere más argumentos que sustenten esa afirmación. Este problema se hace especialmente patente en las conclusiones. Aunque se van formulando algunas a lo largo del trabajo, el acápite respectivo ocupa apenas dos páginas de cien. Y hay conclusiones que requerían, ciertamente, mayor desarrollo. Por ejemplo, la No. 10, sobre qué soluciones aportaría una reforma al artículo 2 de la Ley de Casación.

Por estas consideraciones, estimo que la nota que debe asignársele a este trabajo es de **9 sobre 10 puntos**.

Con esta oportunidad, le reitero, señor Decano, mis sentimientos de alta consideración y estima.

Atentamente,



Vanesa Aguirre Guzmán
Profesora de la Facultad de Jurisprudencia

Molina Gallegos & Asociados
ESTUDIO JURIDICO

Quito DM, 30 de octubre del 2014

Señor doctor
Santiago Guarderas
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PUCE
Ciudad.-

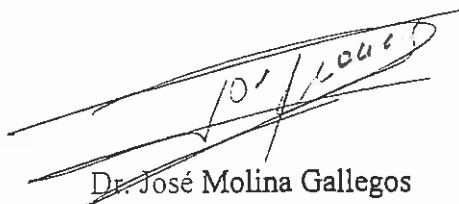
Señor Decano:

He sido designado como profesor informante de la tesina intitulada "LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN EN PROCESOS ESPECIALES" preparada por la señorita Ximena Margarita Espinosa Montiel, alumna de la facultad; al respecto, digo:

Considero que el estudiante se ha ceñido en el desarrollo de la investigación al tema propuesto, la bibliografía es suficiente.

Por lo expuesto, califico con la nota de 9/10 puntos al trabajo de investigación realizado por el estudiante.

Atentamente,



Dr. José Molina Gallegos

DEDICATORIA

La elaboración de esta investigación va dedicada a las siguientes personas:

A mi papá Jorge, por ser mi ángel de luz que ilumina mi camino y me protege desde el cielo.

A mi mamá Ximena y a mis hermanos, Carlos y Belén, por ser los pilares fundamentales de mi vida, la fuerza y el apoyo que recibo de ustedes día tras día.

A mis tías Sonia y Yolanda, por ser las principales promotoras en la construcción de mis sueños.

AGRADECIMIENTO

Agradezco primeramente a Dios por darme la oportunidad de cumplir uno de los sueños en mi vida, porque a pesar de las dificultades me ha dado fortaleza y paciencia para culminarlo.

Al Doctor Edgar Ulloa, por ser el director de esta disertación por compartir parte de su experiencia para iniciar una nueva etapa en mi vida profesional.

Al Doctor Hernán Santacruz y a la Abg. Ana Carolina Donoso por ser el ejemplo profesional, por brindarme su apoyo y cariño y sobre todo porque ser mis maestros no sólo en lo profesional sino en la vida misma.

Finalmente a mis amigos y amigas, ustedes saben a quienes me refiero por estar conmigo siempre en las etapas de mi vida, por haber trabajado, reído y llorado conmigo, ya que sin sus consejos y apoyo esto no pudiera darse.

ABSTRACT

Esta investigación trata acerca de la admisibilidad del recurso de casación en procesos que por su naturaleza, son difíciles de determinar si son o no procesos de conocimiento; este trabajo se enfoca en cuatro procesos específicos como lo son los de amparo posesorio, la nulidad de laudo arbitral, los expropiatorios, ejecutivos y las providencias dictadas en la vía de ejecución de sentencias dictadas dentro de procesos de conocimiento tramitados por las Cortes Provinciales, Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Tribunales Fiscales, y como la admisibilidad del recurso de casación de dichos procesos ha generado criterios contradictorios dentro de la Corte Nacional de Justicia.

Se parte de un análisis doctrinario tanto de la naturaleza de los procesos en general como de los mencionados en el párrafo anterior, para luego de esto continuar con los criterios emitidos por la Corte Nacional de Justicia a través de sus precedentes jurisprudenciales, la jurisprudencia en general y varias resoluciones al respecto, para finalmente concluir y sobretodo determinar si los procesos tratados cumplen o no con las características suficientes para ser calificados como procesos de conocimiento.

Se ha tomado como fuentes no sólo la legislación nacional, sino también legislación comparada, a más del análisis que hacen al respecto grandes juristas nacionales como internacionales y finalmente decisiones judiciales aplicadas en casos concretos que aportan no sólo el análisis sino los argumentos de los magistrados de la Corte Nacional de Justicia al momento de admitir o no el recurso de casación en estos casos.

El fin primordial de esta investigación es subsanar la contradicción que se tiene actualmente al momento de tramitar el recurso de casación en estos procesos, y sobretodo descongestionar la administración de justicia por medio de una aplicación correcta no sólo de la ley sino también del raciocinio jurídico de los profesionales del Derecho que se desenvuelven en la sociedad ecuatoriana.

KEYWORDS-ABREVIATURAS UTILIZADAS

- **COFJ:** Código Orgánico de la Función Judicial
- **COOTAD:** Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización
- **CPC:** Código de Procedimiento Civil
- **CC:** Código Civil

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
1. CAPITULO I	
1.1. Definición de proceso.....	8
1.1.1. Diferencia entre proceso y procedimiento.....	9
1.2. Clasificación de los procesos.....	11
1.3. Definición y naturaleza jurídica de los procesos de conocimiento.....	12
1.4. Definición y naturaleza jurídica de los procesos de ejecución.....	13
1.4.1. Título ejecutivo.....	14
1.5. Definición de la vía judicial y su repercusión en la legislación ecuatoriana.....	17
1.6. Los procesos de conocimiento según la legislación ecuatoriana.....	19
1.7. Los procesos de ejecución según la legislación ecuatoriana.....	19
1.7.1. Juicio ejecutivo.....	19
1.7.2. Vía de ejecución.....	20
2. CAPITULO II	
2.1. Breves antecedentes de los medios de impugnación.....	23
2.2. Definición y características del recurso procesal.....	24
2.2.1. Naturaleza jurídica y fundamentación del recurso.....	26
2.3. Clasificación doctrinaria de los recursos procesales.....	29
3. CAPITULO III	
3.1. Antecedentes históricos de la casación.....	32
3.2. Naturaleza jurídica del recurso de casación.....	34
3.3. El recurso de casación en el Ecuador y en otras legislaciones	37
3.4. Análisis de la Ley de casación ecuatoriana vigente.....	42
3.5. Análisis del recurso de casación en el proyecto del Código Orgánico General de Procesos.....	48
4. CAPITULO IV	
4.1. Análisis de los elementos de admisibilidad del recurso de casación según el artículo 2 de la Ley de casación.....	52
4.2. Admisibilidad en procesos de nulidad de laudo arbitral.....	53
4.3. Admisibilidad en procesos ejecutivos.....	66
4.3.1. Naturaleza jurídica de los títulos cambiarios y sus diferencias con los	

títulos ejecutivos.....	71
4.4. Admisibilidad en procesos de amparo posesorio.....	75
4.4.1. La posesión.....	75
4.4.2. Acciones posesorias.....	77
4.5. Admisibilidad de providencias de procesos de conocimiento que se encuentran en vía de ejecución dictadas por las Cortes Provinciales, y Tribunales de lo Fiscal y lo Contencioso Administrativo, si tales providencias resuelven puntos esenciales no discutidos en el juicio o contradicen lo ejecutoriado.....	85
4.6. Admisibilidad en procesos expropiatorios.....	88
4.6.1. La expropiación.....	88
4.6.2. Últimas reformas legales.....	94
4.6.3. Resolución de la Corte Nacional de Justicia emitida el 11 de junio de 2014....	97
5. CAPITULO V	
5.1. Reforma a la Ley de Casación.....	103
CONCLUSIONES	105
RECOMENDACIONES.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	108

|

INTRODUCCIÓN

La institución de la casación que nace propiamente en Francia a raíz de la Revolución, es uno de los controles judiciales de mayor importancia para las sociedades, ya que por su naturaleza no busca un fin particular sino más bien un verdadero control en cuanto a la aplicación de la Ley, puesto que su objetivo es general, dando como resultado que asimismo su admisibilidad sea restringida, en base al cumplimiento de ciertos requisitos.

El recurso de casación en la legislación ecuatoriana fue introducido en el año de 1992, con el fin de eliminar la retrograda tercera instancia que revisaba hasta tres veces los hechos como el derecho, sin embargo el recurso extraordinario se dejó abierto para todos los tipos de procesos. Pero en el año de 1997, se observaba que el recurso se había convertido en un arma de abuso para el retraso de cumplimiento de obligaciones de los procesos de ejecución, entre ellos el juicio ejecutivo, por lo que la casación se limitó únicamente a resoluciones y providencias que pusieran fin a procesos de conocimiento.

Reformas posteriores a la admisibilidad al juicio ejecutivo y otros procesos especiales como lo son la acción de nulidad de laudo arbitral, el amparo posesorio, los procesos expropiatorios y las providencias dictadas por los tribunales fiscales y de lo contencioso administrativo y cortes provinciales en vía de ejecución han generado criterios contradictorios de admisibilidad, puesto que la naturaleza jurídica de estos procesos es más compleja. Convirtiéndose en tema principal de esta investigación, la cual tiene como objetivo determinar si cumplen o no con lo prescrito con la Ley de casación y sobre todo plantear soluciones en base a análisis doctrinarios, prácticos, así como legislación comparada para plantear una reforma legal o un método de unificación de criterios jurisprudenciales.

La presente investigación ha sido realizada en base a casos específicos cuyas resoluciones de admisibilidad fueron resueltas hasta mediados del año

2014, sin embargo creo importante señalar que las causas datan del año 2008 y años posteriores; así como las últimas reformas legales en las que se indican las contradicciones que inspiran este trabajo.

CAPÍTULO I- LOS TIPOS DE PROCESOS

Es parte fundamental de esta investigación estudiar los tipos de procesos que se analizan dentro del Derecho Procesal, para poder identificar las características propias de cada uno. Como se mencionó en la parte introductoria, uno de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación es que dicho recurso se interponga respecto de autos y sentencias que pongan fin a los procesos de conocimientos, como lo señala el artículo 2 de la Ley de casación.

Aunque parece un requisito de fácil cumplimiento y análisis, existen procesos como lo son los de amparo posesorio, expropiatorios, juicios ejecutivos, nulidad de laudos arbitrales, las providencias dictadas en vía de ejecución, entre otros, que presentan peculiaridades que suscitan no sólo discusiones, sino resoluciones contradictorias que demuestran un análisis no adecuado, respecto de los tipos de procesos, por parte de los Conjueces de la Corte Nacional de Justicia.

1.1. Definición de proceso

Para Devis de Echandía, el proceso jurídico es una serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico, hablemos bien sea del proceso legislativo, la elaboración de un decreto o de un contrato, tanto en el campo administrativo como el campo civil, así como para resolver un conflicto de intereses o derechos, materia de un juicio.¹

Para Humberto Cuenca el proceso “*es una relación jurídica porque vincula a los sujetos que intervienen en él, es un método dialéctico porque investiga la verdad jurídica en un conflicto de intereses y es una institución porque está regulado según leyes de una misma naturaleza*”.²

¹ Cfr. ECHANDÍA, Hernando Devis, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires-Argentina, Tercera edición revisada y corregida, 2004, p.155.

² CUENCA, Humberto, *Derecho Procesal Civil, tomo I*, Ediciones de la Universidad Central de Venezuela, Caracas-Venezuela, 2000, p. 199.

En conclusión, el proceso en el campo jurídico es un conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la Ley en un caso en concreto, la declaración, la defensa o la ejecución de un derecho, ya que de esa manera se llega a la verdad jurídica y se imparte justicia.

El proceso se compone tanto de la parte material, entendida como todos los documentos que componen el expediente y que toman el nombre de fojas, como de la parte sustancial, es decir todas las actuaciones judiciales, las cuales concatenadas le dan el verdadero valor al proceso, ya que la falta de una de ellas acarrearía la nulidad del mismo.

Es importante recalcar en esta parte el fin del proceso, el cual tiene dos concepciones, la subjetiva y la objetiva. La subjetiva es la tutela judicial brindada por parte del Estado para la protección de los derechos fundamentales y la objetiva es la aplicación del derecho o de la norma en el caso en concreto; es decir, se aplica la norma con el fin de proteger un derecho fundamental que se está vulnerando en un caso específico. Se sostiene que el proceso es el medio por el cual se satisface la necesidad de la justicia.³

Otros autores como Leonardo Prieto-Castro y Ferrandiz dice que el proceso tiene dos fines, uno mediato y otro inmediato, el segundo hace alusión a la defensa y conservación del orden jurídico privado, mientras que el primero es la protección de los derechos del individuo, lo que encaja en los fines objetivo y subjetivo del proceso mencionados anteriormente.⁴

1.1.1. Diferencia entre el proceso y el procedimiento

Si bien es de vital importancia, el explicar la definición de proceso dentro del campo jurídico, es igual de necesario tratar la distinción entre lo que

³ Cfr. ECHANDÍA, Hernando Devis, op. cit. pp.156-157

⁴ Cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *Derecho Procesal Civil, Volumen I*, Editorial Tecnos, Madrid-España, 1973, p. 155.

significa el proceso como el procedimiento, ya que en la mayoría de los casos se los asimila o se los toma como sinónimos, lo cual es incorrecto ya que al ser el proceso un institución y el procedimiento un método, es proporcionar a cada uno características que le son ajenas por lo que para sostener esta diferenciación, es mejor hacerlo por medio del criterio de juristas renombrados, quienes no sólo definirán la diferencia entre ambos temas sino que además explicarán el porqué de esta teoría.

Para el doctrinario Couture, procedimiento es *“la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión”*.⁵ Destacando que el procedimiento se liga más bien a las formalidades que rigen a cada vía judicial o a cada tipo de proceso dependiendo del campo jurídico en el que se desarrolle, es decir tendrá que cumplir con ciertos requisitos si se presenta en el campo civil, los cuales cambiarán si se desarrollase en el campo penal, e incluso dentro de estos campos habrá subtipos que soliciten del cumplimiento de ciertas solemnidades para su consecución.

De acuerdo a Carnelutti afirma que *“no debe confundirse proceso con procedimiento, porque el proceso es el continente y el otro el contenido; por lo que una combinación de procedimientos pudieran constituir un solo proceso”*.⁶

Como se puede observar el procedimiento tiene que ver con la manera de actuar en un proceso judicial, entendido esto como la mecánica y las fórmulas. Un proceso puede estar conformado por varios procedimientos,⁷ he ahí la importancia de las actuaciones concatenadas que se mencionaron en párrafos anteriores para recalcar la importancia del proceso jurisdiccional.

No se debe confundir ambas definiciones como un todo, puesto que el procedimiento forma parte del proceso. El procedimiento es una manera de ejecutar una acción, lo que se entiende como un método, en cambio el proceso

⁵ Cit. por UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, *Derecho Procesal Civil*, <http://es.scribd.com/doc/992884/Derecho-Procesal-Civil-completo>, p.1, 3 de julio de 2013, 14:50

⁶ *Ibíd.* p.2

⁷ Cfr. CUENCA, Humberto, *op.cit.* p. 204.

al ser un conjunto de actos jurídicos ordenados, tiene un fin que es el de resolver conflictos de intereses y derechos por medio de la utilización del aparato judicial.

Gracias al procedimiento, el proceso tiene un inicio y un fin, puesto que determina el período de ejecución del mismo. El proceso responde al contenido o al fondo y el procedimiento a la forma y como lo afirma Montero, el procedimiento será uno pero se deberá sumar las expectativas y cargas de las partes para que proceso pueda resolver el conflicto jurídico que se ha suscitado entre las partes.⁸

1.2. Clasificación de los procesos

La doctrina divide a los procesos en base al fin por el cual el actor acude ante al juez, la cual se clasifica de la siguiente manera:

- a) Cuando se desea la declaración de la certeza de un derecho, el cual es controvertido bien sea en su existencia o como en su titularidad, para lo cual tomará el nombre de proceso de conocimiento.⁹
- b) Cuando se requiere que el juez utilice su facultad coercitiva y por lo tanto haga cumplir un derecho ya reconocido, pero que está siendo vulnerado, entonces tomará el nombre de proceso de ejecución.¹⁰
- c) Cuando se busca que el ejercicio de un derecho sea asegurado o que no sea violentado, para así lograr la eficacia del mismo, con lo que tomaría el nombre de proceso cautelar. Además tiene una finalidad instrumental, en el que el fallo favorable de un proceso hará que se tenga acceso a otro.¹¹

⁸ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, op.cit., p. 267

⁹ Cfr. MORÁN SARMIENTO, Rubén Elías, *Derecho Procesal Civil Práctico, Principios Fundamentales del Derecho Procesal, tomo I*, Edilex, S.A Quito-Ecuador, 2009, pp. 365-366

¹⁰ Ibid. p. 368

¹¹ Cfr. VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá-Colombia, Segunda Edición Actualizada, 1999, p.96

1.3. Definición y naturaleza jurídica de los procesos de conocimiento

Como ya se explicó antes, en este tipo de procesos hay un derecho controvertido, bien sea por su existencia como por su titularidad. Se busca el predominio de la actividad intelectual del juez, ya que el objeto de este tipo de procesos es declarar la certeza de un derecho. Se busca una declaración de voluntad o una simple mutación ideal de situaciones.¹²

Es importante recalcar que no todo proceso de conocimiento da como resultado una sentencia declarativa, puesto que existen otro tipo de procesos que no son de conocimiento, pero que sin embargo emiten sentencias declarativas, por lo que es inexacto afirmar que todo proceso de conocimiento es un proceso declarativo. Carnelutti al respecto cita como ejemplo la resolución judicial que ordena un secuestro, la cual deriva de un proceso cautelar, por lo que él cree que es más conveniente denominar al grupo genérico procesos de cognición y de aquellos derivar los cautelares, definitivos, contenciosos y voluntarios.¹³

Se creía que los procesos de conocimiento sólo declaraban situaciones jurídicas, sin embargo también pueden constituir estados o imponer sanciones.

La clasificación de los procesos de conocimiento, podría resumirse de la siguiente manera:¹⁴

- a) **Declarativos propiamente dichos:** Son aquellos que como su denominación lo indica declaran la existencia o la titularidad de un derecho, los hechos se encuentran legitimados por normas precisas, sin embargo se requiere de un pronunciamiento judicial para que la situación jurídica sea ratificada; sus efectos se dan a partir de que la

¹² Cfr. ARAGONESES, Pedro, et. al, *Derecho Procesal Civil, Tomo I, Introducción y parte general*, Thomson Civitas, Navarra-España, Séptima edición, 2005, p.31

¹³ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Derecho Procesal Civil, Volumen I*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires- Argentina, primera edición, 1959, p. 64

¹⁴Cfr. ARAGONESES, Pedro, et. al, op. cit. pp. 32-33

sentencia ha sido dictada pero no se retro atraen, además no se requiere de actos ulteriores para que la pretensión del actor sea satisfecha, puesto que con la sentencia es suficiente. El ejemplo clásico es el de prescripción adquisitiva de dominio.

- b) **Constitutivos declarativos:** Los cuales a partir de que se da la declaración crean un nuevo estado para las partes que actúan en el proceso, se dice que las normas logran la constitución y la modificación de relaciones jurídicas, logrando fijar determinados presupuestos;¹⁵ sus ejemplos son el reconcomiendo de paternidad y el juicio de divorcio por causales, ya que en el de mutuo consentimiento, se sostiene que el juez no ejerce la jurisdicción como tal.

- c) **Declarativos de condena:** Que tienen como fin que se declare el derecho pero éste lleve consigo el pago de un resarcimiento o la realización de una actividad ulterior a la promulgación de la sentencia, por lo que su antecedente sería la violación de un derecho, siendo el ejemplo típico el juicio de daños y perjuicios.

1.4. Definición y naturaleza jurídica de los procesos de ejecución

Los procesos de ejecución son aquellos que tienen como objetivo una manifestación de voluntad, entendida aquella como un acto real y material del órgano jurisdiccional ya que se produce un cambio físico en la realidad puesto que se parte de la premisa de que las partes han reconocido un derecho de manera plena, el cual se encuentra contenido en un título ejecutivo, lo único que tendrá que hacer el juez será que se ejecute la obligación correlativa a dicho derecho, debido a que el demandado se ha negado a cumplirla.¹⁶

¹⁵Cfr. ECHANDÍA, Hernando Devis, op.cit, p. 163

¹⁶ Cfr. ARAGONESES, Pedro, et. al,op. cit. p. 557

Los principios del proceso de ejecución son la dualidad de posiciones, en la cual se encuentra en una parte el acreedor, quien solicita la tutela ejecutiva del derecho contenido en el título y por otra el ejecutado o deudor, contra quien se pretende ejecutar dicha tutela, además que existe una limitación al derecho de contradicción, a diferencia del proceso de conocimiento, ya que se busca la ejecución de la obligación y no una contienda entre actor y demandado con el fin de establecer la existencia de un derecho.¹⁷

1.4.1. Título ejecutivo

Es necesario definir al instrumento medular de los procesos de ejecución, es decir, el título ejecutivo; además en los capítulos siguientes al tratarse del juicio ejecutivo y de su admisibilidad dentro de la casación, se confrontará la naturaleza del título ejecutivo con las del título cambiario por lo que dejare enunciado las características principales del primero:

Al título ejecutivo se lo define en la doctrina como:

*La palabra título, tiene diferentes acepciones, en sí es el fundamento de un derecho u obligación o el documento que prueba una relación jurídica o la demostración auténtica del derecho con que se posee o el documento que acredita una deuda o un valor mercantil.*¹⁸

Según el Doctrinario Prieto Castro “*el título ejecutivo es el documento en que se hace constar la obligación de la parte contra la cual se ha de dirigir la ejecución*”.¹⁹

En conclusión, el título ejecutivo debe estar formado por la declaración de la existencia de un derecho y por ende de una obligación, la cual puede ser de dar, hacer o no hacer; la ley le da como tal la presunción de legalidad y validez, tanto en su forma como en su fondo, por lo que sólo son títulos ejecutivos los documentos que la ley les da dicha calidad, sin que las partes por su sola expresión de voluntad puedan hacerlo.

¹⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel, op.cit, p 694

¹⁸ VEGA CEDILLO, Fabricio, *Procesos de ejecución*, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4750:procesos-de-ejecucion&catid=49:procedimiento-civil&Itemid=420, p.1, 3 de septiembre de 2013, 21:38.

¹⁹Id.

Son títulos ejecutivos según nuestro Código de Procedimiento Civil los siguientes documentos (Art. 413):

- Confesión de parte, hecha con juramento ante juez competente;
- Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada;
- Copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas;
- Documentos privados reconocidos ante juez o notario público;
- Letras de cambio;
- Pagarés a la orden;
- Testamentos;
- Actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados,
- Actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa;

Este artículo en su último numeral especifica que también tendrán la calidad de títulos ejecutivos, los instrumentos a los cuales se les otorgue dicha calidad en base a lo dispuesto por leyes especiales, siendo, entre otras:

- Títulos y certificados de cuentas emitidos por sociedades anónimas, compañías de responsabilidad limitada y las sucursales de compañías extranjeras domiciliadas en el Ecuador; (Art. 160 Ley de Mercado de Valores)
- Liquidación de sobregiros ocasionales otorgados por bancos a sus clientes en cuentas corrientes y los estados de dichas cuentas (Art. 52 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero)
- La copia del acta de la sesión de la Asamblea de copropietarios, celebrada en conformidad al Reglamento Interno de Copropiedad, en que se acuerden expensas comunes, para el cobro de las mismas, pasados treinta días de

acordadas. (Art. 13 Ley de Propiedad Horizontal). Esta disposición se amplía para los casos en los que la Asamblea designe una cuota a cada copropietario en el caso de que la propiedad haya sufrido daños que no impliquen su destrucción total. (Art. 15 Ley de Propiedad Horizontal)

- Documentos suscritos por accionistas y socios de compañías en los que se especifique el valor que van aportan en numerario al capital de la compañía. (Art. 219, literal b de la Ley de Compañías)
- Cheque no pagado por insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación (Art. 57 Ley de Cheques).
- Comprobante entregado cuando se realiza un pago parcial de un cheque (Art. 29, inciso 3 Ley de Cheques).
- Recibo o factura de prima correctamente certificados por la empresa de seguros (Art. 43 Ley General de Seguros)
- Póliza en la que conste haberse realizado el pago de la indemnización de la acción del asegurador en contra del afianzado para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos. (Art. 47 Ley General de Seguros)

Para que un documento goce de la calidad de título ejecutivo, a más de la disposición legal pertinente la obligación que en él se encuentra contenida debe tener las siguientes características:²⁰

- **Claros:** Es aquella que posee un grado de certeza, que tiene detallados los elementos constitutivos de la obligación, de tal manera que es muy simple identificar los sujetos, el objeto y la prestación a realizarse.
- **Determinadas:** El hecho de que una obligación sea o no determinada depende del objeto de la misma, el cual debe ser determinado, de manera específica o genéricamente; por lo

²⁰ Cfr. LÓPEZ, William, *El juicio ejecutivo, Estudio doctrinal y procesal con jurisprudencia*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador, primera edición, 2007, pp.20-28

tanto las obligaciones determinadas son aquellas que tienen un objeto específico o un cuerpo cierto.

- **Líquidas:** El objeto de la prestación recae sobre dinero, bienes o cosas que pueden ser determinadas en su cantidad, calidad y especie.
- **Puras:** Son aquellas en las que desde el momento de su creación producen efectos, son exigibles de manera inmediata, sin que su cumplimiento requiera de la realización de un evento o condición.
- **Plazo vencido:** Implica que bien sea por voluntad de las partes o porque la ley así lo establece, se fija un espacio de tiempo, el cual puede ser determinado (día, mes y año) o no (es decir sujeto a la realización de un hecho cierto pero del cual se desconoce de manera exacta, como lo es la muerte de una persona), para que la obligación se cumpla. Una vez que este plazo ha vencido la obligación se vuelve exigible; en ciertos casos el vencimiento de este plazo hace que el deudor se constituya en mora de manera automática.

Una vez cumplidas estas características, la obligación constante en el título ejecutivo podrá ser exigible y así la pretensión del actor satisfecha.

Enunciadas las características principales del título ejecutivo en los capítulos siguientes se debatirá el tema en cuanto a la naturaleza del título cambiario y se lo confrontará a la del título ejecutivo, para establecer los escenarios posibles frente a la admisibilidad del recurso de casación.

1.5. Definición de la vía judicial y su repercusión en la legislación ecuatoriana

En el Ecuador, la clasificación de los procesos se liga, sin mucho rigor jurídico, a la de las vías judiciales, lo cual genera diversos problemas en cuanto al análisis respecto de la naturaleza de los procesos como tal y en casos específicos como ocurre en el recurso de casación, en el cual la esencia del

proceso es vital para la admisibilidad del recurso. La Corte Nacional de Justicia, ex Corte Suprema, en períodos anteriores sostuvo que los procesos de conocimiento se han ligado a las vías ordinaria y verbal sumaria, excluyendo a la vía ejecutiva,²¹ evidenciando que no se distingue la naturaleza del proceso con la vía judicial, por lo que para realizar esta crítica primero es necesario definir que se conoce como vía judicial.

La doctrina define a la vía judicial como “*el formato o ritualidad que la ley ha establecido para los juicios*”.²²

Vía judicial es el procedimiento que se ha derivado de la jurisdicción y la competencia estatal, en la que se faculta para que se siga determinado procedimiento en un proceso, de lo que se deriva la importancia de distinguir entre el procedimiento y un proceso. En el Ecuador, el aparataje judicial indica que las vías judiciales y los tipos de procesos, se encuentran relacionados, he ahí la razón por la que se liga a la vía judicial ordinaria, la cual es modelo para la tramitación y sustanciación de los procesos en el Ecuador, con los procesos de conocimiento y a la vía judicial ejecutiva, con los procesos de ejecución.

Esta clasificación podría resultar confusa al momento de remitirse como una única fuente al Código de Procedimiento Civil, puesto que sólo indica los procedimientos a seguir en los juicios que en dicho cuerpo legal se señalan, lo cual a la larga podría resultar inexacto ya que no sólo las pretensiones tramitadas por medio de un juicio ordinario, que se mencionó en el párrafo anterior, generan los procesos de conocimiento contemplados en el Ecuador.

El artículo 1014 establece la nulidad al no ejercer la vía adecuada para ejercer el trámite, su fundamento es que la Ley ha establecido determinadas vías para cada pretensión. La vía se liga de manera directa al tipo de proceso y a la pretensión. Sin embargo, esto no implica que se asimile la naturaleza del proceso a la vía, ya que la doctrina sólo atribuye tres clases de procesos: los

²¹ Cfr. MORÁN SARMIENTO, Rubén Elías, op.cit., p. 334

²² NOBOA BAQUERIZO, Gonzalo, *El juicio ejecutivo es proceso de conocimiento*, http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/homenajes/EdmundoDuranDiaz/Ho m_El_Juicio_Ejecutivo_Es_Un_Proceso.pdf, p. 168, 23 de septiembre de 2013, 20:10.

de conocimiento, de ejecución y los cautelares, lo que se diversifica es la vía judicial para realizar el procedimiento adecuado, por lo que es cometer un gran error el afirmar que todo proceso de conocimiento sólo se lo realiza por vía ordinaria o vía verbal sumaria.

1.6. Los procesos de conocimiento según la legislación ecuatoriana

Como se menciona en el numeral anterior la clasificación de los procesos en la ley ecuatoriana los asimila a las vías judiciales que se deben seguir en cuanto a su tramitación; sin embargo, como se aclaró anteriormente, existen varios procesos de conocimiento, además de los que se tramitan en la vía ordinaria o verbal sumaria; como por ejemplo los procesos que se inician como consecuencia de accionar las vías contencioso administrativa o contencioso tributaria.

1.7. Los procesos de ejecución según la legislación ecuatoriana

En nuestra legislación se podría decir que existen dos clásicos procesos de ejecución:

1. El juicio ejecutivo, y
2. La vía de ejecución

La vía de ejecución y el juicio ejecutivo son los procesos que reúnen todas las características propias de un proceso de ejecución, razón por la cual ampliaré su análisis en los párrafos siguientes.

1.7.1. Juicio ejecutivo

Es un proceso que sirve para que una obligación de dar dinero o una especie o cuerpo cierto sea satisfecha, para lo cual deberá existir previamente

la declaración de un juez respecto al título ejecutivo que contiene la obligación.²³

El obligado o demandado puede o proponer excepciones y resistirse al pago o cumplir la obligación correspondiente, sin que se llegue a trabar la litis como tal.

Este tipo de proceso se encuentra regulado a partir del artículo 419 del Código de Procedimiento Civil.

Al ser uno de los temas centrales de esta investigación, el juicio ejecutivo será estudiado de manera profunda en los capítulos siguientes, al analizar si cumple o no con los requisitos para que sea susceptible de ser casado.

1.7.2. Vía de ejecución

Se le conoce como la etapa de todo proceso en el que se ejecuta una sentencia ejecutoriada, un laudo arbitral o un acta de mediación, siendo éstos documentos los fundamentales para iniciarla, pero la ley declara excepciones, como la del artículo 435, inciso segundo, que dice si el demandado consigna el valor adeudado antes de vencer el término de proponer excepciones y si sobre éste existen desacuerdos y al realizarse la liquidación correspondiente resulta un saldo en contra del deudor, se ordenará el pago sin la necesidad de la expedición de la sentencia.

Otra excepción contemplada en el Código de Procedimiento Civil es la del artículo 475, inciso primero que explica si el postor no consigna la cantidad que ofreció en el remate de contado, a petición de parte se le cobrará por medio de la vía de apremio.

²³ Cfr. PROCESOS DE EJECUCIÓN, *Apuntes de la materia*, Dr. Ernesto Guarderas Izquierdo, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Primer semestre 2012-01, p.2

Si la obligación se trata de dinero se llama apremio real, e inicia desde el mandamiento de ejecución y finaliza cuando se realiza el pago; pero si la obligación es de hacer o de dar, se liquidarán por medio de la indemnización de daños y perjuicios; este pago se hará por medio del apremio real, pero luego del embargo, avalúo, remate, adjudicación y entrega de los bienes rematados al rematante.

También es importante señalar dentro de este acápite, la ejecución de fallos según la Ley; una vez que la decisión judicial es pronunciada, el siguiente momento procesal es conocido como la ejecución del fallo, para el Código de Procedimiento Civil, esto sucede:²⁴

- 1.- Por no haberse recurrido de ella dentro del término legal;*
- 2.- Por haberse desistido del recurso interpuesto;*
- 3.- Por haberse declarado desierto el recurso;*
- 4.- Por haberse declarado abandonada la instancia o el recurso; y,*
- 5.- Por haberse decidido la causa en última instancia.*

La ejecución de un fallo estará a cargo del juez de primera instancia y sus principales efectos es que se produce la cosa juzgada, tanto en identidad objetiva (misma cantidad, hecho o cosa teniendo como fundamento la misma causa) e identidad subjetiva (mismos intervinientes o partes); los efectos son irrevocables y se tomará en cuenta la parte resolutive y los fundamentos de hecho.²⁵

El artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que cuando las Cortes Provinciales o la Corte Nacional hayan conocido una causa en primera instancia remitirán el proceso al juez de primer nivel correspondiente en el domicilio del demandado para que se ejecute la sentencia; sin embargo, creo pertinente dejar planteada una de las interrogantes de este investigación, ya que es admisible el recurso de casación respecto de providencias dictadas por las Cortes Superiores (Corte

²⁴ Artículo 296 Código Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005

²⁵ Tomado del artículo 297 Código Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005

Provinciales), tribunales de lo fiscal y los de lo contencioso administrativo en fase de ejecución. Como vemos, el problema es que las Corte Provinciales no ejecutan los fallos. Pero ese punto será tratado en los capítulos siguientes.

En cuanto a la ejecución de sentencias extranjeras se señala que primero la homologación respectiva estará a cargo de la Sala de la Corte Provincial de Justicia del domicilio del demandado, pero su ejecución estará a cargo del juez de primer nivel.

Además creo pertinente señalar la ejecución del laudo arbitral, el cual conforme el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación estará bajo la responsabilidad de los jueces ordinarios a petición de una de las partes, surten los mismos efectos que las sentencias, por lo que el juez sólo podrá recibir las excepciones que se originen una vez que el laudo haya sido dictado.

CAPITULO II -LOS RECURSOS PROCESALES

2.1. Breves antecedentes de los medios de impugnación

Los antecedentes de los medios de impugnación contemporáneos se remontan específicamente a dos lugares, Roma y España; lugares en los que gracias al desarrollo del proceso como tal, se les permitió a las personas podían solicitar que las decisiones estatales sean revisadas cuando éstas les desfavorecían en sus derechos. Sin embargo, se puede señalar como punto inicial de un desarrollo formal de este tema a la Revolución Francesa, la cual proclamó la división de los poderes del Estado en tres, Ejecutivo, Judicial y Legislativo y a su vez la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.²⁶

En la Antigua Roma, el proceso nació de un proceso arbitral privado, en el cual las partes se someten a la naturaleza arbitral desde el momento en el que se produce la *litiscontestatio*. Sólo de manera excepcional se permitía la acción de nulidad y la *restitutio* (especie de revisión), pero se debían cumplir los requisitos de que indiquen sobre la fraudulencia del juicio. En el proceso románico canónico existía la apelación, el veto de los tribunos, la *consultatio*, la súplica al príncipe, la nulidad y la restitución *in integrum*. Por ejemplo el veto de los tribunos servía para proteger a la plebe de las usurpaciones de los patricios que dominaban el Senado, si bien no impedía aprobar una ley como tal podía hacer que se resalte que la fuerza de ley se le ha sido negada.²⁷

De forma paralela a esto se encontraba el antiguo proceso germano, en dónde la sentencia era inapelable pero podía ser rechazada o bien por el acusado o por cualquiera de los presentes de la comunidad que asistían a la audiencia, si se rechazaba se podía proponer otra sentencia para sustituir a la anterior.²⁸

²⁶ Cfr. VESCOVI, Enrique, op.cit, p.21

²⁷ Cfr. VESCOVI, Enrique, op.cit, pp.22-23

²⁸ Ibid., p.25

Pero como se mencionó antes, los medios de impugnación y su desarrollo judicial formal encuentran su apogeo en la Revolución Francesa, en dónde se produjo la división de poderes y abolió por completo la absorción de todo el poder en el Rey, puesto que antes se le consideraba el escogido por Dios y ungido en aceite divino, el cual era el único de decidir sobre las cuestiones del pueblo, lo cual lo habría convertido en dictador y tirano; a partir de ese momento se proclamó que el único soberano era el pueblo y era él quien decidía a quien lo guiase. Es importante señalar que este acontecimiento produjo el nacimiento del recurso extraordinario de casación.

En 1806 se promulga el *Codé de Procédure*, el cual si bien indicaba que los actos debían ser públicos y orales, se instaura la doble instancia y se mantiene la apelación y la nulidad pero se añaden la *tierceopposition* (posibilidad de que un tercero también pueda recurrir).²⁹

En cuanto al desarrollo judicial en nuestro continente, con la Recopilación de las Leyes de Indias, los gobernadores eran jueces de segunda instancia, se crean las cámaras de apelaciones y una tercera instancia para casos excepcionales; si bien se impuso en un principio una cuarta instancia, ésta más tarde fue eliminada.³⁰

2.2. Definición y características del recurso procesal

Las distintas Cartas Magnas alrededor del mundo a más de los distintos cuerpos normativos que hablan acerca de los derechos inherentes a los seres humanos, consagran la posibilidad de revisión de las distintas resoluciones emitidas por los funcionarios del Estado, a lo que se conoce de manera general como medios de impugnación; esto se plasma básicamente el principio procesal de la impugnación que dice que toda resolución pública es susceptible de revisión y corrección, puesto que puede contener errores o vicios que vulneren los derechos de las partes procesales.

²⁹ Cfr. . VESCOVI, Enrique, *op.cit*, pp.30-31

³⁰ *Ibid.* p.32

Es importante señalar que la fundamentación de todo recurso es la impugnación en general, ya que cualquier persona al sentir vulnerada su esfera personal por una decisión estatal puede acudir ante el aparato judicial para que se rectifique dicha resolución y se proceda a un remedio o una solución.

Este principio aplica tanto para resoluciones administrativas como para resoluciones judiciales, siendo en estas últimas dónde encuentran un gran desarrollo debido a que se dividen en cuanto al órgano judicial que se encarga de su tramitación, cumpliendo con los requisitos prescritos con la Ley para cada caso.

En el literal m, del numeral 7 del artículo 76 de nuestra Constitución, se encuentra de manera genérica la posibilidad de recurrir en todo proceso, puesto que como aclaré en el capítulo anterior en la Carta Magna ecuatoriana se consideran derechos y obligaciones para todo tipo de procesos.

En cuanto a la definición doctrinaria el recurso es definido por el tratadista DevisEchandía como *“el medio para obtener la corrección de los errores del juez que perjudican al recurrente de una determinada providencia; sólo pueden recurrir quienes reciben con ella un perjuicio...”*³¹

Se conoce al recurso como aquel medio de impugnación o aquella fase procesal en la cual una resolución bien sea administrativa o judicial, es revisada por un superior a pedido de las partes, con el fin de que se observe que esté sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos para su pertinencia, ya que ha perjudicado a una de las partes y no se puede permitir que las decisiones judiciales o estatales se conviertan en una herramienta de abuso del Derecho; es importante recalcar que el derecho a recurrir es elemento esencial de la defensa de las partes procesales y que como lo recalca Echandía harán uso de él, quienes reciban un perjuicio.

Briseño Sierra también enfatiza que *“la peculiaridad que singulariza a este tipo de instancia es aquella pretensión de resistir la existencia, producción, o los efectos de cierta clase*

³¹ Cit. por MORÁN SARMIENTO, Rubén Elías, op.cit, p.299

de actos jurídicos”;³² lo cual resalta el derecho a la defensa de las partes procesales si sienten que sus derechos han sido vulnerados por una decisión judicial.

Un recurso se genera dentro de un mismo proceso y sirve para corregir tanto vicios de forma como errores de fondo.

También permiten que los tribunales y jueces superiores vayan formando un criterio uniforme respecto a la interpretación de la Ley y la forma de dar aplicación a la discrecionalidad que la ley otorga a los jueces, es decir se fortalece la seguridad jurídica de una sociedad.³³ Sin contar que forma las bases adecuadas para que se formen las estructuras procesales y facilita el estudio comparativo de los diferentes ordenamientos jurídicos.

2.2.1. Naturaleza jurídica y fundamentación del recurso

El recurso como tal es una institución que plasma el derecho subjetivo de recurrir, el cual es un derecho de naturaleza procesal. Es subjetivo en cuanto sólo las partes que han intervenido en el proceso, pueden utilizarlo, pero como se mencionó antes en función de que éstas hayan recibido un agravio bien sea material o moral, por lo que no cabe si existió consentimiento del acto jurídico por las partes bien sea tácita o explícitamente.

Un recurso tiene como fin atacar un acto jurídico consistente o perfecto, como lo son los autos, decretos, sentencias o providencias administrativas o judiciales; si se habla de que el acto jurídico es imperfecto se está ante la posibilidad de solicitar la nulidad del acto, lo cual dentro de la legislación ecuatoriana se puede solicitar como accesorio a la apelación.³⁴ Es importante recalcar que se genera dentro de un mismo proceso mas no uno nuevo.

³² Universidad de las Américas de Puebla. México, *Medios de impugnación*, http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lfis/mesta_m_r/capitulo3.pdf, p1, 3 de septiembre de 2013, 18:50

³³ Pontificia Universidad Católica del Perú, *Los Recursos Procesales*, blog.pucp.edu.pe/action.php?action=plugin&name...type.., p.1. 17 de julio de 2013, 18:30.†

³⁴ Cfr. MORÁN SARMIENTO, Rubén Elías, op.cit, p. 313

La resolución a impugnar debe tener un error el cual pudo haber sido cometido de manera directa por el juez o por las partes, o de manera indirecta, en cuanto sus actuaciones han hecho que el juzgador caiga en el error.³⁵ Los errores objeto del recurso pueden ser de dos clases:

In iudicando: Son errores del tipo fáctico y de aplicación de la norma; es decir, se debe determinar en qué parte el juez cometió su equivocación, puesto que se liga de manera esencial a la decisión tomada por el Juez. Los vicios normativos que encajan son:

- Falta de aplicación de una norma sustantiva
- Indebida aplicación de una norma sustantiva
- Errónea aplicación de una norma sustantiva

Los errores *in iudicando* se refieren al fondo del asunto y a la inobservancia o inaplicación debida de la Ley, por lo que no producirán que la sentencia sea inválida formalmente ya que no atacan al procedimiento sino a su fondo.³⁶

In procedendo: Responden a los errores que versan sobre el procedimiento, es decir formas procesales específicas que se refieren al trámite a seguir y que guardan relación con el acto jurídico. En la resolución 207-2013 de la CNJ, en el recurso de casación penal planteado por Wendy Adelaida Martíbez Oliveros afirma respecto de los errores *in procedendo* que:³⁷

Error in procedendo, es el llamado error de actividad, está constituido por los defectos o errores en el procedimiento, en la aplicación de las reglas formales o de procedimiento que afecta el trámite del proceso o a los actos procesales que lo componen

³⁵ Cfr. ECHANDÍA, Hernando Devis, op.cit, p. 506

³⁶ TEORÍA DE LOS RECURSOS, *Apuntes de clase*, Dr. Edgar Ulloa, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Primer Semestre 2012-01, p.2.

³⁷ En ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución 207-2013*, Quito, 2013, p.10

La doctrina menciona a otro tipo de error, **el error *in cogitando*** que se refiere a una aparente e insuficiente motivación,³⁸ lo cual podría asimilarse al error *in procedendo*, ya que la motivación es un derecho constitucional en la legislación ecuatoriana, es el medio por el cual los jueces legitiman su actuación en el proceso y debe haber afectado o a la parte argumentativa del fallo o a su decisión.

Los recursos por naturaleza deben estar previstos por la Ley, ya que deben concurrir ciertas condiciones tanto para su admisibilidad como para su procedencia. Además su presentación debe realizarse de manera oportuna, es decir que debe tener un fundamento veraz, ya que no se puede convertir en un arma de mala fe procesal, su presentación debe ser dentro del término determinado por la ley, ya que éste precluirá fenecido dicho tiempo. Esto incluye que el tribunal o juez que trámite el recurso debe gozar de competencia funcional, lo cual se le otorgará por la Ley y mas no por las partes.³⁹

Los principales efectos de los recursos son:

- **Suspensivo:** Es decir dejar en pausa los efectos que deben producirse con el acto jurídico que se va a impugnar. La suspensión aplica tanto para los efectos procedimentales de la resolución así como la competencia funcional del juez inferior; se queda en suspenso el carácter de cosa juzgada de la sentencia del juez o tribunal inferior.⁴⁰
- **Devolutivo:** El cual se remonta a épocas antiguas y al nacimiento de la figura del juez, como administrador de justicia, puesto que antes sólo el Rey era el único encargado de esta labor, ya que se

³⁸ Cfr. FRANCISKOVIC INGUNZA, Beatriz Angélica, *La Sentencia Arbitraria por falta de motivación en los hechos y en el derecho*, http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/LA_SENTENCIA_ARBITRARIA_POR_FALTA_DE_MOTIVACION_EN_LOS_HECHOS_Y_EL_DERECHO.pdf, pp.15-16, 24 de septiembre de 2013, 17:29

³⁹ Cfr. ECHANDÍA, Hernando Devis, op.cit., p. 506

⁴⁰ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel *Derecho Procesal Civil*, Editorial Thomson Reuters, Navarra-España, décima edición 2010, p. 248

devolvía la facultad al superior para que revise el proceso y así se administre justicia. Con el efecto devolutivo se busca que el proceso sea enviado de nuevo al órgano de justicia, el cual puede ser superior para que se analice el agravio cometido, se corrija el acto y se repare el daño, por lo que se puede afirmar que no existe una devolución como tal sino que simplemente se envía el proceso al superior.

Couture decía que en el efecto devolutivo *“la jurisdicción se desplaza, en la especie concreta, del juez apelado al juez que debe intervenir en la instancia superior”*⁴¹

En conclusión, el efecto primordial del recurso es que la resolución dictada como consecuencia del recurso produzca cosa juzgada formal, es decir sea inmutable y adquiera firmeza, ya que el deseo y la expectativa de su reforma o anulación ha sido satisfecha por el juez por medio de un proceso de conocimiento de la causa.

2.2. Clasificación doctrinaria de los recursos procesales

La doctrina clasifica a los recursos de tres maneras podría decirse:

- **Según su procedencia:** Aquí se recalca que los tribunales superiores tienen las mismas facultades que los tribunales inferiores.⁴²
 - **Ordinarios:** Los cuales no requieren de causales específicas para su procedencia, ya que basta la inconformidad de la resolución para solicitarlos. El ejemplo típico es la apelación.

⁴¹ Cfr. Pontificia Universidad Católica del Perú, *Los Recursos Procesales*, blog.pucp.edu.pe/action.php?action=plugin&name...type.., 17 de julio de 2013, 20:15.†

⁴² Cfr. Suprema Corte Nacional de Justicia de México, *Clasificación de los Recursos (I)*, <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Clasificaci%C3%B3n%20de%20los%20recursos%20I.pdf>, p. 2, 18 de agosto de 2013, 21:09

- **Extraordinarios:** Éstos si requieren de causales, ya que es vital delimitar el campo de acción del juez, es decir necesitan de una procedencia formal. La casación es un recurso extraordinario por excelencia.

Los recursos ordinarios velan por los intereses de las partes, mientras que los extraordinarios por los intereses de la sociedad.

- **Según su conocimiento:** La característica principal es el órgano quien lo tramita, ya que se pone en marcha el efecto devolutivo.⁴³

- **Verticales:** El funcionario encargado de su tramitación será el superior al que dictó la resolución, se los llama en la doctrina como los recursos de reforma, en los que se aplica el efecto devolutivo ya que se devuelve al superior la facultad de revisar la causa.

- **Horizontales:** Su desarrollo corresponde al mismo funcionario que emitió la resolución. Los teóricos les denominan como recursos de retractación, ya que no se da el efecto devolutivo. La casación es un recurso vertical.

- **Según su extensión:** Dependiendo del objeto del recurso.⁴⁴

- **De hecho y derecho o constitutivo de instancia:** El juez superior puede pronunciarse tanto de cuestiones de derecho como de hecho, esto siempre ceñido a lo que ha solicitado el recurrente.

- **Derecho:** El juzgador sólo limitará su revisión a la correcta aplicación del derecho, en cuanto a los hechos deberá regirse

⁴³ Id.

⁴⁴ Cfr. MACHICADO, Jorge, *Clasificación de los Procesos Civiles*, http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/cppc_9639.html, p.1, 20 de julio de 2013, 15:20

por lo establecido en la etapa anterior y por los hechos que constan en dicha resolución.

Todo recurso se enmarca en más de una clase, ya que puede ser ordinario y vertical como la apelación o de derecho y extraordinario, como la casación.

CAPITULO III-EL RECURSO DE CASACIÓN

3.1. Antecedentes históricos de la casación

El origen de la casación se remonta al Derecho Romano, en especial al capítulo V de la Novela 119 del Emperador Justiniano, la cual determinaba la posibilidad de interponer una demanda o una querrela ante el perfecto del pretorio, con un término de diez días para obtener la retractación de la sentencia. También se halla el fundamento de esta institución en la *restitutio* procesal que analizaba los actos lesivos de un fallo, de igual forma se encontraba la *rescriptio* cuyo objetivo era la contestación del Emperador ante el pedido de los particulares contra una sentencia definitiva, manteniendo así la vigencia del *iusconstitutionis*, la cual emitía nuevas normas de carácter general.⁴⁵

Sin embargo, muchos de los autores de la materia señalan que el verdadero nacimiento de la casación, se produce a raíz de la Revolución Francesa, ya que el 1 de diciembre de 1790 se promulga la norma básica de la casación y con ella el Tribunal de Casación, cuyo objeto era la vigilancia de la correcta aplicación del Derecho por parte de los órganos judiciales, todo esto a consecuencia de la separación de poderes y el nacimiento del Estado de Derecho. Puesto que antes el control de legalidad de las sentencias fue más bien una estrategia política que un verdadero control judicial.⁴⁶ Montesquieu y Rosseau afirmaban que la Casación era un verdadero instrumento de control judicial, ya que los jueces anteriormente respondían a la voluntad política mas no al espíritu de las Leyes.

Aquí las principales causales para invocar casación se referían a lo siguiente:

- Errores *in iudicando*-errores del tipo fáctico y del tipo normativo

⁴⁵ Cfr. TOLOSA, Luis, *Teoría y Técnica de la Casación, Segunda Edición* Editorial Doctrina y Ley, Bogotá-Colombia, primera edición, 2005, pp.340-342

⁴⁶Supra. p.24

- Errores *in procedendo*-errores en cuanto a la violación de formas procesales específicas

En nuestro país, la Casación está vigente desde la promulgación de la ley correspondiente, la cual tuvo lugar el 18 de mayo de 1993, con la reforma constitucional pertinente y la instauración de la Corte Suprema de Justicia como Corte de Casación, quien sería la encargada en la tramitación de dicho recurso. Así quedaba eliminada la famosa tercera instancia en la tramitación de recursos procesales, en especial en el área civil, el cual retrasaba la tramitación de las causas, ya que los hechos y el derecho eran analizados hasta tres veces.⁴⁷

Una de las finalidades de la reforma legislativa de hace 21 años era dotar de certidumbre jurídica a la labor del órgano judicial supremo, es decir la Corte Suprema de Justicia. También se buscaba agilizar la administración de justicia, convirtiendo a las Cortes Superiores en la última instancia de las causas, exceptuando casos específicos por la Ley.⁴⁸

A partir de dicha fecha, la Ley de Casación ha sufrido varias reformas en su contenido, en especial en las referentes a los requisitos de admisibilidad de la casación, ya que al inicio se permitía casación de:

- *los autos y sentencias que pongan fin a los procesos; y*
- *que estos sean dictados por las Cortes Superiores, los Tribunales Distritales u otros Tribunales de Apelación;*
- *las resoluciones que pongan fin a los procesos que no son susceptibles de impugnación por medio del recurso de apelación;*
- *las providencias que, dictadas para ejecutar sentencias, resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el juicio ni decididos en el fallo, o que contradigan lo ejecutoriado.*⁴⁹

⁴⁷ Cfr. ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, et al., *La Casación, Estudios sobre la Ley N°27*, Corporación Editora Nacional, Quito-Ecuador, primera edición, 1994, p. 10

⁴⁸ *Ibíd.* p. 21

⁴⁹ ROMERO RAMÍREZ, Carmen, *Recurso de Casación en juicios ejecutivos*, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2012/05/23/recurso-de-casacion-en-los-juicios-ejecutivos->, p.1, 13 de octubre de 2013, 14:52.

En 1997, se publicaron las últimas reformas al presente artículo y se lo limitó a los procesos de conocimiento, ya que lo que se buscaba era la existencia de la finalidad verdadera de un proceso, con lo que se empezó a plantear ideas acerca de la naturaleza de los procesos judiciales, es decir sobre cuáles cabía la casación. Uno de los procesos controvertidos ha sido el juicio ejecutivo, el cual ha generado discusión al interior de la Corte Nacional de Justicia y con ello fallos y resoluciones de admisibilidad contradictorias al respecto.

Lastimosamente otros tipos de proceso como el de expropiación, el de amparo posesorio, los de nulidad de laudo arbitral, ejecutivos y las providencias dictadas en vía de ejecución, han provocado los mismos criterios divergentes dentro del máximo órgano judicial, por lo que formular una solución respecto a estos procesos es el fin de esta investigación.

3.2. Naturaleza jurídica del recurso de casación

Como se mencionó en el capítulo anterior al momento de explicar las características de los recursos procesales y entre ellos de manera somera el de casación,⁵⁰ se puede decir que este recurso es extraordinario, de derecho y vertical por excelencia, su tramitación corresponde al máximo órgano judicial, es decir la Corte Nacional de Justicia y su análisis se limitará a la correcta aplicación de la ley tanto sustantiva como adjetiva en el caso concreto, los hechos quedarán excluidos al no ser objeto de análisis alguno.

La casación se desarrolla dentro de la esfera del proceso judicial que conocemos ya que su fundamento es el derecho de acción y el de petición del solicitante.⁵¹

La doctrina distingue los fines mediatos e inmediatos de este recurso; como inmediatos señala:

⁵⁰Supra. pp.25-27

⁵¹ Cfr. ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, op. cit. p. 33

1. Anulación del fallo casado, puesto como lo sostienen Daniel González y Mario Hoeud, se liga de manera directa al vocablo *cassare*, del cual proviene la palabra casación.⁵²
2. Unificación de la jurisprudencia, es decir la creación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios. Para Manuel Serra Domínguez, su principal función.⁵³ Mientras Echandía señala que con este hecho se cumple la finalidad pública y política del recurso extraordinario porque se vela por el interés común de la sociedad.⁵⁴ Los fallos obligatorios hacen que el sistema legal se armonice y la Ley sea determinada tanto en su ámbito, significado y alcance.
3. Restablecimiento de la ley y a su vez una correcta aplicación de la misma, lo que también implica un control técnico y no administrativo a los jueces en la elaboración de sus fallos, por lo que se la observa como una garantía.⁵⁵ El individuo logra tener una certeza acerca de sus derechos y sobre todo la esfera en la que éstos se desarrollan.

Como fines mediatos se señalan:

- Herramienta de control político sobre la función judicial y la administración de justicia.
- Herramienta docente para determinar la correcta interpretación de la Ley.⁵⁶
- Ser una fuente de trabajo para los profesionales del Derecho.⁵⁷

⁵² Cfr. Ministerio Público de Paraguay, *El recurso extraordinario de casación*, http://www.ministeriopublico.gov.py/sitios/centro/publicaciones/pdf/casacion/cap_2.pdf, p. 58, 15 de septiembre de 2013, 15:59.

⁵³ Cit. por Carrión Lugo, Jorge, Universidad Mayor Nacional San Marcos, *El recurso de Casación*, http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/ius/n1_2001/5.pdf, p.1, 15 de septiembre de 2013, 16:10

⁵⁴ Cfr. ECHANDÍA, Hernando Devis, op.cit, p. 514

⁵⁵ Cfr. MORÁN ELÍAS, Rubén Elías, op.cit, p. 323

⁵⁶ Id. cit. 72

⁵⁷ MORÁN ELÍAS, Rubén Elías, op.cit, p. 324

Las características del recurso de casación es que es un recurso técnico, de competencia exclusiva de la Corte Nacional o Suprema de Justicia, se lo ejercita frente a sentencias o decisiones judiciales ya ejecutoriadas y sobre todo no tiene efecto suspensivo, a menos que se rinda la caución fijada por la Ley. Analiza los errores *in iudicando* como *in procedendo* en la causa y las cuestiones probatorias siempre y cuando éstas hayan influido a una incorrecta aplicación de la norma,⁵⁸ puesto que se podría decir que la casación busca la pureza del Derecho, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, por lo que para doctrinarios como Morán Sarmiento debería aplicarse para todo el tipo de procesos mas no sólo para algunos.⁵⁹

Fernando de la Rúa, expresa sobre la casación:

*Es un medio de impugnación, por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la Ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio.*⁶⁰

Asimismo este mismo autor recalca:

*El fundamento y finalidad de la casación es resguardar el principio de igualdad ante la ley.. .,y de...preservar la observación de las garantías de la libertad individual y en particular del juicio previo en el cual se asegure la defensa, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla: juicio no sólo previo sino también legal.*⁶¹

Como se dijo en el párrafo inicial de este acápite, la esencia de la casación es extraordinaria, su tramitación responde al cumplimiento de causales específicas, asimismo su admisibilidad debe ser al pie de los requisitos dispuestos legalmente, de ahí la razón de que el recurso tenga un cuerpo normativo que regule su funcionamiento.

⁵⁸ Cfr. Ministerio Público de Paraguay, op.cit., p. 59

⁵⁹ NB.

⁶⁰ Id.

⁶¹ Ibid. p. 60

Echandía dice referente a la tramitación de este recurso:

El Tribunal Supremo puede adoptar estas actitudes:

1. *Rechazar el recurso en la fase llamada de admisión que sólo juzga exteriormente si concurren los motivos que se invocan entre los que la ley autoriza*
2. *Admitir el recurso...la decisión a su vez...*
 - a) *Confirmar plenamente el fallo recurrido*
 - b) *Revocarlo íntegramente en lo que consiste la genuina casación y dictar el pronunciamiento que corresponda para enmendar las infracciones de forma o de fondo cometidas por jueces inferiores.*⁶²

Al ser de naturaleza extraordinaria el porqué de su planteamiento responde al cumplimiento de causales, asimismo procede sólo contra cierto tipo de procesos⁶³ y tanto su admisibilidad, calificación y tramitación requiere de pasos concretos y puntuales; por lo que para el jurista Calamandrei en este recurso el derecho particular o subjetivo se vale del interés público para que el derecho sea satisfecho y que es en ese punto en el cual la casación halla la naturaleza extraordinaria a la que pertenece,⁶⁴ de lo que se colige que este recurso tiene una finalidad pública y una privada, pero para muchos doctrinarios es de mayor importancia la primera.

Pero los requisitos de admisibilidad, las causales de tramitación y el desarrollo de éstos serán mejor explicarlos en el siguiente acápite y serán comparados con su tramitación en legislaciones extranjeras para de manera posterior poder determinar la problemática en cuanto a la admisibilidad y las posibles soluciones.

3.3. El recurso de casación en el Ecuador y en otras legislaciones

La casación desde su institución formal en la historia de la Función Judicial, es decir desde la Revolución Francesa, forma parte de las legislaciones a nivel mundial, sin embargo a pesar de tener características propias como institución,

⁶² MORÁN SARMIENTO, Rubén Elías, op. cit, p. 322

⁶³ NB.

⁶⁴ Cit. por ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, op. cit. p. 32

cada Estado ha preferido darle tintes propios conforme el desarrollo y las necesidades de cada sociedad; sin embargo, en muchos casos, incluyendo el de Ecuador, la naturaleza formalista y extraordinaria de la Casación evita que responda al interés público y que por el contrario genere incertidumbre jurídica. Es afán de esta investigación en el presente acápite analizar de manera somera y un tanto histórica esta institución en la legislación propia y en la extranjera para con ello de manera posterior determinar los problemas de admisibilidad y plantear soluciones.

Primero partamos de las legislaciones europeas, específicamente de la española en dónde se permite la interposición del recurso por infracciones de índole procesal y material; cabe para sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, quedando excluidos los autos y las decisiones de primera instancia.⁶⁵

Son susceptibles de la casación civil en España las siguientes resoluciones:⁶⁶

- Dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales
- Asuntos de cuantía superior a 150.000 euros
- Aquellas que tengan interés casacional, mencionando que éstas se presentan cuando existe una sentencia que se opone a la doctrina del Tribunal Supremo, se resuelva jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y las sentencias que apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de similar contenido.

El interés casacional se refiere a la materia objeto del proceso y las causales antes mencionadas son excluyentes, como se puede observar son situaciones que merecen la labor intelectual de un juez, por lo que

⁶⁵ALMAGRO NOSETE, José, *Situación de la Casación Civil en España*, <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/mr1alm.pdf>, pp.1-2, 4 de marzo de 2014, 15:24.

⁶⁶Id.

implícitamente se habla de procesos de conocimiento en la legislación española.

En el contexto latinoamericano, en Colombia, la casación se ha instituido desde 1886; toma el nombre de demanda de casación y se la sustenta ante la Corte Suprema, no se cuenta con una ley específica sino que las disposiciones pertinentes se encuentran dentro del mismo Código Adjetivo Civil; aquí se menciona que el recurso sirve para unificar la jurisprudencia.

El artículo 366 del Código de Procedimiento Civil colombiano precisa los procesos que son susceptibles de casación, siendo:⁶⁷

El recurso de casación procede contra las siguientes sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores, cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos, así:

- 1. Las dictadas en los procesos ordinarios o que asuman este carácter.*
- 2. Las que aprueben la partición en los procesos divisorios de bienes comunes, de sucesión y de liquidación de cualesquiera sociedades civiles o comerciales y de sociedades conyugales.*
- 3. Las dictadas en proceso sobre nulidad de sociedades civiles o comerciales.*
- 4. Las sentencias de segundo grado dictadas por los tribunales superiores, en procesos ordinarios que versen sobre el estado civil, y contra las que profieran en única instancia en procesos sobre responsabilidad civil de los jueces de que trata el artículo 40. (Es decir actúen con dolo, fraude y cometan errores inexcusables)*

Desde mi punto de vista, se puede interpretar que los procesos mencionados anteriormente tienen las características necesarias para ser catalogados como procesos de conocimiento, puesto que en ellos existe un conflicto de derechos, los cuales serán resueltos por medio de la actividad intelectual del juez.⁶⁸ Aunque también se podría decir se incurre en un error conceptual ya que en el primer numeral se asimilan a los juicios ordinarios con procesos de conocimiento, sin embargo la confusión al momento de admitir el recurso no genera varios vacíos jurídicos como en la legislación ecuatoriana.

⁶⁷ Código de Procedimiento Civil de Colombia, Decretos 1400 y 2019 del 6 de agosto y 26 de octubre de 1970

⁶⁸Supra. p.12

En nuestra legislación, el recurso de casación nació formalmente con la expedición de la Ley 27 del 18 de mayo de 1993, como se dijo en acápites anteriores, la tercera instancia judicial fue totalmente eliminada y se creaba la casación a cargo de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de dotar de certidumbre jurídica a los fallos emitidos por dicho órgano. Dentro de esta Ley se contemplaba la posibilidad de este recurso para todos los procesos en la legislación ecuatoriana.⁶⁹

Si bien como lo menciona el doctor Alejandro Ponce Martínez, la ley de casación tuvo aciertos importantes como el término para su interposición que era de quince días y del mismo tiempo para su contestación, así como el pago de costas y multas a quien lo propusiere para retardar la ejecución del fallo, o lo planteará sin base legal o si el recurso fuese declarado desierto; tuvo imprecisiones desde su promulgación así como las que se incluyeron a partir de la reforma del año 1997.⁷⁰

Para el año de 1997 se restringió la admisibilidad del recurso, haciendo que sólo lo sean las providencias que pongan fin a procesos de conocimiento.

Además se introdujo como reforma la obligación de que para que un fallo sea considerado precedente jurisprudencial obligatorio deba ser reiterado tres veces. De igual manera se redujo el término de su imposición de quince a cinco días, quedando sólo esta facultad para las instituciones públicas.

El tema de la caución y su regulación no fue resuelto en la reforma de 1997, ni mucho menos en la actualidad, ya que aún queda sin solución el caso en el que se no se dé la caución para impedir la ejecución del fallo y la sentencia sea casada, ¿cómo se reparan en ese caso los daños y perjuicios?; además de establecer de forma arbitraria como lo sostiene Ponce Martínez la entrega de la misma a la parte perjudicada en caso de que el fallo no sea

⁶⁹ Supra. pp. 34-35

⁷⁰ Cfr. ALEJANDRO, Ponce Martínez, *Notas sobre algunas de las reformas a la Función Judicial desde 1992 hasta el 8 de diciembre de 2004*, Revista Ruptura, Quito, enero 2009, p. 24.

casado.⁷¹ De igual manera todavía existe un vacío legal respecto a las situaciones que declaran la deserción del recurso, a pesar de que se reguló la sanción correspondiente; sin contar que los temas penales todavía se regulan por su Código Adjetivo, contrario con otras legislaciones como la colombiana, en la cual todo el recurso se encuentra integrado.

A pesar de que la casación conforme a las reformas del año 1997 se restringió para los juicios de conocimiento, en años posteriores se planteaba la duda acerca de los títulos ejecutivos cuya ejecución no es directa sino que requiere de una declaratoria judicial como lo son la confesión judicial o la escritura pública, por lo que las Salas de lo Civil Mercantil abrieron la posibilidad de admitir los juicios ejecutivos que versen sobre escrituras públicas,⁷² pero se dejó a un lado los títulos ejecutivos que tienen las mismas características que una escritura sin mencionar nada de aquellos.

También se abrió la posibilidad de admitir la casación frente a un juicio ejecutivo en la cual se trate la falsedad, la ilicitud en la causa o bien la provisión de fondos, ya que se afirma que dichas situaciones traen consigo un proceso de conocimiento por parte del juez;⁷³ penosamente se puede decir se ha producido un abuso de esta situación ya que toda juicio ejecutivo frente al cual se interpone casación versa sobre estas causales, sin que la Corte Nacional haga algo al respecto, por lo que es afán de esta investigación el probar si las afirmaciones anteriores son ciertas, qué es lo que ocurre respecto a los títulos ejecutivos de similares características que una escritura pública, qué pasa respecto de los títulos cambiarios en los juicios ejecutivos que se someten a casación y sobre todo cómo se podría regular de mejor manera la admisibilidad de los juicios ejecutivos en la casación.

⁷¹ Ibid. p.28

⁷² Cfr. ROMERO RAMÍREZ, Carmen, op. cit. p. 7

⁷³ Id.

3.4. Análisis de la Ley de casación ecuatoriana vigente

La Ley de casación vigente tuvo sus últimas reformas en marzo de 2004, que fue cuando se la codificó. A diferencia de sus disposiciones legales en otras legislaciones como en Colombia, en el Ecuador no se habla de sus fines ni mucho menos se la define; inicia simplemente determinando que la competencia está a cargo de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus salas especializadas.

Sin embargo no son la falta de sus fines o su definición lo que trae debates y críticas como instrumento de certidumbre jurídica, sino el artículo 2 el que hace referencia a los procesos de conocimiento y a las providencias dictadas en vía de ejecución; puesto que hay que definir de manera uniforme qué procesos son de conocimiento en la esfera judicial ecuatoriana y acerca de las providencias de las Cortes Superiores (Provinciales), ya que la labor de ejecución está a cargo de los jueces de primera instancia sin tomar en cuenta la cuantía,⁷⁴ pero cabe la duda en los casos mencionados en capítulos anteriores en los que las Cortes Provinciales actúan como primera o única instancia.

La admisibilidad del recurso se prohíbe para decisiones de las Fuerzas Policiales, Militares y de funcionarios administrativos dependientes de la Función Ejecutiva, pero para los procesos centrales de esta investigación como lo son los expropiatorios, nulidad de laudo arbitral, ejecutivos, de amparo posesorio y las providencias dictadas en vía de ejecución no se ha dictado a la fecha un criterio uniforme de admisibilidad, por lo que en los capítulos siguientes a más de realizar una fuerte crítica a la labor judicial realizada en la actualidad se planteará una solución.

Las causales para plantear el recurso de casación son:

⁷⁴ Cfr. Artículo 302 de Código de Procedimiento Civil de Ecuador , Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005

1. **Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva:** Implica un error *in iudicando* es decir respecto de normas sustantivas, entre ellas los precedentes jurisprudenciales que son obligatorios. En esta causal no se discuten las cuestiones fácticas del juez de primera instancia, ya que se concuerda con ellas.

Se debe especificar que normas no han sido aplicadas de manera indebida o en su defecto no fueron aplicadas o fueron mal interpretadas y cuál debió ser la opción correcta, la cual debe ser precisa.

En esta causal, doctrinarios como Santiago Andrade, recalcan la importancia de distinguir la proposición jurídica de una norma, la cual está compuesta por la hipótesis o supuesto de hecho y la consecuencia o efecto jurídico, ya que en muchos de los casos las normas se encuentran incompletas y para ello se requiere identificar la norma de desarrollo pertinente.⁷⁵

2. **Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente:** En esta causal a diferencia de la anterior se refiere a normas adjetivas o garantías del debido proceso y por lo tanto a errores *in procedendo*, pero es importante señalar que dicho error debió haber provocado indefensión y haya influido de manera generosa en el fallo y con ello nulidad.

Es la única norma que genera reenvío al juez inferior para que tramite la causa desde el momento en el cual se produce la nulidad.

⁷⁵ Cfr. ANDRADE UBIDIA, SANTIAGO, *La Casación en el Código Civil Ecuatoriano*, <http://inesguerrero.wordpress.com/2012/09/08/la-casacion-en-el-codigo-civil-ecuadoriano/>, p.1, 29 de septiembre de 2013, 18:23.

3. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto: Si bien se trata de normas referentes a la valoración de la prueba, las cuales al ser interpretadas erróneamente o no aplicadas produjeron que una norma sustantiva haya sido violada.

No da la posibilidad de que se dé un nuevo alcance a la prueba sino que se analicen las normas que giran en torno a la prueba, por lo que asimismo su alegación y fundamentación debe ser precisa y se la clasifica como error *in procedendo* más no *in iudicando*.⁷⁶

Al tratarse de vicios específicos da la opción a que la Corte Nacional de Justicia observe la labor subjetiva del juez de instancia al momento de valorar la prueba.

4. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la Litis: Considerada error *in procedendo* se produce cuando los considerandos de la sentencia son distintos a la parte resolutive o cuando la *causa pretendi* fue una y lo resuelto fue algo diferente, por lo que nació una decisión incongruente.

La falta de congruencia se puede dar por la facultad de los jueces de aplicar el principio de *iuranovit curia* (el juez puede suplir las omisiones de derecho, siempre y cuando no traspase lo alegado por las partes, ya que ellas dan los hechos y el juzgador el derecho).

Este numeral implica que existe una decisión *cifrapetita* (menos de lo solicitado), *extrapetita* (se otorgó algo diferente a lo solicitado) o

⁷⁶ Cfr. ANDRADE UBIDIA, SANTIAGO, op. cit. p. 7

ultrapetita (se concedió más allá de lo solicitado) y como se mencionó antes exista una falta de identidad jurídica en el fallo o resolución. Para Morán Sarmiento *se produce el divorcio del fallo con el ámbito estricto de la demanda y la contestación de la demanda.*⁷⁷

5. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles: En esta causal se producen dos situaciones que son la falta de motivación (derecho constitucional aplicable para toda decisión de autoridad pública) en la sentencia o que bien la misma no contenga los requisitos legales necesarios, es decir cumpla los requisitos formales y esenciales, entendiéndose los primeros como que haya sido dictada en el término respectivo, tengan las firmas de los miembros del tribunal, fecha y hora de emisión y los segundos al desarrollo correcto de las partes expositiva, considerativa, motivante y la resolutive.⁷⁸ A la presencia de cualquiera de aquellas situaciones la causal quinta puede ser invocada.

La interposición de la casación es permitida dentro del término de cinco días contados a partir de la notificación del auto o sentencia a recurrir, las entidades públicas tienen un término de quince días, es importante señalar que no se permite la adhesión al recurso ni mucho menos que el solicitante haya sido la parte que no pidió la apelación en la instancia anterior.

El órgano judicial ante quien se lo presenta examina que el proceso sea admisible conforme lo dispone el artículo segundo de la Ley de casación, se haya interpuesto dentro del término adecuado y que el escrito petitorio contenga lo siguiente:

1. *Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;*
2. *Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;*

⁷⁷ MORÁN SARMIENTO, Rubén Elías, op. cit. p.341

⁷⁸ Ibid. pp. 276-279

3. *La determinación de las causales en que se funda; y,*
4. *Los fundamentos en que se apoya el recurso.*⁷⁹

Pero como ya lo traté en acápite anteriores la admisibilidad tiene dos filtros, puesto que se concede el recurso dentro el término de tres días, se notifica a las partes, se obtienen las copias necesarias para la ejecución del auto o del fallo recurrido y se eleva el expediente a la Corte Nacional de Justicia, en dónde la Sala competente tiene quince días para examinar si el recurso fue concedido conforme lo dispuesto por la Ley o no, tal como lo especifica el artículo siete de la Ley de casación.

La Corte Nacional de Justicia una vez que recibe el proceso tiene diez días para notificar a las partes y a quienes corresponda para que en un término de cinco días fundamente el recurso. A juicio de las partes dentro del término de tres días se puede solicitar audiencia de estrados, la cual servirá para que los miembros del Tribunal aclaren las dudas respecto al proceso, siempre y cuando no sobrepasen lo expuesto por las partes; dicha audiencia sólo puede ser diferida por una vez con una anticipación de dos días hábiles. (Artículo 14 Ley de casación). Se prohíbe de manera expresa en el artículo 15 de dicha ley, la práctica de cualquier prueba o diligencia durante la sustanciación del recurso.

El trámite del recurso de casación no suspende la ejecución del fallo a menos que se trate de instituciones públicas o verse sobre el estado civil de las personas; en el caso de que se desee la suspensión de la ejecución del fallo se debe rendir una caución que signifique los daños que pueda causar la demora en la ejecución del fallo. El monto de la caución se lo determina por el órgano judicial correspondiente en un término de tres días desde que se concede el recurso de casación o el de hecho, una vez notificado hay asimismo tres días para consignar la caución y evitar la ejecución del fallo.

La cancelación y liquidación de la caución según el artículo 12 se hará:

⁷⁹ Artículo 6 de la Ley de Casación Ecuador, Registro Oficial Suplemento 299 de 24 de marzo de 2004

La caución se cancelará por el tribunal a quo si el recurso es aceptado totalmente por la Corte Suprema de Justicia; en caso de aceptación parcial el fallo de la Corte determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al recurrente y la cantidad que será entregada a la parte perjudicada por la demora; si el fallo rechaza el recurso totalmente, el tribunal a quo entregará a la parte perjudicada por la demora, el valor total de la caución.⁸⁰

La Sala de la Corte Nacional de Justicia tiene noventa días para despachar el recurso y un día adicional por cada cien fojas, los cuales cuentan a partir de la notificación en la que se admite el recurso; si no se resolviese en dicho tiempo, a solicitud de parte se podrá pasar a conocimiento de la Sala de Conjuces el recurso, es importante señalar que esta última afirmación puede ser facultativa. La Sala de Conjuces tiene un término igual para despachar el recurso, pero lastimosamente no existe una consecuencia jurídica en el caso de que se falte a esta disposición.

La Sala puede casar la sentencia o auto y emitir la correcta; si se trata de la segunda causal la Corte Nacional remite dentro de cinco días al órgano inferior que le corresponde la tramitación desde el momento procesal en el que se produjo la nulidad.

La Ley de Casación dispone a criterio de muchos doctrinarios, como Alejandro Ponce Martínez, la propia desnaturalización del recurso, ya que su artículo 19 expresa que la triple reiteración de un fallo constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Nacional.

Además la parte dispositiva del fallo será publicada en el Registro Oficial. La Corte Nacional de Justicia podrá dictar resoluciones obligatorias sobre puntos de derecho respecto de los cuales existan fallos contradictorios tanto de las Cortes Superiores y Tribunales Distritales, aunque no le hayan llegado por vía de casación, esto podrá hacerlo por petición de aquellos tribunales o de oficio.

⁸⁰ Ley de Casación Ecuador, Registro Oficial Suplemento 299 de 24 de marzo de 2004

Si el recurrente se enfrenta al escenario de la negativa del recurso de casación se le permite la interposición del recurso de hecho dentro del término de tres días; en dónde el juez inferior sin calificar envía a la Corte Nacional, para que la Sala respectiva en quince días decida si abre el paso al recurso de hecho. Este recurso también permite la suspensión de la ejecución del fallo conforme la rendición de la caución respectiva, sino si el recurso de hecho se concede y no se solicita la suspensión del fallo se dejarán las copias pertinentes para que el fallo o el auto sean ejecutados. Si el trámite es aceptado continuada de la misma forma que el recurso de casación.

3.5. Análisis del recurso de casación en el proyecto del Código Orgánico General de Procesos

La primera innovación que incorpora este cuerpo legal es añadir en un capítulo para la casación, figura que se encontraba en un cuerpo legal diferente.

Se agrega que la finalidad de la casación es el control de legalidad de los autos o sentencias impugnables, reparación de agravios inferidos al recurrente por el fallo impugnado y la unidad e integridad del ordenamiento jurídico por medio de los precedentes jurisprudenciales, lo cual no constaba en la ley anterior. El trámite estará a cargo de las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, conformando tribunales de casación y se añade que serán los tribunales de conjuces la admisibilidad del recurso.

Las causales en su esencia no sufrieron cambio alguno, sino más bien fue un cambio de orden en la Ley, se las redactó de manera sencilla y el único cambio que se realizó fue que en la causal que habla de la nulidad se retira la parte de que la mala o errónea interpretación que provoque indefensión constituye también causal para solicitar la casación.

Son legitimados para interponer el recurso quien recibió agravio del auto o sentencia recurrido, pero no podrá quien no apeló en primera instancia cuando

la decisión del superior sea confirmatoria, la parte de la adhesión se separa al siguiente artículo.

Se amplía el término para la interposición del recurso que antes era de cinco días contados desde que se realizaba la notificación del auto o sentencia que niegue o acepte su ampliación o aclaración, siendo sólo de quince días para las entidades públicas; ahora es de quince días desde la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación y aclaración, no se menciona nada acerca del término de los organismos del Estado.

Se retira el término para la calificación del recurso por parte de la Corte Provincial que era de tres días, de igual como requisito formal a los ya prescritos anteriormente sólo se agrega que se debe citar la fecha en la que se notificó el auto o sentencia que va a ser casado.

Respecto a los efectos se mantiene que sólo los procesos que versen sobre organismos públicos y sobre el estado civil de las personas no pasarán a la fase de ejecución. Se agrega que una vez que la sentencia entre a la fase de ejecución, se mandará a marginar sobre el recurso en el registro de sentencias del órgano al cual pertenece el recurso y se advierte que si terceros realizan negocios respecto de bienes o derechos del proceso y se obtiene una sentencia adversa se los entenderá como concedores de la interposición del recurso.

En cuanto a la caución que suspende la ejecución del fallo se aumenta el término a 10 días para su consignación, se cambia al órgano encargado de elaborar el instructivo para el efecto que antes era la CNJ y ahora será el Consejo de la Judicatura y se detalla que se recibirá la caución en dinero, garantía bancaria o póliza de seguros incondicional. Tampoco existen cambios en cuanto a su liquidación y cancelación al momento de expedición del fallo.

Se mantiene el doble filtro de admisibilidad primeramente en la Corte Provincial y en la CNJ, ahora a cargo del Tribunal de Conjuces quien revisará

si cumple o no con los requisitos para que el recurso sea admitido y para esto tendrá un término de quince días que antes era de tres.

El término para solicitar audiencia de igual manera se aumenta de 3 días a treinta y se elimina completamente la disposición de que una vez que el proceso es elevado a la CNJ, se notifica a las partes que correspondan para que en un término de cinco días contesten sobre el recurso fundamentadamente.

En cuanto a la sentencia de igual manera el único cambio que se realiza es el de ampliar el término de traslado cuando se trate de la causal de nulidad de tres a treinta días para que el órgano judicial correspondiente tramite desde el momento procesal en el que se produjo la nulidad.

Una innovación en este cuerpo legal es el artículo que habla sobre el abandono del recurso si no concurriere alguna de las partes o su abogado defensor, dándole sólo un término de tres días desde que se notifica el auto de abandono para que justifique su ausencia, la que sólo podrá ser justificada en caso fortuito o fuerza mayor. En caso de que sean varios los concurrentes, si asiste uno, el resto será declarado en rebeldía.

No se dispone en absoluto sobre el término que tienen los jueces para resolver el recurso y en cuanto a la condena en costas, sólo se elimina el valor de la multa y en el nuevo código no se la especifica.

Finalmente en lo que respecta a la publicación de sentencias se elimina la disposición de la forma en la que se constituyen los precedentes jurisprudenciales obligatorios y la resolución en temas contradictorios por parte de la CNJ.

Respecto al recurso de hecho, el cual opera ante la negativa de la tramitación del recurso de casación se le dedica el capítulo siguiente al de la casación, puesto que este recurso se encontraba regulado dentro de la misma Ley de Casación.

En sí, los cambios que contiene la figura de la casación en el proyecto de código orgánico general de los procesos no son del tipo sustanciales, lo que se ha tratado más bien es de facilitar la lectura y por ende la interpretación de la ley, es más para que el público en general lo comprenda y lo que se ha tratado también es aumentar los términos en la tramitación del recurso; lo cual no sé qué tan factible sea puesto que los términos no se han venido respetando, debido a la demora en su tramitación, por lo que desde mi punto de vista simplemente sería como para dar más tiempo de gracia a los funcionarios de la Corte en la demora en la tramitación.

Siento también que el no especificar que la casación penal será regulado por el COIP y la forma en la cual se constituyen precedentes jurisprudenciales y resoluciones, es dejar un vacío en este recurso, sobre todo recalando que uno de sus fines es la aplicación uniforme de la Ley por medio de los precedentes jurisprudenciales.

Un tema que no pertenece directamente a la casación pero que es importante en este proyecto de código, es que se realice un catálogo de los procesos que son de conocimiento y de ejecución, aunque todavía hace falta la definición como tal, ya que aún se asimila proceso con procedimiento. En este detalle se especifica que son procesos de conocimiento los juicios ordinarios, sumarios y monitorios, lo cual ayudaría un poco a la CNJ al momento de admitir los recursos de casación, sin embargo creo que aún es pertinente que los criterios dentro de la Corte se unifiquen.

CAPITULO IV -LOS PROBLEMAS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. Análisis de los elementos de admisibilidad del recurso de casación según el artículo 2 de la Ley de Casación

El artículo dos de la Ley de Casación expresa:

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

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

No procede el recurso de casación de las sentencias o autos dictados por las Cortes Especiales de las Fuerzas Armadas y la Policía y las resoluciones de los funcionarios administrativos, mientras sean dependientes de la Función Ejecutiva.⁸¹

El primer inciso menciona que la casación procede frente a fallos y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, por lo que es importante dejar en claro que se entiende por proceso de conocimiento y cuáles son sus efectos para poder definir qué procesos encajan en este inciso.

Como se dejó explicado en el primer capítulo, un proceso de conocimiento es aquel en el que el juzgador realiza una labor intelectual y declara la existencia o bien de un derecho o de una situación, ya que eso es la parte medular del proceso. Los procesos de conocimiento se dividen en aquellos de mera declaración, constitutivos y de condena.⁸²

⁸¹ Ley de Casación Ecuador , Registro Oficial Suplemento 299 de 24 de marzo de 2004

⁸²Supra. pp. 12-13

Los efectos de los procesos de conocimiento son la declaración de una situación que se encuentra en discusión y una mutación de ideales, ya que se aclara una situación y declara un derecho.

Para Carmen Romero, cuando se limitó la admisibilidad del recurso de casación, lo que se buscaba era que se permitiera el recurso para procesos que tengan una cosa juzgada formal, es decir final y definitiva en el proceso.⁸³

A pesar de los varios años que han transcurrido desde que la Ley de Casación fue promulgada y con ella las reformas que se han venido presentando en su articulado, de manera especial en lo que respecta a su admisibilidad aún existen lagunas y decisiones contradictorias que no permiten determinar qué tipo de procesos son considerados de manera unánime por los Jueces de la Corte Nacional de Justicia, como de conocimiento, lo que genera que dependa de la Sala de Conjuces a la que le corresponda analizar el recurso para saber si en realidad será admitido y tramitado, es decir, el criterio de admisibilidad en nuestro sistema legal genera cierta discrecionalidad dentro del análisis de la admisión de la casación, lo que ha generado hasta cierto punto una importante inseguridad jurídica, sin contar la violación a los fines de la casación como institución que protege el interés público y que busca una aplicación unánime del Derecho y de la norma.

Ahora analizaremos uno a uno los casos más relevantes donde existe discusión respecto de la admisibilidad del recurso de casación.

4.2. Admisibilidad en procesos de nulidad de laudo arbitral

Para iniciar sobre la discusión de la admisibilidad del recurso de casación en procesos de nulidad de laudo arbitral; es importante definir al arbitraje, el cual según Alan Redfern es *“un método alternativo a la resolución de conflictos, en el que los interesados son quienes deciden someterse ante una jurisdicción arbitral, absteniéndose de*

⁸³ Cfr. ROMERO RAMÍREZ, Carmen, op. cit. p. 4

acudir a los tribunales ordinarios establecidos por el Estado. Siendo un tercero, llamado árbitro, quien toma la decisión que pone fin al litigio."⁸⁴

Este medio alternativo de solución de conflictos constituye una excepción al principio de unidad jurisdiccional, el cual surgió como alivio para descongestionar la tramitación de causas, las cuales demoran meses incluso años en resolverse, ante eso es totalmente reconocida por la Constitución ecuatoriana y otras legislaciones alrededor del mundo. A más de eso la regulación del sistema arbitral se rige por una ley especial, sin embargo esto no ha sido suficiente al momento de discutir acerca de la naturaleza de la acción de nulidad del laudo arbitral.

La ley de Arbitraje y Mediación explica que el conflicto se ventila ante un árbitro, el cual ejerce jurisdicción y el procedimiento se lo realiza no en un juzgado sino más bien en un centro de arbitraje.⁸⁵ La decisión que emite el tribunal arbitral toma el nombre de laudo arbitral y debe cumplir con los requisitos prescritos para su validez, ya que se podrá solicitar la nulidad en caso de que concurran las siguientes circunstancias:⁸⁶

Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

- a. No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; o,*
- b. No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o,*
- c. Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;*

⁸⁴ REDFERN, Alan, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, quinta edición, Oxford University Press, Nueva York-Estados Unidos, primera edición, 2009, p. 246.

⁸⁵ Cfr. Ministerio de Justicia y del Derecho de la República de Colombia, "Arbitraje", http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=42, p.1, 27 de octubre de 2013, 21:46

⁸⁶ Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador, Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006

- d. *El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.*
- e. *Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el Tribunal Arbitral.*⁸⁷

El laudo arbitral es la máxima expresión de la jurisdicción arbitral, su fuerza es vinculante y obligatoria para las partes. Esta decisión es firme y tiene efecto de cosa juzgada.⁸⁸

Frente al laudo arbitral en cumplimiento a la disposición constitucional de que toda decisión que implica derechos pueda ser impugnada, existe la acción de nulidad de laudo arbitral. Frente a esta figura varias investigaciones, como lo son la elaborada para la obtención del título de Abogada en la Universidad de las Américas, año 2012, de María Gabriela Sarche, denominada “*Propuesta de reforma a las causas de nulidad de los laudos arbitrales establecidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación*” y el artículo presentado por Andrés Ortiz Herbener titulado “*Acción de nulidad de laudos arbitrales en el derecho procesal ecuatoriano*”, las cuales sostienen que su naturaleza es distinta a la de un medio de impugnación ordinario, ya que se respeta la naturaleza del arbitraje y a más de eso no se revisa el fondo del laudo sino más bien sólo la validez y el procedimiento formal. Alsina menciona que es un medio de impugnación sui generis.⁸⁹

Estas investigaciones afirman que la acción de nulidad de laudo arbitral está a cargo del Presidente de la Corte Provincial y él sólo está facultado para revisar que se hayan cumplido los requisitos dispuestos por la Ley para que el laudo cumpla con los efectos pertinentes; no es un recurso porque se hace un control a posteriori del laudo arbitral con el fin de analizar errores *in procedendo*.⁹⁰

⁸⁷ Artículo 31 Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006

⁸⁸ Cfr. Diss. CHIRIBOGA ARTETA, Verónica, *La problemática de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales*, Universidad San Francisco de Quito, 2012, KHK 2817 C45 P76 2012, pp. 19-20

⁸⁹ Cit. Ibid. p. 25

⁹⁰ Ibid. p. 34

Razón por la cual se sostiene que es la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 31 la que debería regular el alcance de la frase “*acción de nulidad*” para así determinar si es posible aplicarle la Casación o no. Pero las causales que dan origen a la nulidad de laudo arbitral no sólo responden al sometimiento de meras formalidades sino a verdaderos e importantes presupuestos procesales necesarios en cualquier proceso, por lo que según mi forma de pensar no se tratan de simples errores *in procedendo* como se menciona anteriormente.

Si bien como lo he mencionado en capítulos anteriores es muy reiterada la confusión entre proceso y procedimiento, la acción de nulidad de laudo arbitral es un claro ejemplo de aquella confusión; el ya antes mencionado artículo 31 indica que se tiene un término de diez días desde que se ejecutorié el laudo para que la acción sea interpuesta ante el tribunal arbitral, el cual debe enviar el expediente al Presidente de la Corte Provincial y él tendrá un término similar para resolverlo desde el momento en el que avoca conocimiento, lo cual indica que se trata de un procedimiento especial pero muchos afirman que más bien se trata de un "proceso" especial, entre ellas varias disertaciones de reconocidas universidades ecuatorianas, que fueron mencionadas en párrafos anteriores, lo cual es erróneo ya que eso no existe.

Sin embargo es importante señalar que el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación indica que será norma supletoria de esta Ley, el Código de Procedimiento Civil y éste prescribe en su artículo 59 que: “*Toda controversia judicial que, según la Ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario*”. Esto ha generado confusión y malas interpretaciones al respecto,⁹¹ puesto que se podría llegar a comprender que se trata de un proceso de conocimiento, el cual se ventila por excelencia en el juicio ordinario.

Sin embargo, para determinar si se trata o no de un proceso de conocimiento, no debemos ver al procedimiento, sino a la naturaleza de la pretensión y su fundamento. Para ello es preciso analizar cada uno de los presupuestos del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación para llegar a

⁹¹ Ibid. pp.53-54

determinar si se trata o no de un proceso de conocimiento susceptible de ser casado.

- 1. No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia:** En este acápite se encuentra la falta legal de la citación que produce que el demandado se encuentre en una situación de indefensión. La citación es denominada como *“el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos”*,⁹² según Echandía la citación es un presupuesto procesal procedimental, que se cumple una vez que la demanda haya sido calificada con el fin de que la relación jurídico procesal se constituya y se desenvuelva de manera correcta para llegar a la sentencia final.⁹³ El artículo 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación detalla la manera específica en la cual debe producirse la citación al demandado en un proceso arbitral. Además la defensa es un derecho reconocido constitucionalmente, si no existe una citación realizada de manera legal hará que el demandado no pueda proponer las excepciones pertinentes y con ello que se trabe la Litis.
- 2. No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte:** En este numeral se trata de manera similar al anterior ya que la falta de notificación de una providencia ha generado indefensión de una de las partes que actúan en el proceso.
- 3. Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse:**

⁹² Artículo 73 Código Procedimiento Civil de Ecuador , Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005

⁹³ Cfr. ECHANDIA, Devis, op.cit. pp. 276-277

En este numeral se trata sobre la falta de práctica de pruebas aun cuando existan hechos que deban ser probados. La prueba es el pilar fundamental del proceso, ya que al probar se logrará convencer al juez de los hechos que se alegan, ya que son presupuestos fácticos de la norma que está siendo invocada. La producción de la prueba es fundamental, puesto que el árbitro no podrá juzgar en base a conocimientos privados sino a lo expuesto y refutado por cada una de las partes.

4. **El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado:** Los requisitos que prescribe la ley para la demanda es que en ella se especifique la cosa, cantidad o hecho que se exige, esto lo especifica el numeral cuatro del artículo 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación, si el laudo se refiere a hechos no sometidas al arbitraje, será *extra petita* y en cambio conceda más de lo reclamado, será *ultra petita*.

5. **Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el Tribunal Arbitral:** Para el doctrinario Echandía, la investidura del juez constituye un presupuesto procesal de la acción, es decir para que pueda ejercitarse de manera correcta, entendida como un derecho subjetivo para obtener un proceso.⁹⁴ La Ley de Arbitraje y Mediación prescribe el procedimiento para que se constituya el tribunal arbitral, desde la notificación de su designación hasta su aceptación para conformar el tribunal arbitral; es importante recalcar que los árbitros al igual que los jueces no deben estar incurso en las inhabilidades que prescribe el Código de Procedimiento Civil para el desarrollo de su labor, sino podrán ser recusados.

⁹⁴ Cfr. ECHANDIA, Devis, op.cit. pp. 274-275

También podría convertirse en un presupuesto procesal procedimental, ya que este habla de que se deben cumplir con los requisitos especificados por la Ley para cada proceso.

Según el principio de trascendencia no existe nulidad si no hay perjuicio, aunque se afirme que la acción de nulidad de laudo arbitral sólo se configura en base a lo que determina el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, es importante señalar que cada una de las causales ahí señaladas son violaciones a presupuestos procesales, que requieren de la labor intelectual del juez para determinar si existen o no, por lo que constituye en su naturaleza un proceso de conocimiento. Las discusiones relativas al procedimiento que debe seguir la acción no afectan en nada su naturaleza. Sin embargo, es el principal problema de esta investigación al determinar la admisibilidad de la casación frente a la acción de nulidad de laudo arbitral, son los criterios disidentes de las distintas Salas que componen la Corte Nacional de Justicia, la cual en sus fallos ha expresado lo siguiente:

- **Caso Asociación Ecuatoriana de Ecoturismo ASEC en contra del Ministerio de Turismo, sentencia dictada el 2 de marzo de 2010**

En este caso se discute de manera puntual si la nulidad de laudo arbitral es un proceso de conocimiento susceptible del recurso de casación, debido a que el arbitraje es una clara excepción del principio de unidad jurisdiccional de la Función Judicial. Aquí se menciona una resolución emitida en un caso de naturaleza similar suscitado entre MASGAS en contra de OILCORP S.A., en dónde se cita al artículo 24 de la ya deroga Ley Orgánica de la Función Judicial, la cual estaba vigente al momento en el que se interpuso el recurso y que dice:

Art. 24.- En las Cortes Superiores, integradas por dos o más Salas, cada una de ellas ejercerá, en los asuntos que le hayan correspondido en suerte, las atribuciones expresadas en los ordinales 2.-, 3.- y 6.- del artículo anterior; las atribuciones de los ordinales 1.-, 2.-, 4.- y 7.- de la misma disposición, y las demás, corresponden a todo el Tribunal. Cuando la primera instancia corresponda al Presidente de la Corte Superior, la segunda instancia será de competencia de la Sala a la que no pertenece el

*Presidente, o a la que le corresponda por sorteo, si existieren más de dos Salas, sin tomar en cuenta la del Presidente. Si existiere una sola Sala, para la segunda instancia intervendrá el conjuer correspondiente.*⁹⁵

El análisis que hace la Sala es que el principio de doble instancia no es lo mismo que derecho a recurrir. Que el derecho a recurrir no implica necesariamente la posibilidad de plantear apelación, sino que se debe tomar en cuenta que lo que se busca es que exista un recurso conforme a lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir no se propenda a una vulneración de los derechos fundamentales ante las decisiones del Estado.⁹⁶ Incluyendo que si bien en este caso la tramitación está a cargo del Presidente de la Corte Provincial, el siguiente peldaño en la tramitación de los recursos es la Casación, puesto que así lo dispone la ley y cumpliendo con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es importante señalar que el análisis que se hace parte de las características que he mencionado en párrafos anteriores respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, es decir que es una excepción al principio de unidad jurisdiccional y demás, sino que también se aclara que el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación debe ser interpretado y aplicado de manera restrictiva, con lo que concluye los Conjuerces que elaboran la sentencia que más que hablar de un in dubio pro arbitraje, el cual es muy propugnado por los juristas que defienden este método alternativo de solución de conflictos, se debe reconocer que la acción de nulidad de laudo arbitral si es un proceso de conocimiento pero es de única instancia, ya que si bien su procedimiento es especial al de otros esto no le resta sus características para que el juez realice la labor intelectual pertinente.⁹⁷

Concluyendo también que los numerales que forman parte del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación encajan en las causales indicadas por el artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que la casación cabe perfectamente.

⁹⁵ Ley Orgánica de la Función Judicial, Decreto Supremo 891, Registro Oficial 636 11 de septiembre de 1974

⁹⁶ Cfr. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Sentencia caso Asociación Ecuatoriana de Turismo en contra del Ministerio de Turismo*, Quito, 2010, pp. 35-36

⁹⁷ Id.

Para indicar la confusión jurídica que se está realizando creo pertinente citar el caso MASGAS en contra de OILCORP S.A., ya que si bien el razonamiento es el mismo la conclusión de admisibilidad es distinta.

- **Caso MASGAS en contra de OILCORP S.A. sentencia dictada el 1 de septiembre de 2009**

En resolución se concluye que debido a la naturaleza extraordinaria de la casación y del análisis esgrimido por dicha Sala, primero es necesario agotar los recursos ordinarios previstos por la Ley para solicitar la casación, en este caso la apelación. Además el artículo 2 de la Ley de Casación a criterio de los jueces de la Corte, la casación es admisible de sentencias o autos definitivos y finales que provengan de Cortes Superiores y tribunales de lo contencioso administrativo y fiscal, la acción de nulidad de laudo arbitral se la tramita ante el Presidente de la Corte Superior por lo que su decisión ni es final ni definitiva, concluyendo que no es proceso de conocimiento.

- **Caso INMODIURSA S.A. en contra de Alfredo Ribadeneira Arquitectos Cia. Ltda. sentencia dictada el 13 de mayo de 2013**

En este puntual caso se menciona que en enero de 2012 la Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha emite una decisión, en la que aclara que la casación no procede directamente de la primera instancia, lo que ocurre en la acción de nulidad de laudo arbitral, ya que la decisión del Presidente de la Corte Provincial no reúne dichos requisitos, y si se tratará de la primera instancia, sería una de las Salas de la Corte Nacional de Justicia la siguiente, para de aquella resolución plantear el recurso extraordinario de la Casación, para fundamentar aquel análisis se menciona al ya derogado artículo 24 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en la que se preveía la apelación para la acción de nulidad de laudo arbitral, a más de eso se suma a su razonamiento

el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil que reza: *“Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede.”*⁹⁸

La Sala analiza que la acción de nulidad de laudo arbitral es un recurso incidental respecto del arbitraje porque el verdadero proceso de conocimiento es el juicio arbitral, finalizando que la acción de nulidad de laudo arbitral no es proceso de conocimiento, porque sigue un procedimiento especial, y por ende no es susceptible de casación.

En este caso, podemos ver que la Sala de Conjuces Civiles de la Corte Nacional, confunde el procedimiento que sigue la acción intentada con la naturaleza del proceso.

• Caso Corporación Nacional de Telecomunicaciones en contra de Luis Ricardo Ruilova Castillo, resolución de inadmisibilidad dictada el 21 de enero de 2013

En esta decisión desestimatoria del recurso de casación se analiza la procedencia de del recurso respecto de la acción de nulidad de laudo arbitral, a más de eso se menciona y elogia a resoluciones anteriores referentes al tema dictadas por la Corte Nacional de Justicia.

Se parte del análisis de la clasificación de los procesos, en lo que se concluye que los procesos de conocimiento, objeto de la casación, son aquellos procesos en los que se *“dice el derecho”*, ya que se discute el alcance y contenido de la situación jurídica existente entre las partes; la acción de nulidad de laudo arbitral es a criterio de estos Jueces un recurso incidental, como ocurrió en el caso anterior, por lo que la CNJ no es competente para tratarlo, ya que al ser el arbitraje una excepción al principio de unidad jurisdiccional *“es ilógico que las partes se quieran someter a esta vía para anular*

⁹⁸ Artículo 321 Código Procedimiento Civil de Ecuador , Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005

precisamente una secuela de un acto voluntario que no admite recurso alguno”,⁹⁹ se aclara que la efectividad del laudo arbitral surge del acuerdo de las partes y que no comparte las características mencionadas por el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil para los juicios en general. Careciendo a su criterio de características de una sentencia común, por lo que su nulidad no es proceso de conocimiento.

También se explica que las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación son errores *in procedendo* mas no *in iudicando*, por lo que el fondo del laudo no se lo llega a tratar, pero como lo mencioné en párrafos anteriores, las causales del artículo 31 son presupuestos procesales necesarios para el proceso arbitral sea perfecto y pueda ser ejecutado, reducir estas circunstancias a “*errores procedimentales*” es minimizar y denegar el alcance de dichos presupuestos.

Los conjuces mencionan que respecto del artículo 31 de la Ley de Arbitraje no se estatuye la posibilidad de plantear apelación, y que el articulado está redactado de manera confusa puesto que se confunde acción con recurso; sin embargo en las páginas siguientes menciona que el examen de nulidad de laudo arbitral está a cargo del Presidente de la Corte Provincial en primera instancia y en segunda a una de las salas de dicha Corte, con lo que se genera una confusión en cuanto a la apelación. Además no concuerdo con la afirmación de que la decisión del tribunal arbitral es irrevocable, ya que en dónde quedan los preceptos propugnados por la Convención Americana de DDHH, porque si bien observando la situación desde una perspectiva pro arbitraje que se trata en esta resolución, el fondo del asunto no deviene en una intervención directa del Estado y su administración tradicional de justicia, a la cual se han abstraído las partes sino más bien al cumplimiento de derechos fundamentales.

⁹⁹ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución Corporación Nacional de Telecomunicaciones vs. Luis Ricardo Ruilova*, resolución dictada por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil, Quito, 2013, p. 4

En cuanto a la confusión entre acción y procedimiento, la Sala menciona acerca de la carga probatoria que les corresponde a las partes, si se trata de una verdadera acción, con lo que hay que explicar que la Casación no es tribunal de instancia no revisa los hechos sólo el derecho.

De este análisis los conjuces finalizan que los juicios de nulidad de los laudos son procedimientos sumarísimos y no de conocimiento, por las razones antes expuestas, y se suma el afán de que las partes decidieron de manera voluntaria poner su conflicto a un lado de la administración tradicional de justicia por los vicios que ésta tiene, ya que no sería adecuado volver a ella si fue deseo de los litigantes abstraerse de ella. Pero no se toma en cuenta que uno es el fondo de la controversia arbitral y otro muy distinto, el que suscita la acción de nulidad, por lo que es erróneo sostener que la acción de nulidad es un recurso incidental, ya que un incidente procesal puede ser cualquier tema en el proceso.¹⁰⁰

Como es obvio, en el transcurso de tan sólo tres años han existido criterios disidentes en las Salas de la Corte Nacional de Justicia, en el cual se desvirtuó la naturaleza extraordinaria de la casación. Doctrinarios pro arbitraje abogan por que el recurso de casación no sea viable respecto de la “*acción de nulidad de laudo arbitral*”, ya que es una excepción al principio de unidad jurisdiccional y que las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación son simplemente errores procedimentales pero ha quedado demostrado en el análisis anterior que son presupuestos procesales que deben ser necesariamente realizados.

La competencia del tribunal arbitral, la citación al demandado, la pretensión en el proceso arbitral y las otras causales sino son realizadas no van a permitir que el proceso siga el procedimiento prescrito por la Ley y con ello se trabe la *litis*, sea ésta afuera de las instalaciones tradicionales de la administración de justicia, por lo que afirmar que la acción de nulidad de laudo arbitral no es

¹⁰⁰ Serrano Armando, Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, entrevista, *La acción de nulidad de laudo arbitral y el recurso de Casación*, Quito, 29 de enero de 2014.

proceso de conocimiento es erróneo y mucho menos un proceso especial porque lo que es especial es el procedimiento más no el proceso.

Si bien se habla de una acción de única instancia, ya que la acción de nulidad se tramita ante el Presidente de la Corte Provincial y luego sólo es susceptible la casación ante la Corte Nacional de Justicia, esto no le roba su característica de resolución que ponga fin a un proceso de conocimiento; los presupuestos procesales analizados en hojas anteriores son necesarios para un adecuado desarrollo del juicio, su cumplimiento o no requiere de una labor intelectual del juez por lo que a pesar de los criterios disidentes de los Magistrados de la Corte Nacional de Justicia, la acción de nulidad de laudo arbitral es un proceso de conocimiento.

Uno de los profesionales del Derecho, que sostiene que la acción de nulidad de laudo arbitral es un proceso de conocimiento, es el Doctor Armando Serrano, ya que se discuten derechos en cuanto a cada una de las causales detalladas en el artículo 31; recalando que toda nulidad trae un agravio y en este caso se afecta el derecho al debido proceso.¹⁰¹

El mismo doctor Serrano, sostiene que no se debe confundir a la acción de nulidad de laudo arbitral con un recurso, como lo es la apelación, puesto que ésta no cabe de ninguna manera para este caso; la jurisdicción nace de la Ley y en esta no se permite que lo resuelto por el Presidente de la Corte Provincial sea susceptible de apelación, sino que queda claro que la acción de nulidad de laudo arbitral es un proceso de única instancia que dadas sus características esenciales pueda ser casado, recalando que no se necesita de la apelación como pre requisito para la casación.¹⁰²

Este doctrinario subraya que al momento en que la Corte Nacional de Justicia niega la admisibilidad en la acción de nulidad de laudo arbitral basada en que la decisión emitida por el Presidente de la Corte Provincial no es definitiva, es una afirmación sin fundamento, ya que la designación de

¹⁰¹ Id.
¹⁰² Id.

presidente es una cuestión meramente administrativa, la ley no hace distinción alguna por qué la hacen de manera arbitraria los Conjueces de la Corte Nacional de Justicia.¹⁰³

Ahora, otra discusión es si cabe o no apelación de la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Provincial. Como hemos visto respecto de este punto también existen posiciones contrapuestas. En todo caso, para efectos del recurso de casación, este punto no es relevante, pues en cualquiera de los casos cabría casación.

4.3. Admisibilidad en procesos ejecutivos

Al inicio de esta investigación se explicó acerca de los títulos ejecutivos según la legislación ecuatoriana y de manera somera sobre el juicio ejecutivo, es momento de dilucidar en base a criterios doctrinarios y en base a lo dispuesto por la Ley, cuál es la verdadera naturaleza del juicio ejecutivo y determinar si las causas bajo las cuales la casación es permitida, son válidas, incluso se confrontará la naturaleza de los títulos ejecutivos y los títulos cambiarios y su repercusión dentro de este tema.

El juicio ejecutivo ha sido calificado desde siempre como el clásico ejemplo de un proceso de ejecución, puesto que se requiere de la existencia de un título ejecutivo, que cumpla con los requisitos de la Ley y que además tenga en él un derecho reconocido pero que no ha sido satisfecho por el deudor. Sin embargo, muchos doctrinarios discuten sobre la naturaleza jurídica de este proceso, ya que el Código de Procedimiento Civil permite que se planteen durante su procedimiento excepciones de todo tipo por parte del deudor, lo cual podría implicar una labor intelectual por parte del juzgador.

Para unos autores, como Couture, se trata de un proceso de ejecución con unos brevísimos rasgos de un proceso de cognición, mientras que para otros en cambio un proceso de conocimiento al cual le sigue una vía de ejecución.

¹⁰³ Id.

En la legislación comparada, como lo es en Uruguay se sostiene que es un proceso sumario de conocimiento, ya que primeramente el juez debe calificar si el título goza de las características necesarias para ser ejecutivo y segundo por las excepciones que plantea el deudor como parte de su derecho de defensa. Además se señala que la sentencia que se emite en primer espacio es declarativa ya que ratifica o no si existe un derecho contenido en el título.¹⁰⁴

Autores como Caravantes y Chioventa, sostienen que el juicio ejecutivo es por excelencia un proceso de ejecución, puesto que el juzgador lo que va a realizar es una ejecución forzosa del derecho contenido y reconocido en el título y el planteamiento de excepciones por parte del deudor, son una oposición a la ejecución, las cuales sino no son presentadas dentro de un término preclusivo son inválidas. Una vez fenecido el término la orden de ejecución se volverá definitiva.¹⁰⁵

Situándonos en el ámbito jurídico ecuatoriano, el juicio ejecutivo siempre ha sido considerado como un proceso de ejecución, pero a raíz de la promulgación de la Ley de Casación en el año 1992 y sus posteriores reformas en los años siguientes, en las que se restringió el recurso de casación respecto de los juicios ejecutivos al no considerarlos como procesos de conocimiento, el debate acerca de su verdadera naturaleza siempre ha estado en el candelero, ya que se podría decir se trata un caso *sui generis* ya que el recurso se ha permitido en este juicio sólo bajo ciertos presupuestos.

El reconocido jurista Gonzalo Noboa sostiene que el juicio ejecutivo ecuatoriano es un proceso de conocimiento puesto que por el simple hecho de que la ley permita que se planteen excepciones ante títulos ejecutivos que contienen derechos reconocidos de manera inobjetable y además haya un desacuerdo entre las partes procesales, hará que el proceso sea uno de conocimiento.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Cfr. LÓPEZ RODRIGUEZ, Carlos, *Naturaleza del juicio ejecutivo cambiario*, <http://www.derechocomercial.edu.uy/TVClase12.htm>, pp. 2-3, 27 de octubre de 2013, 21:02.

¹⁰⁵ Id.

¹⁰⁶ NOBOA BAQUERIZO, Gonzalo, op. cit. p. 167

Noboa distingue dos opciones que pueden mutar la naturaleza del juicio ejecutivo; la primera dice que si el juicio conlleva el análisis de hechos y derechos del pretendiente sin límite en cuanto al alcance de la controversia es un proceso de conocimiento de condena y la segunda dice que si el juicio se entra de manera directa al embargo y un remate de bienes es un proceso de ejecución.¹⁰⁷

Este jurista confronta disposiciones del derecho comparado, en dónde de igual forma no se llega a un criterio unánime acerca de la naturaleza del juicio ejecutivo, por ejemplo en Argentina se desarrolla todo un capítulo al respecto y no se aceptan excepciones de ninguna clase y el embargo procede de manera directa, en cambio en España se lo considera como un proceso de conocimiento pero sumarísimo ya que se aceptan ciertas excepciones, por lo que esto último a criterio de él se asimila a la realidad ecuatoriana.

Pero investigaciones respecto a la naturaleza *sui generis* del juicio ejecutivo ecuatoriano, señalan que si bien dada a la confusa redacción de la ley en cuanto a la no distinción de títulos ejecutivos y de ejecución, existe una breve etapa de conocimiento pero ésta es totalmente distinta a la de los procesos declarativos ya que se verifica un derecho mas no se dilucida.¹⁰⁸

Por lo que muchos juristas coinciden que dada a las disposiciones que contienen muchos cuerpos normativos alrededor del mundo, el proceso ejecutivo más bien constituye un híbrido entre el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución, ya que el legislador al permitir que el deudor oponga excepciones significa que la existencia del título ejecutivo que contiene un derecho requiere de más elementos para que se compruebe que lo tiene y sobre todo y que se encuentra insatisfecho.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ibid. pp. 167-168

¹⁰⁸ Cfr. Diss. LÓPEZ VALENCIA, Andrés Alfonso, *La desnaturalización del proceso de ejecución en el juicio ejecutivo nacional*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2010, T/D345.9866/L881d, p.35

¹⁰⁹ LÓPEZ RODRIGUEZ, Carlos, op.cit., p. 4.

A pesar de dicha conclusión, el proceso ejecutivo a criterio de aquellos juristas siempre se situará más hacia el lado del proceso de ejecución, debido a los antecedentes históricos que hicieron surgir la institución, ya que en la antigua Roma el acreedor podía tomar posesión del deudor incumplido.¹¹⁰

Uno de aquellos ejemplos de legislaciones en las que el juicio ejecutivo es considerado un proceso *sui generis* es la ecuatoriana, pero es la parte referente a los recursos, la que interesa a la presente investigación, en especial el recurso de casación. Nuestra ley aparte de otorgar aquella calidad especial a este proceso es poca clara en cuanto a los recursos que ante él pueden interponerse.

Para explicar dicha situación no remitimos al Código de Procedimiento Civil, en su artículo 436 que reza:

*En este juicio puede el ejecutante interponer los recursos que concede este Código para los ordinarios; pero el ejecutado sólo puede apelar de la sentencia, y en los demás casos, no podrá interponer ni aún el recurso de hecho.*¹¹¹

En este caso se remite al artículo 321 del mismo cuerpo legal dispone que si la ley no niega un recurso se entiende que se concede, pero al trasladarnos al artículo 2 de la Ley de Casación, este sólo es permitido para resoluciones y providencias que pongan fin a procesos de conocimiento, por lo que a primera vista la casación no sería viable.

Sin embargo, como se mencionó al inicio de este capítulo la reforma a la Ley de Casación realizada en el año 1997 buscó que se dejará sin efecto el abuso al recurso y con ello, el retraso al cumplimiento de obligaciones. La Corte Nacional de Justicia en sus precedentes jurisprudenciales ha

¹¹⁰ Cfr. Diss. LÓPEZ VALENCIA, Andrés Alfonso, op. cit. p. 8

¹¹¹ Código Procedimiento Civil de Ecuador , Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005

determinado que la casación es viable si se afectan los presupuestos dispuestos en el artículo 233 de la Ley de Mercado de Valores:¹¹²

Los valores a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, tienen el carácter de títulos valor, en consecuencia, incorporan un derecho literal y autónomo que se ejercita por su portador legitimado según la ley, constituyen títulos ejecutivos para los efectos previstos en el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil. Se presume, salvo prueba en contrario, su autenticidad así como la licitud de su causa y la provisión de fondos.

Por lo que las causas presentadas que versen sobre aquellas situaciones si eran admitidas para el recurso de casación, tal como lo demuestran los siguientes casos:

- **Caso de cobro de pagaré a la orden seguido por el Banco Sudamericano en contra de José Alejandro Morales, sentencia dictada el 18 de noviembre de 2009.**¹¹³

En este caso se admite la casación porque se atacan las presunciones de autenticidad, licitud y provisión de fondos del título ejecutivo, porque se tratan de presunciones legales y que por lo tanto el juez debe realizar una labor intelectual para llegar a una decisión. A pesar de que el recurso es admitido, la sentencia no es casada.

- **Caso de letra de cambio seguido por Luis Mauricio Rojas en contra de Guido Colón Rojas, sentencia dictada el 12 de julio de 2010.**¹¹⁴

Aquí al igual que en el caso anterior se admite el recurso porque a pesar de ser un juicio ejecutivo, el fallo no se limita a ejecutar una obligación preexistente sino por el contrario se decide sobre un derecho material de la obligación que puede afectar a la cosa juzgada sustancial. También se analizan

¹¹² Ley de Mercado de Valores de Ecuador, Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de febrero de 2006

¹¹³ ECUADOR, Registro Oficial 319, año III, *Sentencia 601-2009*, Quito, 2012, p.2

¹¹⁴ ECUADOR, Registro Oficial 430, año IV, *Sentencia 413-2010*, Quito, 2013, pp.26-30

las naturalezas de los procesos de conocimiento y los de ejecución, además se deja en claro que los jueces que tramitan este proceso porque lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley de Mercado de Valores generan cosa juzgada sustancial que pone fin al litigio, por lo que la casación tiene lugar ya que cumplen con los requisitos del artículo 2 de la Ley de Casación.

Pero si bien en los casos que trataban de temas similares a los mencionados ya, debido a que topaban el artículo 233 de la Ley de Mercado de Valores podían ser admitidos para ser casados; sin embargo al inicio de esta investigación se detallaron los documentos que son considerados como títulos ejecutivos conforme la legislación ecuatoriana, por lo que hay que diferenciar que hay títulos ejecutivos que por su naturaleza no requieren de una declaración judicial para su exigibilidad como lo son el cheque, el pagaré y la letra de cambio a contrario de otros que si necesitan de la declaración judicial para que pueden tener dicha calidad, entre ellos se encuentran la copias y compulsas de escrituras públicas, los testamentos, entre otros. Este análisis ha sido objeto de varias resoluciones judiciales, las cuales serán explicadas en el acápite posterior. Además este análisis va a permitir explicar porque para juicios derivados de unos documentos se permite y para otros no.

4.3.1. Naturaleza jurídica de los títulos cambiarios y sus diferencias con los títulos ejecutivos

Los títulos cambiarios o títulos valor son considerados aquellos documentos transmisibles e indispensables para ejercer un derecho literal y autónomo contenido en ellos.

Sus principales características son:¹¹⁵

¹¹⁵ UNIVERSIDAD FRANCISCO GAVIDIA, *Los títulos valores*, <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/332.362-O77r/332.632-O77r-CAPITULO%20II.pdf>, pp. 4-7, 4 de enero de 2014, 21:30

1. **Incorporación:** El documento contiene en él un derecho de quien lo posee, por lo que para ejercer dicho derecho se debe presentar el documento.
2. **Legitimidad:** Activa en cuanto el acreedor sólo con la exhibición del documento podrá hacer exigible la pretensión en él contenida y pasiva porque el deudor quedará libre al momento de cancelar la obligación a quien posee el documento.
3. **Literalidad:** El alcance y contenido del derecho está determinado en el documento.
4. **Autonomía:** Significa que el momento en que el título adquiere un nuevo poseedor, el derecho que surge es autónomo e independiente, es decir no va a arrastrar los vicios de su anterior poseedor.

Los títulos valor por su naturaleza no requieren de una declaración previa para que el derecho en ellos sea ejecutado, además permiten una cesión rápida de derechos de crédito y protege al acreedor cambiario. Se podría decir que los títulos valor constituyen una especie de los títulos ejecutivos, ya que dentro de este grupo se encuentran el pagaré a la orden, la letra de cambio y el cheque.¹¹⁶

Los títulos valor se distinguen de los demás títulos ejecutivos debido a que instrumentos como las copias o compulsas de escrituras públicas, los testamentos, las actas transaccionales entre otros, requieren de una declaración por parte de una autoridad pública para que puedan ser exigibles. En este tipo de títulos ejecutivos, la obligación es determinable y al momento posterior al de la declaración, la obligación se vuelve determinada.

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia ha aceptado a trámite de casación varios casos, de obligaciones ejecutivas que se encontraban en escrituras públicas teniendo el razonamiento, antes mencionado; es así que en el caso de escritura pública seguido por Nelson Murgueytio en su calidad de

¹¹⁶ UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE CARTAGENA, *Aspectos generales de los títulos valor: títulos cambiarios*, http://ocw.bib.upct.es/pluginfile.php/10877/mod_resource/content/1/LECCI%C3%93N%2015.pdf, p.3, 30 de diciembre de 2013, 19:38

Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda en contra de Doris Jijón e hijos, en dónde se acepta el recurso de casación, porque si bien las copias o compulsas de escrituras públicas son consideradas títulos ejecutivos según la Ley, a criterio de la Sala, los jueces realizan una labor intelectual en este proceso puesto que por su naturaleza se requiere de una declaración judicial para determinar la obligación y hacerla exigible y es su labor determinar si aquella declaración es correcta.¹¹⁷

Como características de los títulos ejecutivos, no cambiarios, podemos rescatar lo siguiente:

1. Requieren de una declaración judicial previa para que el derecho contenido en ellos sea determinado
2. No constituyen títulos de crédito como lo son el cheque, el pagaré y la letra de cambio
3. No son documentos de libre circulación como lo son los títulos cambiarios

A pesar de estas diferencias todos los títulos ejecutivos tienen una obligación de dar, hacer o no hacer que no fue satisfecha por el deudor; esta obligación debe ser pura, líquida, de plazo vencido, determinada y clara; razón por la cual deben cumplir estos requisitos para poder iniciar la acción ejecutiva.

Si bien se ha discutido que nuestra legislación permite al deudor proponer ciertas excepciones por lo que el proceso se desnaturaliza y se convierte en uno de conocimiento, además que si cumple con lo prescrito con el artículo 233 de la Ley de Valores, es decir autenticidad del título, licitud y provisión de fondos, temas que dan puerta abierta para que se dé el recurso de casación en este tipo de procesos. Sin mencionar que en los casos en los que se basa en títulos ejecutivos no cambiarios como lo son las escrituras públicas, también son admitidos a trámite.

¹¹⁷ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, Sentencia Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda en contra de Doris Jijón e hijos, Quito, 2008pp.1-4,.

Sin embargo a la confusión legal que existe al respecto, sólo puedo mencionar que en vez de mermar esta situación, la Corte Nacional se ha limitado a aceptar los procesos ejecutivos que tengan las características antes referidas en lugar de elaborar un criterio judicial unificado, para lo cual emite una resolución el 18 de marzo de 2013 que explica los siguientes puntos:¹¹⁸

1. Las nociones procesos de conocimiento y procesos de ejecución son meramente teóricas que no se pronuncian a los procesos que se ejercen en un Estado.
2. Ambos tipos de procesos no son aplicaciones puras por lo que ambos conceptos se complementan en la práctica, esto en base al principio dialéctico formulado por el doctrinario Couture.
3. Dependiendo de las excepciones que se presenten y del caso en particular, el juicio ejecutivo podrá volverse uno de conocimiento.

Ante esta situación, creo que sería más conveniente negar de manera definitiva y completa el recurso de casación para los juicios ejecutivos, puesto que como lo he demostrado a lo largo de esta explicación, el juicio ejecutivo por su naturaleza nació como un proceso de ejecución, con el fin de satisfacer deudas y obligaciones no satisfechas, por lo que con el fin de evitar criterios disidentes en el máximo órgano judicial opino que lo más sensato es negar el recurso extraordinario.

Además quisiera recalcar que la casación por su naturaleza es un recurso extraordinario que busca una correcta aplicación de la ley, no es apropiado que genere más confusión en cuanto a la interpretación de la Ley, por lo que se debe respetar la idea de los jueces que solicitaron la reforma del año 1997, ya que el recurso se volvió un arma de abuso para retrasar el cumplimiento de obligaciones, por lo que ante esta desnaturalización o naturaleza sui generis del juicio ejecutivo ecuatoriano es mejor cerrar una opción para evitar más malos entendidos a más de aliviar un poco el retraso en la tramitación de

¹¹⁸ ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución 068-2013*, Quito, 2013, p. 1

causas que tiene a su cargo la Corte Nacional de Justicia, cosa que se observó al momento de realizar la presente investigación.

4.4. Admisibilidad en procesos de amparo posesorio

4.4.1. La Posesión

Para entender el significado del origen de los procesos de amparo posesorio y la necesidad de incluirlos en esta investigación; primero partiré explicando acerca de la posesión, la cual da inicio a este tema.

El Código Civil ecuatoriano la define como:

La tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre.

*El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.*¹¹⁹

De esta lectura se concluye que la legislación ecuatoriana la observa como una propiedad aparente.

Para el doctrinario Planiol “*la posesión es un estado de hecho que consiste en tener una cosa de manera exclusiva y ejecutar sobre los mismos actos de uso y goce de propietarios*”.¹²⁰

Como ha quedado claro la posesión es un hecho, puesto que se compone de la mera tenencia de la cosa más el ánimo de señor y dueño. Es importante recalcar que al ser definida como una relación de hecho, es la principal razón que suscita el debate para calificar al amparo posesorio como un verdadero proceso de conocimiento. Nuestra legislación le suma al corpus o cosa material, el elemento psicológico que es el animus, es decir el ánimo de señor y

¹¹⁹Artículo 715 del Código Civil Ecuatoriano, Codificación año 2005, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

¹²⁰ Cfr. CARDONA BARRAGAN, María Alejandra, et. al, *La posesión*, <http://laposesionavirtualcivilbienes.blogspot.com/2012/11/la-posesion.html>, p.1, 31 de octubre de 2013, 21:20.

dueño, el cual más de ser un contacto físico con la cosa significa un poder de dominación.

Andrés Bello siguió la corriente del doctrinario Pothier quien afirma que la posesión es un hecho pero que de aquel hecho surgen derechos respecto de la cosa poseída.¹²¹

El Código Civil ecuatoriano distingue entre dos tipos de posesiones, difiriendo entre ellas sólo la cantidad del tiempo y son:

*Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.*¹²²

“Posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 717”,¹²³ es decir, lo mencionado antes.

La posesión y el transcurso de un tiempo determinado premia al poseedor para que éste pueda adquirir por prescripción el dominio del bien o cosa que posee, lo que origina una forma constitutiva de adquisición de dominio; sin embargo, así como el propietario tiene la acción reivindicatoria para recuperar y proteger su derecho de dominio, la ley otorga al poseedor de buena fe a el amparo posesorio para que pueda proteger la posesión de terceros que quieran arrebatarla.

La posesión tiene su origen en los interdictos del Derecho Romano que predicaban que se debe asegurar una posesión sin perturbaciones, los interdictos eran conocidos como el “*uti-possidetis*”, aplicado a los bienes

¹²¹ Cfr. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *La posesión*, http://jurisconsulta.bligoo.ec/media/users/18/936195/.../LA_POSESION.doc; p. 2, 2 de diciembre de 2013, 10:56.

¹²² Artículo 717 del Código Civil Ecuatoriano, Codificación año 2005, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

¹²³ Artículo 736 del Código Civil Ecuatoriano, Codificación año 2005, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

inmuebles, y el interdicto “*utrubi*” a los muebles. Su fundamento es el equilibrio de la paz social que debe existir en la sociedad y se equipara a las acciones posesorias como inmuebles, esta teoría es adoptada por nuestro Código Civil.¹²⁴

En los procesos en los que se discute la posesión de buena fe se habla de un hecho que debe ser dilucidado por el juez para conceder o no la acción, lo cual será discutido en párrafos siguientes para determinar si las acciones posesorias pueden ser objeto de la Casación.

4.4.2. Acciones posesorias

El fundamento de la protección posesoria descansa en dos corrientes, la absoluta y la relativa. La primera determina que sólo el simple hecho de detentar el objeto y la voluntad de hacerlo hará que se produzca una armonía de aquella situación con la Ley y que por eso es necesaria la protección de aquel derecho sin ninguna condición; en cambio la teoría relativa menciona que el estado de hecho que surge de la posesión será indispensable que sea protegido si existe una situación de violencia que evite que el poseedor pueda tener la cosa.¹²⁵

Pero es importante para determinar si los procesos de acciones posesorias son procesos de conocimiento susceptibles de ser casados conforme la ley ecuatoriana, para lo cual me referiré a dos corrientes que explican los elementos que conforman una relación jurídica, la corriente romana y la moderna, que dicen:

- **Teoría Romana:** La cual dice que las relaciones jurídicas sólo pueden presentarse entre personas más no respecto de las cosas.

¹²⁴ Cfr. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, op. cit. p. 15

¹²⁵ Cfr. ECUADOR, Corte Nacionalde Justicia, op. cit. p. 6

- **Teoría Moderna:** Que explica que las relaciones jurídicas no sólo se dan entre sujetos del derecho sino también con cosas, ya que tanto las cosas como los sujetos forman parte de todo un entorno.¹²⁶

Entendiéndose que la posesión en la primera teoría es un hecho que genera derechos y en la segunda si una verdadera relación jurídica.

La autora Lorena Cascante, que trata el tema en uno de sus artículos jurídicos, señala que debido a que la sociedad ha evolucionado y con ella el Derecho es lo más apropiado utilizar la teoría moderna para visualizar y tratar a la posesión como una relación jurídica y darle independencia respecto del derecho de propiedad no situarla en la mitad de la mera tenencia y la propiedad; incluso ella cita al connotado autor colombiano Arturo Valencia Zea quien acorde a esta corriente se atreve a hablar incluso de fenómenos jurídicos.¹²⁷

Valencia Zea indica que:

Nadie hoy discute que la posesión es una auténtica relación jurídica en cuanto se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico (...) toda posesión se encuentra protegida con la acción directa y las acciones posesorias; lo cual indica que los demás se encuentran obligados a respetar las relaciones materiales que alguien establece con una cosa (...)

Este autor ante esta afirmación también indica que la posesión es un **derecho real provisional**, debido a que es un poder de hecho ejercido referente a una cosa y es protegido por acciones procesales, además puede ser transmitido a terceros, como lo son los herederos del poseedor; uno de los detractores de esta teoría es Carnelutti, ya que para él lo único que existe en relación a la posesión es un derecho procesal o una acción ejecutiva para que

¹²⁶ Cfr. CASCANTE LORENA, *¿Son procesos de conocimiento los juicios posesorios?*, http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/Son_procesos_de_conocimiento_los_juicios_posesorios.pdf, p. 3, 31 de octubre de 2013, 20:56

¹²⁷ Id.

ésta no sea interrumpida.¹²⁸ Lorena Cascante finaliza afirmando que autores ecuatorianos como Larrea Holguín y Peñaherrera dicen que las acciones posesorias son acciones reales y ella concluye que sea que se tome la doctrina moderna o la romana para estudiar a la posesión, hay un derecho en discusión que amerita que el juez realice una labor intelectual para tomar una decisión por lo que las acciones posesorias son procesos de conocimiento y pueden ser casados.¹²⁹

Las acciones posesorias al igual que los procesos mencionados en los literales anteriores por su naturaleza compleja no tienen disposiciones concretas en la Ley ecuatoriana que determine si son o no verdaderos procesos de conocimiento, sin embargo creo pertinente analizar las situaciones más importantes reguladas en el Código Civil y su código adjetivo para determinar si son procesos de conocimiento.

El Código Civil se ocupa del tema en dos de sus títulos, en donde las define como *“Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos”*,¹³⁰ se distinguen las acciones posesorias comunes como lo son la recuperatoria y la conservatoria, que como sus nombres lo indican hacen que se restituya la posesión o se la conserve más el pago de una indemnización por los daños ocurridos, de las acciones especiales que son la de obra nueva y de la obra vieja, que en cambio tratan de construcciones nuevas o antiguas que se encuentran perturbando a predios vecinos.¹³¹ Como se aclaró antes estas acciones se dirigen para bienes inmuebles, ya que si no pueden ser adquiridas por prescripción no pueden ser objeto de aquellas.

La Ley dispone que se requiere de una posesión tranquila e interrumpida de un año para poder solicitarlas, de igual manera establece una prescripción para ser ejercitadas, que van:

¹²⁸ Id.

¹²⁹ Ibid. p. 6

¹³⁰ Artículo 960 del Código Civil Ecuatoriano, Codificación año 2005, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

¹³¹ Cfr. CARDONA BARRAGAN, María Alejandra, et. al, op. cit. p. 3

Artículo 964.- Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella.

Las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.

Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad.¹³²

(...)

Artículo 992.- Las acciones concedidas en este Título, para la indemnización del daño padecido, prescriben al cabo de un año completo.

Las dirigidas a precaver el daño no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo.

Si las dirigidas contra una obra nueva no se propusieren dentro del año, los denunciados o querellados serán amparados en el juicio posesorio, y el denunciante o querellante podrá solamente perseguir su derecho por la vía ordinaria.

Pero ni aun esta acción tendrá lugar cuando, según las reglas dadas para la servidumbre, haya prescrito el derecho.¹³³

Los derechos reales como lo son el usufructo, el uso y la habitación también son protegidos en este capítulo respecto de terceros e incluso del dueño del bien.

En los juicios posesorios se aceptan como pruebas los títulos de dominio, los derechos inscritos y cuando se trata de la posesión del suelo, actos positivos realizados por el poseedor como lo son el mantenimiento del terreno, entre otros.

El Código de Procedimiento Civil indica que en las acciones posesorias especiales se requiere de informes de peritos y de inspecciones judiciales para determinar la existencia, aunque cita las excepciones que pueden alegarse en los procesos recuperatorios y conservatorios, que son:

- haber tenido la posesión de la cosa en el año inmediato anterior;
- haberla obtenido de un modo judicial;

¹³² Código Civil Ecuatoriano, Codificación año 2005, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

¹³³ Código Civil Ecuatoriano, Codificación año 2005, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

- haber precedido otro despojo causado por el mismo actor, antes de un año contado hacia atrás desde que se propuso la demanda;
- haber prescrito la acción posesoria, y ser falso el atentado contra la posesión.¹³⁴

En los casos de despojo violento se admite también a cuatro testigos por cada parte para poder probar el hecho.

Al tanto, la Corte Nacional de Justicia con el fin de resolver los criterios discordantes sobre la naturaleza jurídica de la posesión y su repercusión en el recurso de Casación, el 21 de abril de 2010 emite una resolución que se constituye en precedente jurisprudencial obligatorio, que explica:¹³⁵

- La posesión es un hecho que genera derechos para el poseedor, el cual debe ser protegido por la Ley.
- Los juicios posesorios son procesos de conocimiento debido a que es la labor del juez determinar si existe o no la posesión y a partir de aquello dilucidar los efectos jurídicos que se producen
- La decisión que emite el tribunal posee características similares a las declaraciones que se presentan en los procesos de conocimiento
- Aquella decisión es final, definitiva y goza de cosa material evitando que se pueda volver a presentar un litigio sobre aquel tema

Razón por la cual se aceptaron estos casos:

- **Caso Flor María Vargas seguido en contra de Graciela del Carmen Chamba, sentencia dictada el 14 de julio de 2011.**¹³⁶

En esta situación en la correcta aplicación de la resolución antes mencionada, el recurso de casación es admitido, puesto que es considerado

¹³⁴ Artículo 689 Código Procedimiento Civil de Ecuador , Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005

¹³⁵ Cfr. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *La posesión es un hecho que genera derechos, los juicios posesorios son procesos de conocimiento*, Quito, 2010, pp.2-3

¹³⁶ ECUADOR, Registro Oficial 404, año IV, *Sentencia 474-2011*, 2013, pp.38-39

un proceso de conocimiento porque se generan derechos en base a un hecho, aunque la sentencia no es casada, el recurso fue admitido.

- **Caso Eduardo Quichimbo seguido en contra de Santos Inocente Jimbo, sentencia dictada el 21 de julio de 2011.**¹³⁷

Aquí de igual forma que en el caso anterior la admisibilidad del recurso no es discutida en cuanto a si el proceso de amparo posesorio es proceso de conocimiento o no ya que hay un precedente jurisprudencial anterior que determina que si puede ser admitido en Casación, por lo que si bien la sentencia asimismo no es casada porque las causales fueron invocadas de manera incorrecta.

- **Caso José Valarezo seguido en contra de Fernando Valarezo, resolución de admisibilidad dictada el 29 de marzo de 2012.**

De manera similar a los casos anteriores, el recurso se lo considera pertinente y oportuno al cumplir con lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley de Casación, conforme lo ordena la resolución dictada por la Corte Nacional en el año 2010. Es decir en estos casos para los jueces de la Corte Nacional de Justicia, la posesión a pesar de ser un hecho genera derechos y el raciocinio que debe realizar el juzgador es similar a la tarea que se hace en un proceso de conocimiento.

Sin embargo a pesar de que se emitió esta resolución de cumplimiento obligatorio para la admisibilidad de procesos posesorios para el recurso de Casación, en los años posteriores, se produjo una situación contraria y un poco confusa respecto a lo que los jueces de la Corte Nacional de Justicia entendían por posesión, ya que el 17 de octubre de 2012 mediante la resolución 12-2012 deciden dejar sin efecto la resolución del 21 de abril de 2010, puesto que los nuevos jueces consideran que la posesión si es un proceso de conocimiento, pero no produce una cosa juzgada material ya que se pueden discutir otros

¹³⁷ECUADOR, Registro Oficial 405, año IV, *Sentencia 511-2011*, 2013, pp.38-40

derechos como lo son la propiedad en juicio ordinario, por lo que no aplica ser admitida para ser casada.¹³⁸ En aplicación de lo dicho anteriormente se han presentado casos como el siguiente:

- **Caso Elías Cumbicus en contra de María Ruíz Briceño, resolución de inadmisibilidad dictada el 13 de marzo de 2013.**¹³⁹

Obedeciendo lo dispuesto por la resolución 12-2012 de octubre de 2012, no se discute de si los juicios posesorios son procesos de conocimiento o no, ya que se los acepta como tal sino que se deja en claro que al tratarse de un derecho real provisional o precario que no produce una cosa juzgada material que evite que se discuten de temas relacionados a la posesión, lo cual no ocurre ya que a criterio de la Sala, la propiedad puede ser discutida en un juicio ordinario, por lo que no es aplicable el artículo 2 de la Ley de Casación, al no poner fin a un proceso de conocimiento por lo que inadmite el recurso.

Como es evidente, en pocos años al igual que en la acción de nulidad de laudo arbitral, no ha existido un criterio uniforme conforme a la naturaleza procesal del amparo posesorio; si bien se deja claro que es un proceso de conocimiento, cuando el recurso es admitido se sostiene que genera cosa juzgada sustancial pero cuando se resuelve que el recurso de Casación no es susceptible para los procesos posesorios se afirma que no produce cosa juzgada material puesto que la propiedad puede ser discutida en vía ordinaria, con lo que no se pone fin al proceso.

Uno de los temas que se discute en este proceso es la naturaleza de la posesión, en cuanto es considerada por nuevos juristas como un derecho real provisional, y que aquella situación debería ser suficiente para pueda ser casado.

¹³⁸ Cfr. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución 12-2012*, Quito, 2012, p.1

¹³⁹ Cfr. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución recurso 222-2012*, Quito, 2013, pp.1-3

Un derecho real es definido como todo poder de voluntad que se ejerza sobre las cosas y que mediante ciertas acciones puede ser oponible frente a todas las personas.¹⁴⁰

La posesión es un derecho real provisional debido a que debe ceder a la acción que deriva de la propiedad, a pesar de que estén conectados, tal como sucede al momento en el que se confronta con lo que lo dispone el artículo del Código Civil ya que se debe discutir si el poseedor puede ser dueño o no.¹⁴¹

Si la posesión se la equipara con la hipoteca o la prenda que son definidos como derechos reales accesorios que sirven como garantía y que siguen la suerte de lo principal o de la cosa a la que garantizan;¹⁴² dará como resultado que al momento de discutir la posesión la propiedad, tema principal, sea también objeto de la discusión, por lo que desde mi punto de vista, los procesos de amparo posesorio son procesos de conocimiento susceptibles de ser casados.

Además quisiera mencionar una sentencia T-94 de 1992 de la Corte Constitucional Colombiana, que concluye referente a este tema que:¹⁴³

La posesión es el poder físico directo sobre las cosas, en virtud del cual se ejecutan sobre ellas actos materiales de goce y transformación, sea que se tenga el derecho o que no se tenga; por ella obtenemos de los bienes patrimoniales el beneficio señalado por la naturaleza o por el hombre

Desde ese momento la posesión fue considerada para la legislación colombiana, un derecho fundamental, por lo que en base a este razonamiento creo inoportuno negar un recurso ya que el Derecho y sus instituciones deben ir evolucionando conforme la sociedad, y uno de aquellos ejemplos es su admisibilidad para el recurso de Casación.

¹⁴⁰ Cfr. Diss., AVILA FAJARDO, Deivis, et. al., *¿La posesión un hecho o un derecho?*, Fundación Universidad Autónoma de Colombia, 2010, p. 27

¹⁴¹ Ibid., p. 26

¹⁴² Cfr. Diss., RUIZ JUAREZ, Gabriela, *Los árboles como garantía prendaria y la preservación del recurso forestal*, Universidad de Costa Rica, 2009, 986788, pp. 35-36

¹⁴³ En CARDONA BARRAGAN, María Alejandra, et. al, op. cit. p. 7

4.5. Admisibilidad respecto de providencias dictadas en la vía de ejecución de sentencias dictadas dentro de procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no discutidos en el juicio, no decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

En el primer capítulo de esta investigación se dejó explicado qué consistía la vía de ejecución, sus efectos jurídicos, así como las contradicciones en las que había incurrido el legislador al momento de expedir el Código Orgánico de la Función Judicial y determinar en casos especiales, qué juez era el designado por la Ley para ejecutar la sentencia, los cuales versaban acerca de las sentencias extranjeras, la nulidad de laudos arbitrales, entre otros.

Pero es mi afán dentro de esta investigación determinar si es que existen casos que encajen en este acápite y sobre todo dilucidar la manera más adecuada en la que se podría interpretar y aplicar este inciso.

Primero me remitiré al artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual ordena que la ejecución de sentencias está a cargo de los jueces de primera instancia, incluso en los casos en los que la Corte Nacional de Justicia y las Cortes Provinciales los conozcan en primera instancia, el proceso se remitirá al juez de primera instancia competente en el lugar de domicilio del demandado para que este lo ejecute.¹⁴⁴ Con esta afirmación queda claro que sólo son los jueces de primera instancia los únicos de ejecutar los fallos, sea cual sea el órgano judicial el que dicta el fallo.

Al respecto el doctrinario Luis Cueva menciona que el inciso segundo del artículo 2 de la Ley de Casación es plenamente válido, pero indica que se

¹⁴⁴Cfr. Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544, publicado el 9 de marzo de 2009

deben distinguir cuatro situaciones importantes para que aquellas providencias puedan ser casadas:¹⁴⁵

1. Deben ser providencias dictadas en procesos de conocimiento para ejecutar las sentencias
2. Se resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el juicio , es decir cuando el juez introduce puntos importantes para el proceso pero que no fue interés de las partes alegarlos durante el juicio, el juez se vuelve parte y trae a colación puntos sobre los cuales la litis no fue trabada.
3. Se resuelven puntos no decididos en el fallo, es decir aquí se cambia la naturaleza del fallo, mas no la controversia como en el caso anterior.
4. Finalmente esta la providencia que contradiga lo ejecutoriado, es decir se viola de manera clara la esencia de la sentencia, se podría asimilar como que el juez ha dictado nuevamente una sentencia. Lo que trata la ley es proteger la originalidad de la sentencia.

Para Santiago Andrade el eje de la casación es la existencia de la cosa juzgada, ya que entre lo ejecutoriado y lo ejecutado, que son conceptos totalmente diferentes, deben existir una relación, pero si se presenta un desajuste, producido por las situaciones antes mencionadas, se podría dar lugar a la aplicación del inciso segundo del artículo 2 de la Ley de Casación.¹⁴⁶ En conclusión cuando se ejecuta la sentencia se pierde parte de lo que legalmente le toca a una de las partes o se ejecuta en menos o en más, se puede pedir la casación en base a los requisitos que la misma ley prescribe.¹⁴⁷

En un inicio la ley de Casación previó que las resoluciones de única instancia dictadas por los jueces de primera instancia puedan ser casadas, pero al ver que se convertía en un mecanismo dilatorio de la aplicación de

¹⁴⁵ CUEVA CARRIÓN, Luis, *La Casación en materia civil*, Ediciones Cueva Carrión, Quito, Segunda edición ampliada y actualización, 2011, pp.202-207

¹⁴⁶ ANDRADE, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade Asociados Fondo Editorial, Quito, primera edición, 2005, pp.101-103

¹⁴⁷ CUEVA CARRIÓN, Luis, op.cit. p. 202

fallos se lo eliminó completamente, sin embargo no se llegó a esclarecer en qué casos se aplicaba el segundo inciso del artículo 2.¹⁴⁸

Ante esta confusión se han presentado dos situaciones. La primera posible situación es que al ser el juez de primera instancia el que ejecuta como lo determina el artículo 142 COFJ, y ser él quien dicta la providencia que se pueda interponer casación directamente de la providencia dictada en la fase de ejecución. La segunda posibilidad es que como el inciso primero del artículo 2 de la Ley de Casación especifica que el recurso de casación se interpone respecto de resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales y los Tribunales de lo Fiscal y lo Contencioso Administrativo, se debe primero apelar de la providencia de ejecución para de ahí continuar con el trámite de la Casación, pero hay que recalcar que la apelación se encuentra prohibida para la fase de ejecución.

Al respecto citó el siguiente artículo del Código de Procedimiento Civil, respecto de los juicios ejecutivos, pero cuya aplicación se ha hecho extensiva a la fase de ejecución de sentencias dictadas en todo tipo de procesos:

*Art. 436.- En este juicio puede el ejecutante interponer los recursos que concede este Código para los ordinarios; pero el ejecutado sólo puede apelar de la sentencia, y en los demás casos, no podrá interponer ni aún el recurso de hecho.*¹⁴⁹

Aquí se puede evidenciar que para el ejecutante se le abre toda la posibilidad de recursos que se prevé para los juicios ordinarios, es decir que en principio podría apelar de la providencia de ejecución, de manera previa a casar. Sin embargo, para el ejecutado la apelación no sería posible, con lo cual podría tener dificultades para interponer el recurso de casación. Con lo que se concluye que existe un trato no igualitario para el ejecutante y el ejecutado, ya que el último debería no podría casar porque no puede apelar; siendo más coherente con el sistema y el derecho a la igualdad la casación de manera directa respecto de la providencia de ejecución.

¹⁴⁸ ANDRADE, Santiago, op.cit. pp.68-69

¹⁴⁹ Código Procedimiento Civil de Ecuador, Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005

El fundamento de todo recurso es que un órgano superior revise la actuación del juez inferior puesto que se han violado derechos, esto es lo que se conoce como el principio de doble instancia. La casación además de tener un fin subjetivo, tiene uno objetivo que es la aplicación uniforme de la ley, he ahí la producción de los precedentes jurisprudenciales obligatorios. Al análisis del COFJ y de lo expuesto por los doctrinarios Santiago Andrade y Luis Cueva, las providencias dictadas por los jueces de primera instancia en procesos de conocimiento en fase de ejecución si pueden ser casadas directamente, con lo que se confirma la primera situación declarada en el párrafo anterior, puesto que se está aplicando el COFJ y el inciso segundo de la Ley de Casación.

En cuanto a la segunda opción, en la que primero se debería apelar para luego de eso plantear la Casación, no es viable primero porque la apelación se encuentra prohibida para la fase de ejecución y además porque la doble instancia no necesariamente implica que sea la apelación, el recurso sine qua non para que la decisión judicial sea revisada; puesto que ya hemos confirmado con los casos de nulidad de laudo arbitral que a pesar de única instancia se les abre la posibilidad de que un órgano judicial superior revise el fallo, siendo este recurso la Casación.

4.6. Admisibilidad en procesos expropiatorios

4.6.1. La expropiación

La expropiación es definida por el doctrinario Francisco Gómez de Mercado como:

*Cualquier forma de intervención administrativa que implique la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, acordada imperativamente, en virtud de una causa de utilidad pública o interés social, y que conlleva la correspondiente indemnización.*¹⁵⁰

¹⁵⁰ UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MÉXICO, *La expropiación en México*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2762/4.pdf>, p. 14, 17 de diciembre de 2013, 20:56.

En cambio para el jurista Gabino Fraga es:

*Un medio por el cual el Estado impone a un particular la cesión de su propiedad cuando existe una causa de utilidad pública, mediante ciertos requisitos de los cuales el principal es la compensación que al particular se le otorga por la privación de esa propiedad.*¹⁵¹

La figura de la expropiación es la típica aplicación del Derecho Público, en el cual se relacionan los particulares y el Estado, este último ejerciendo su *imperium* respecto de los otros, la expropiación forma a su vez parte de la subrama del Derecho Público, por lo que todas las legislaciones en varios de sus cuerpos normativos contemplan aquella situación, puesto que cualquier institución pública está facultada para realizar dicha labor en favor del bien común.

Sus antecedentes se refieren a las disposiciones contenidas en el Código Teodosiano, el cual hablaba acerca de la venta de terrenos de la Iglesia cuando el interés público lo requeriría a cambio de un pago conforme lo disponía a su criterio el Emperador, sin embargo otras posiciones afirman que es erróneo hablar de expropiación durante esta época ya que el Emperador era el dueño absoluto de todos los bienes. Situándonos en las Partidas del Derecho Español, se habla claramente de una regulación, respecto al tema, puesto que el Rey podía tomar tierras privadas, previo al pago de una cantidad de dinero. Incluso el Rey Carlos V indica la necesidad de una apreciación pericial para el pago. Finalmente la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, incluye que la propiedad es un derecho inviolable, por lo que de ahí surge una protección ante aquel derecho.¹⁵²

Situándonos en el campo jurídico ecuatoriano, la expropiación siempre ha generado varias discusiones respecto a la facultad que tienen las entidades públicas de privar el derecho de la propiedad de los particulares en

¹⁵¹ En GUERRA PALACIOS, Diego Xavier, *El proceso expropiatorio en el derecho municipal ecuatoriano*, Trama, Quito-Ecuador, primera edición, 1995, p. 28

¹⁵² *Ibíd.* pp. 18-19

cumplimiento de la utilidad pública y el derecho de los particulares, muchas de aquellas disputas en cuanto al precio del inmueble devienen en juicios que incluso han llegado a casación, he ahí la razón por la cual decidí incluirlos en esta investigación, con el fin de especificar si se tratan o no de procesos de conocimiento. También es necesario dilucidar esta situación porque la expropiación concilia los intereses públicos y privados, esta institución ha evolucionado junto con el concepto de la propiedad.

La Constitución ecuatoriana reconoce esta facultad a la administración en su artículo 323, el cual reza:

*Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.*¹⁵³

Razón por la cual todas las instituciones públicas están investidas de la facultad expropiatoria, las instituciones que más realizan esta tarea son los municipios, ya que por razón de ampliación de proyectos viales y arquitectónicos recurren a esta figura, para lo cual se amparan el Código Orgánico de Organización Territorial, que dice:

Art. 446.- *Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, propiciar programas de urbanización y de vivienda de interés social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, por razones de utilidad pública o interés social, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y el pago de conformidad con la ley. Se prohíbe todo tipo de confiscación.*

*En el caso que la expropiación tenga por objeto programas de urbanización y vivienda de interés social, el precio de venta de los terrenos comprenderá únicamente el valor de las expropiaciones y de las obras básicas de mejoramiento realizadas. El gobierno autónomo descentralizado establecerá las condiciones y forma de pago.*¹⁵⁴

¹⁵³ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 publicado el 20 de octubre de 2008

¹⁵⁴ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Registro Oficial Suplemento 303 publicado el 19 de octubre de 2010

Sin embargo, este cuerpo normativo en sus artículos siguientes especifica que si el expropiado y la entidad expropiante no llegasen a un acuerdo por vía administrativa del justo precio del bien inmueble, se podrá plantear un juicio expropiatorio conforme lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, recalcando que la finalidad de aquel proceso es llegar a un acuerdo sobre el precio y para ser objeto de esta investigación, si esto es o no un proceso de conocimiento.¹⁵⁵ Es importante señalar que este proceso no admite incidente alguno y que todo se resuelve en sentencia.

En conclusión, si los sujetos de la expropiación no llegasen a un acuerdo sobre el precio del bien a expropiar se planteará una demanda ante el Juez de lo Civil del lugar en el cual se ubique el inmueble. En este proceso se estudiaban los siguientes documentos:¹⁵⁶

1.- Copia de la orden impartida al respectivo funcionario, para demandar la expropiación, o el original de la misma orden;

2.- Certificado del respectivo registrador de la propiedad, para que pueda conocerse quién es el dueño y los gravámenes que pesen sobre el predio de cuya expropiación se trata. De no existir inscripción de la propiedad, el registrador certificará esta circunstancia, y el juicio se seguirá con la intervención del actual poseedor;

3.- Valor del fundo a que se refiera, en todo o en parte, la demanda de expropiación, el que se fijará con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiados al tiempo de iniciarse el expediente de ocupación, sin tener en cuenta la plusvalía que resulte como consecuencia directa del proyecto que motive la expropiación y sus futuras ampliaciones.

Si el fundo no constare en el catastro, el Procurador General del Estado o los personeros de las instituciones del sector público, pedirán a la oficina correspondiente que practique el avalúo para que pueda acompañarse a la demanda; y,

4.- Plano correspondiente a la parte del inmueble de cuya expropiación se trata.

Además se requiere de los informes de planificación de ordenamiento territorial y el certificado de asignación presupuestaria para proceder a la expropiación, conforme lo indicado por el Código Orgánico de Ordenamiento

¹⁵⁵ Artículo 782 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador , Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005

¹⁵⁶ Artículo 786 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador , Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005

Territorial.¹⁵⁷ Estos documentos creo convenientes mencionarlos, puesto que en base a ellos la Corte Nacional de Justicia aceptaba el recurso de casación, pero debido a las últimas reformas legales este criterio podría cambiar a futuro, aquellas reformas serán tratadas de manera posterior en este acápite, para lo cual iniciaré con el análisis de los casos tratados de manera anterior a la reforma.

Además quiero dejar indicando que una vez que la demanda era aceptada a trámite, el juez designaba a un perito para establecer el avalúo del bien y a su vez el valor a pagar por indemnización, una vez que se entregue el informe pericial conforme lo dicta el artículo 791 del Código de Procedimiento Civil, el juez tendrá ocho días para dictar sentencia, este punto fue afectado con las reformas que mencionare adelante y con ello afectando el criterio de admisibilidad de la casación.

Sin embargo citaré casos puntuales que fueron tratados antes de esta importante reforma realizada, los cuales son:

- **Caso Municipio del Distrito Metropolitano de Quito en contra de José David Paltán Camacho y otros, resolución de admisibilidad dictada el 7 de enero de 2010 y sentencia dictada el 3 de mayo de 2010.**¹⁵⁸

En este caso, es la administración pública la que deduce el recurso de casación, puesto que el conflicto sobre el cual versa es acerca los metros del inmueble que iba a ser expropiado.

Aquí la Sala de la Corte Nacional de Justicia al momento de admitir el recurso, acerca de los procesos de conocimiento y los de ejecución, si bien explica la naturaleza de cada uno de ellos, aclara que los juicios expropiatorios

¹⁵⁷ Artículo 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Registro Oficial Suplemento 303 publicado el 19 de octubre de 2010

¹⁵⁸ ECUADOR, Registro Oficial 416, año IV, *Sentencia 252-2010*, 2013, pp.22-25

dan como resultado varios tipos de fallos y que lo que debe predominar es fijar un precio y los reclamos que hubiesen de personas terceras.

Pero los jueces son enfáticos respecto a ciertas situaciones que harán que el juzgador realice una labor intelectual durante el proceso para determinar un derecho, las cuales son la fijación de linderos, los derechos colaterales en el caso de que hubiese un arrendador o un arrendatario, los gravámenes que pudiesen existir sobre el inmueble, en caso de tratarse de una expropiación urgente, una expropiación parcial en cuanto a la extensión y al precio y si es que el antiguo propietario puede volver a recuperar la propiedad por medio de la readquisición.

Debido a las situaciones que se nombran en el párrafo anterior para la Sala no sólo el precio está en discusión sino derechos de propietarios y terceros por lo que el juicio expropiatorio es un proceso de conocimiento al cual le cabe perfectamente la casación.

Ya que la causa fue aceptada para ser tramitada en casación, en la sentencia los jueces proceden a analizar el error *in procedendo* que ha incurrido el tribunal inferior al no tomar en cuenta el informe pericial levantado durante el proceso y modificar el área a expropiarse y con ello a criterio de la Municipalidad provocarle una indefensión. Este error *in procedendo* primero da de baja el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública y luego no sólo, se menciona, da como resultado una sentencia *ultra petita*, ya que al modificar el área a expropiarse aumenta el valor de la indemnización, con lo que el juicio expropiatorio toma un tinte en el cual se discute un derecho, por lo que se torna en un proceso de conocimiento, el cual puede ser casado.

Luego del análisis de varias normas, el tribunal llega a la conclusión de que si bien los informes periciales y los demás documentos que se presentan durante la tramitación del juicio sirven para llegar a una justa valoración del inmueble, es la sana crítica la que debe decidir este valor, por lo que la demanda no es casada.

- **Caso Municipio del Distrito Metropolitano de Quito en contra del Fideicomiso Mercantil Caminos del Inca, resolución de admisibilidad dictada el 23 de septiembre de 2010 y sentencia dictada el 8 de febrero de 2011.**¹⁵⁹

Este caso es de naturaleza similar al anterior, de igual manera un error mecanográfico en uno de los informes respecto al lindero sur del inmueble, conforme lo alega la Municipalidad altera el valor a pagarse por indemnización; este error es advertido a la Corte Provincial pero este no es corregido. El área que se determinó a expropiarse en el acto administrativo era aproximadamente de 27 mil metros cuadrados y la Sala en cambio determinó una de 45 mil metros cuadrados.

Se analiza el hecho de que el precio y el área a expropiarse tienen relación directa, ya que si el área aumenta, lo hará también la indemnización a percibir por el expropiado, por lo que a criterio de la Corte Nacional de Justicia hay derechos en conflicto por lo que se admite la sentencia, se realiza un análisis similar al anterior pero a diferencia de aquel, se reconoce que existió una sentencia *ultrapetita* y casa esta causa.

4.6.2. Últimas reformas legales

Sin embargo aunque la tramitación de las causas en la Corte Nacional de Justicia demora varios meses para que se obtenga un pronunciamiento, la Función Legislativa de manera pronta e inesperada realiza reformas legales que a mi manera de ver alteran a otros sectores del aparataje estatal, como sucede a la última reforma realizada a la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública en la materia de expropiaciones:¹⁶⁰

Art. 58.- Procedimiento.- *Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las*

¹⁵⁹ECUADOR, Registro Oficial 34, año IV, *Sentencia 100-2011*, 2013, pp.22-25

¹⁶⁰ Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 395, de 4 de agosto de 2008, última reforma de 14 de octubre de 2013.

necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la Ley.

Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el lapso máximo de noventa (90) días; sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble.

Para este acuerdo, el precio se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad en que se encuentren dichos bienes, que considerará los precios comerciales actualizados de la zona.

El precio que se convenga no podrá exceder del diez (10%) por ciento sobre dicho avalúo.

Se podrá impugnar el precio más no el acto administrativo, en vía administrativa.

El acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio, se formalizarán en la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

En el supuesto de que no sea posible un acuerdo directo se procederá al juicio de expropiación conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil. El juez en su resolución está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, sin perjuicio de que el propietario inicie las acciones que le franquea la Ley respecto de un eventual daño emergente.

Para la transferencia de inmuebles adquiridos por declaratoria de utilidad pública, los dueños deberán tener cancelados todos los impuestos correspondientes a dicha propiedad, excepto el pago de la plusvalía y los que correspondan a la transferencia de dominio, que no se generarán en este tipo de adquisiciones. Si los tributos se mantuvieran impagos, del precio de venta, se los deducirá.

La adquisición de bienes inmuebles en el extranjero por parte del Estado o entidades del sector público ecuatoriano se someterá al Reglamento Especial que para el efecto se dicte.

En el caso de las municipalidades el procedimiento expropiatorio se regulará por las disposiciones de su propia Ley.

Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público, siempre y cuando llegaren a un acuerdo sobre aquella, no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos. En caso de que no haya acuerdo la entidad pública que expropia procederá conforme esta Ley. Para su trámite se estará a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley.,

Como se puede observar en esta nueva reforma ya no es necesario el informe pericial para que el juez pueda pronunciarse acerca del justo precio del inmueble, ya que debe tomar como único referente al avalúo establecido por la

Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio, puesto que el precio no puede sobrepasar del 10% de dicho avalúo; es evidente que al imponer esta manera de proceder en el juicio expropiatorio se borra completamente la esencia del mismo, el cual es el encontrar un justo precio acorde para ambas partes. Quedando no sólo en un hilo la parte referente al precio sino también al área del inmueble que vaya a ser objeto del acto administrativo, puesto que hemos visto que en los casos anteriores que el informe pericial ha sido el que ha dado paso a que se recurra en Casación.

Si bien como se analiza en una de las resoluciones de admisibilidad antes mencionadas, la indemnización que se da en una expropiación no busca como fin ni que la entidad expropiante se enriquezca y que el expropiado quede en indefensión o viceversa, se busca beneficiar a la sociedad por medio de la consecución de una obra pública,¹⁶¹ por lo que retirar la necesidad de un informe pericial para que el juez de instancia se ayude en la toma de una decisión quita la naturaleza del juicio expropiatorio en sí, sin embargo a mi manera de ver es verdad se retira una de las variantes que debe analizar el juzgador no retira las demás que hacen que el juicio expropiatorio sea un proceso de conocimiento como lo son los gravámenes que puedan existir, la situación de una readquisición o si existen arrendatarios y arrendadores involucrados.

Concluyendo que este proceso si es de conocimiento aunque su esencia se haya mermado debido a la reforma del artículo 58 de la Ley de Contratación Pública, es mejor una reforma al Código de Procedimiento Civil al objeto del juicio expropiatorio, puesto que el proceso no sólo implica la discusión del precio sino derechos colaterales que se encuentran en disputa.

¹⁶¹ ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución 889-2009*, Quito, 2010, p.7

4.6.3. Resolución de la Corte Nacional de Justicia emitida el 11 de junio de 2014.¹⁶²

A pesar de la conclusión obtenida en literal anterior, la Corte Nacional de Justicia emite una nueva resolución al respecto, en la que indica que en aplicación de las normas constitucionales y la finalidad de la Casación, que es una aplicación uniforme de la Ley, por medio del establecimiento de los precedentes jurisprudenciales; declara que los procesos expropiatorios no son objeto de recurso de casación, al no cumplir con los preceptos indicados por el artículo 2 de la Ley de Casación.

A criterio de la Corte Nacional de Justicia, los procesos expropiatorios no son procesos de conocimiento, ya que sólo producen cosa juzgada formal y no sustancial, concluyendo que se puede discutir de este hecho en otros juicios. Además conforme reza el Código de Procedimiento Civil, el único objeto de este juicio es llegar a un justo precio que debe ser pagado por la entidad expropiante. Se menciona que la expropiación se excluye porque es un juicio de trámite sumario, siendo que la casación se reserva únicamente para los juicios ordinarios y verbal sumario.

Se llega a esta conclusión puesto que la Corte Nacional de Justicia analiza tres casos de expropiación, dos de cuáles serán presentados en el siguiente acápite, a más de otros casos que tienen las mismas características.

- **Caso Municipio de Quito en contra de Marcos Escobar Escobar, sentencia dictada el 12 de diciembre de 2012¹⁶³**

En este caso luego de analizar la competencia del tribunal y la naturaleza procesal del recurso en sí; se analiza la procedencia del recurso en este tipo de casos y se especifica que la casación está ceñida únicamente para los procesos de conocimiento, cualidad que según el tribunal carecen los juicios expropiatorios.

¹⁶²ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución 04-2014*, Quito, 2014, pp.1-3

¹⁶³ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Juicio 202-2011*, Quito, 2012, pp.1-5

Se detalla que el fin de la reforma realizada en el año de 1995 por el Arq. Sixto Durán Ballén era limitar el recurso a aquellos procesos sobre los cuales no existía la posibilidad de volver a ser discutidos, fundamento que fue citado en las resoluciones que fueron mencionadas anteriormente.

También se declara que los procesos de conocimiento se constituyen de la actividad racional e intelectual del juzgador que se hace en base a los hechos y pruebas aportadas durante el juicio, labor que no ocurre en este tipo de procesos porque sólo se determina el justo precio a pagar, no es discusión ni el derecho de dominio ni la legalidad del acto administrativo que da como origen la declaratoria de utilidad pública, por lo que se niega la casación ya que no procede en los juicios expropiatorios.

- **Caso Municipio de Guayaquil en contra de Sociedad Predios Rústicos “La Candelaria”, sentencia dictada el 18 de julio de 2013.¹⁶⁴**

Este recurso es presentado por el Municipio de Guayaquil, alegando que existe una falta de aplicación del artículo 115 CPC y que eso ha devenido en una errónea aplicación de los artículos 790 y 1009 del mismo cuerpo legal. También se menciona la falta de motivación en el fallo.

La Sala analiza la procedencia del recurso por lo que determina que sólo son objeto de la casación, las sentencias y providencias que pongan fin a procesos de conocimiento, las cuales resuelven puntos de derecho sobre los cuales no hay posibilidad procesal de volver a ser discutidos, recalando que esto sólo ocurre en nuestro sistema procesal en los juicios ordinarios y verbal sumario, con lo que no entraría el juicio sumario de expropiación. También se menciona que en los juicios expropiatorios sólo se discute el justo precio, siendo el objeto sustancial de la *litis*.

¹⁶⁴ECUADOR, Registro Oficial 34, año IV, *Sentencia 100-2011*, Quito, 2013, pp.22-25

Se deja en claro que no se discute la legalidad del acto administrativo ni el derecho de propiedad y que situaciones como validez de la sentencia, los linderos y derechos reales de terceros son objetos de otros procesos, razón por la cual la sentencia no es casada.

- **Caso Municipio de Quito en contra de Sociedad de Plásticos Dalmau Cía. Ltda., sentencia dictada el 8 de enero de 2013¹⁶⁵**

Al igual que en el caso anterior, es el Municipio de Quito quien interpone el recurso respecto de la justa valoración a pagar por la expropiación.

Aquí se hace un análisis general de la procedencia del recurso de Casación, indicando la diferenciación entre los diferentes tipos de procesos, también se menciona al doctrinario Lino Enrique Palacio, quien dice que los juicios ordinarios son procesos de conocimiento.

Concordando con lo mencionado anteriormente, la Sala cita el fundamento del veto parcial dictado por el presidente Sixto Durán-Ballén, el 13 de marzo de 1995 a la Ley Reformatoria a la Ley de Casación, indicando que el recurso debe aplicarse a casos que resuelvan puntos de derecho que no puedan volver a ser discutidos en otros procesos y que sólo ocurre en nuestro sistema procesal en los juicios ordinarios y verbal sumario, por lo que se excluye al juicio sumario de la expropiación.

También se expone que la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho a la propiedad en todas sus formas pero con función y responsabilidad social y ambiental y que la expropiación se encuentra constitucionalmente reconocida, en contraprestación al pago de un justo precio al expropiado, concordando con el Código de Procedimiento Civil que enfatiza que el objeto de este proceso es la determinación de una justa valoración del bien expropiado y que conforme lo dice la constitución, en la expropiación no existe ningún derecho en disputa.

¹⁶⁵ ECUADOR, *Corte Nacional de Justicia, Juicio 801-2011*, Quito, 2012, pp.1-7

Se analiza a la cosa juzgada y sus elementos, puntualizando que la cosa juzgada obtiene su plena eficacia, cuando se extinguen todas las posibilidades procesales de una nueva discusión por parte de alguna autoridad y que su ejecución sea forzada a pedido del ejecutante, siendo la cosa juzgada, el eje transversal de la casación, se habla de la inimpugnabilidad, inmutabilidad y la coercibilidad.

Se especifica que los límites de la cosa juzgada son necesarios para distinguir los casos en los que el fallo pone fin al litigio pero que se pudiese proponer uno nuevo referente al mismo tema, en el caso de que las circunstancias cambiasen, por lo que ahí la cosa juzgada pierde su calidad de sustancial y se convierte en formal y a criterio de los jueces, esto ocurre de manera muy marcada en los juicios expropiatorios, ya que se pueden presentar situaciones que muten la *litis* como son la readquisición del inmueble, los derechos reales de terceros, entre otros, haciendo que la cosa juzgada pueda modificarse. También se indica que aunque los recursos se hayan agotado, la eficacia de la cosa juzgada es transitoria por lo que no se acoplan a lo determinado por el artículo 2 de la Ley de Casación.

Para cerrar el argumento la Sala dice que se debe mejorar la administración de la justicia y que una de las formas de agilizarla, en especial en la tramitación de la casación, es limitar la competencia de la Corte en este tema, puesto se trata de un caso de poca monta que es incompatible con el fin de la casación; en base a esto y a lo expuesto anteriormente la sentencia no es casada.

Como se observó, la Corte Nacional en base al análisis de nuevas posturas decide cerrar la posibilidad de casar a las sentencias y providencias que provengan de un juicio expropiatorio, a pesar de tener criterios válidos no comparto esta posición; puesto que aún sigo considerando que este proceso es uno de conocimiento.

Si bien no se discute el derecho a la propiedad, ya que con el fin de ejecutar proyectos para el bien de la sociedad, el Estado puede limitar este derecho en contraprestación de un valor por el bien expropiado, y que las situaciones que según los casos inmediatos anteriores pueden ser tratados en distintos juicios como lo son los linderos, derechos reales de terceros, etc. para mí solo pueden ser tratadas únicamente dentro de este proceso, obligando a que el juez realice una labor intelectual.

También quiero recalcar que un juicio expropiatorio si produce cosa juzgada sustancial, ya que el Estado como *imperium* realiza la expropiación, el objeto del juicio no es solamente llegar a un acuerdo sino tratar todas las cuestiones que engloban en sí a la expropiación, siendo realistas es muy difícil que tanto hacer para que la justa valoración del bien sea fijada, el expropiado tenga ánimos de iniciar un proceso nuevamente versando sobre los mismos puntos de derecho. Todo eso sin contar que en los casos en los que se basan los jueces y conjuces de la Corte para dictar la resolución negativa se menciona dos veces que el objeto del juicio expropiatorio es fijar un justo precio, concepto que ha quedado un poco distorsionado ante la última reforma de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, la cual dicta que el precio convenido no puede exceder del 10% del avalúo municipal y que en caso de llegar a un litigio, el juez debe remitirse únicamente al avalúo para tomar su decisión, demostrando a mi punto de vista una decisión un tanto alejada de la realidad actual y sobre todo contradictoria en el campo legal.

No quiero dejar de lado la confusión que se tiene en cuanto a proceso y procedimiento, ya que se repite varias veces que en "*nuestro sistema procesal son procesos de conocimiento, los juicios ordinarios y verbal sumario*",¹⁶⁶ alimentando el error grave que existe entre los profesionales del Derecho en nuestro país, porque no se realiza un análisis exhaustivo de las propiedades de cada tipo de proceso ante la falta de una norma precisa en este sentido.

¹⁶⁶SUPRA. p. 100

Finalmente, quiero plantear la interrogante sobre la importancia del principio de economía procesal frente a la disposición de tratar las situaciones de linderos, gravámenes, arrendatarios, etc., en otros juicios; ¿no se debería tratar de propender a la reunión del mayor número de actos procesales en un juicio?, en lugar de cerrar la casación para los procesos expropiatorios alegando que así se evitará mayor congestión dentro del máximo órgano de justicia. Esto sin mencionar la contradicción que se podría presentar si el proyecto de código orgánico general de los procesos es aprobado, ya que se clasifica dentro de los procesos de conocimiento al proceso sumario y con ello al juicio de expropiación, dejándolo nuevamente apto para ser casado.

CAPITULO V- POSIBLES SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS

5.1. Reforma a la Ley de Casación

La ley por su naturaleza es de contenido general, pero son los jueces, quienes deben determinar su alcance y aplicarla en cada caso particular, puesto de que eso trata su labor.

Sin embargo, debido a la idiosincrasia de la sociedad jurídica ecuatoriana hemos visto que la existencia de una norma abierta ha creado un sinnúmero de problemas en cuanto a su interpretación. Si bien el proyecto de Código Orgánico General de Procesos en uno de sus libros trata de determinar cuáles son los procesos de conocimiento y cuáles los de ejecución, esto aún no es suficiente, porque como lo dije antes todavía se asume que el procedimiento y el proceso son la misma cosa.¹⁶⁷

La Casación es un recurso extraordinario por excelencia, su fin es una correcta aplicación de la norma en los fallos, razón por la cual no se revisan los hechos sino el derecho; debido a esto creo que la Casación como recurso sólo debería aplicarse para determinados casos, como ocurre con las legislaciones colombiana y española,¹⁶⁸ pero para esto se necesita de una resolución firme por parte de la Corte Nacional.

Como solución a esta investigación planteo que la Corte Nacional, por medio del Pleno como órgano máximo emita una resolución obligatoria en la que se detalle qué tipo de procesos no constituyen procesos de conocimiento, esto amparado en el numeral seis del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial que reza lo siguiente:

Art. 180.- *Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde:*

¹⁶⁷ Supra. p. 50-53

¹⁶⁸ Id.

(...)

*6. Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial;*¹⁶⁹

Como consecuencia de la emisión de dicha resolución se excluirán procesos que no cumplan ese estándar, excepto los casos determinados en el inciso segundo del artículo dos de la Ley de Casación.

Siendo así que los procesos que no consten en dicha lista o resolución sean por exclusión considerados procesos de conocimiento, puesto que por una o varias características que poseen, el juzgador requiere realizar una labor intelectual para dilucidar la situación de un derecho.

Dentro de este grupo de procesos respecto de los cuáles debería haber casación, se deberían encontrar los procesos analizados en esta investigación, ya que como se ha demostrado antes por su naturaleza, los procesos de amparo posesorio, de nulidad de laudo arbitral y en las resoluciones en vía de ejecución cumplen con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 2 de la Ley de Casación. En cuanto a los procesos expropiatorios si el nuevo código se llegase a aprobar se le abre nuevamente la posibilidad de ser casado, ya que se especifica que los procesos sumarios son procesos de conocimiento.

Ayudando de esta forma, a cumplir con el verdadero objetivo de la Casación, el cual es la correcta aplicación de la norma sustantiva a fin de crear estabilidad jurídica y eliminar el vacío legal que producen las resoluciones de admisibilidad discordantes dictadas por la Sala en el lapso de estos años.

¹⁶⁹ Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador, Registro Oficial Suplemento 544, publicado el 9 de marzo de 2009

CONCLUSIONES

1. En la legislación ecuatoriana existe una marcada confusión entre conceptos como proceso, procedimiento, vía judicial y la más grave podría decirse es entre proceso de conocimiento y proceso de ejecución.
2. Los medios de impugnación han existido desde que el poder se dividió en tres ramas (ejecutiva, judicial y legislativa), son mecanismos que sirven para el efectivo cumplimiento de los derechos de los ciudadanos.
3. El recurso de la Casación es de naturaleza extraordinaria, razón por la cual requiere de una adecuada regulación en cuanto a su procedimiento; sus características de admisibilidad lo distinguen de los otros recursos como lo son la apelación, aclaración, ampliación, entre otros, en los que se necesita del cumplimiento de requisitos mínimos.
4. En legislaciones extranjeras como lo son la colombiana y la española, obedeciendo a la naturaleza de la Casación, la admisibilidad y procedimiento se encuentra perfectamente regulado.
5. La acción de nulidad de laudo arbitral es un proceso de conocimiento susceptible de ser casado, ya que las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación constituyen presupuestos procesales, que necesitan de la labor intelectual del juez para determinar su cumplimiento o no.
6. El juicio ejecutivo en la legislación ecuatoriana, ha sido desnaturalizado, es decir ha pasado de ser un proceso de ejecución a uno de conocimiento, lo que ha devengado en criterios disidentes de admisibilidad en cuanto a la Casación. Razón por la cual se debe negar la admisibilidad a este tipo de procesos, obedeciendo el espíritu de la reforma del año 1997.
7. El juicio de amparo posesorio no sólo implica el análisis de la posesión como tal sino derechos de terceros, como lo es la propiedad, por lo que también es un proceso de conocimiento en la legislación ecuatoriana.
8. En los procesos expropiatorios, a pesar de que las últimas reformas eliminan el informe pericial como instrumento para llegar a una decisión judicial acerca del justo precio y de la última resolución de la CNJ,

existen otras situaciones que implican derechos tanto del expropiado como de terceros que no eliminan las características de un proceso de conocimiento. No concordando con lo decidido por los jueces de la CNJ, ya que para ellos este proceso su cosa juzgada adquiere eficacia “meramente transitoria”.

9. El análisis de admisibilidad que se realiza en los casos expuestos en esta investigación es genérico, puesto que sólo se centra en un tema y no se estudian otras temáticas que también concurren, que no deben ser desmerecidas ya que dan pie a que los procesos sean aceptados a Casación y que por el contrario se tenga como resultado criterios disidentes que se apartan del fin de la Casación, que es una correcta aplicación de la norma.

10. La reforma al artículo dos de la Ley de Casación no subsanaría de nada la inestabilidad jurídica que producen los criterios de admisibilidad discordantes, ya que la Ley es general y es el juez el encargado de aplicar la norma en cada uno de los casos en particular.

11. De igual manera la incorporación del detalle de los procesos en el nuevo código tampoco soluciona el problema más bien debería especificar la definición y características de cada proceso para menguar un poco la confusión que existe en la cultura jurídica ecuatoriana.

12. El nuevo Código incorpora a los juicios sumarios como procesos de conocimiento y detalla dentro de estos a los juicios expropiatorios, por lo que como se dijo en el último capítulo de esta investigación, de llegarse a aprobar este cuerpo legal, la resolución del mes de julio que no casa a los juicios expropiatorios queda sin efecto.

RECOMENDACIONES

1. Los profesionales judiciales (abogados, jueces, etc.) debemos aprender a separar los conceptos proceso y procedimiento, así como dejar de asociar el tipo de proceso con la vía judicial, porque de lo contrario se limita el alcance de otras normas, como sucede con la Ley de Casación.

2. Se debería incluir una reforma legal que defina a los procesos de conocimiento y procesos de ejecución. La reforma que incorpora el nuevo Código de Procesos no es suficiente, ya que no explica las características de cada uno.

3. Los criterios de formación, cumplimiento y sobretodo reforma de los precedentes jurisprudenciales deben ser más estrictos para evitar lo que ha venido ocurriendo desde hace pocos años, en los que tienen una duración de poco tiempo y con ello se genera una inestabilidad ante la aplicación de la norma.

4. Deben existir sanciones severas para los jueces que omitan el cumplimiento de los precedentes jurisprudenciales o la norma misma.

5. Los procesos ejecutivos al tener una naturaleza especial, que a mi modo de ver se sitúa más como un proceso de ejecución debería ser eliminado como susceptible de ser casado.

6. Se debe observar y más que todo aplicar lo implementado en otras legislaciones, ya que la Casación busca la correcta aplicación de la norma y un control de aquella aplicación, se aleja totalmente el momento en el que genera confusión legal.

7. La única forma de crear una solución ante los criterios de admisibilidad discordantes, es que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia como órgano máximo, dicte una resolución en la que detalle qué tipo de procesos no son de conocimiento, excluyendo a los que sí son, generando de una disposición parecida a la que rige para el juicio ordinario.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, et al., *La Casación, Estudios sobre la Ley N°27*, Corporación Editora Nacional, Quito-Ecuador, primera edición, 1994
2. ANDRADE, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade Asociados Fondo Editorial, Quito, primera edición, 2005
3. ARAGONESES, Pedro, et. al, *Derecho Procesal Civil, Tomo I, Introducción y parte general*, Thomson Civitas, Navarra-España, Séptima edición, 2005
4. CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Derecho Procesal Civil, Volumen I*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires-Argentina, primera edición, 1959
5. CUEVA CARRIÓN, Luis, *La Casación en materia civil*, Ediciones Cueva Carrión, Quito, Segunda edición ampliada y actualización, 2011
6. CUENCA, Humberto, *Derecho Procesal Civil, tomo I*, Ediciones de la Universidad Central de Venezuela, Caracas-Venezuela, 2000
7. ECHANDÍA, Hernando Devis, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires-Argentina, Tercera edición revisada y corregida, 2004
8. GUERRA PALACIOS, Diego Xavier, *El proceso expropiatorio en el derecho municipal ecuatoriano*, Trama, Quito-Ecuador, primera edición, 1995
9. LÓPEZ, William, *El juicio ejecutivo, Estudio doctrinal y procesal con jurisprudencia*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador, primera edición, 2007
10. MORÁN SARMIENTO, Rubén Elías, *Derecho Procesal Civil Práctico, Principios Fundamentales del Derecho Procesal, tomo I*, Edilex, S.A Quito-Ecuador, 2009
11. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Thomson Reuters, Navarra-España, décima edición 2010

11. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *Derecho Procesal Civil, Volumen I*, Editorial Tecnos, Madrid-España, 1973
12. REDFERN, Alan, *Redfern and Hunter on International Arbitration, quinta edición*, Oxford University Press, Nueva York-Estados Unidos, primera edición, 2009
13. TOLOSA, Luis, *Teoría y Técnica de la Casación, Segunda Edición* Editorial Doctrina y Ley, Bogotá-Colombia, primera edición, 2005
14. VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá-Colombia, Segunda Edición Actualizada, 1999

ARTICULOS

1. ALEJANDRO, Ponce Martínez, *Notas sobre algunas de las reformas a la Función Judicial desde 1992 hasta el 8 de diciembre de 2004*, Revista Ruptura, Quito, enero 2009

PÁGINAS WEB

1. ALMAGRO NOSETE, José, *Situación de la Casación Civil en España*, <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/mr1alm.pdf>, 4 de marzo de 2014, 15:24
2. ANDRADE UBIDIA, SANTIAGO, *La Casación en el Código Civil Ecuatoriano*, <http://inesguerrero.wordpress.com/2012/09/08/la-casacion-en-el-codigo-civil-ecuadoriano/>, 29 de septiembre de 2013, 18:23.
3. CARDONA BARRAGAN, María Alejandra, et. al, *La posesión*, <http://laposesionulavirtualcivilbienes.blogspot.com/2012/11/la-posesion.html>, ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *La posesión*, http://jurisconsulta.bligoo.ec/media/users/18/936195/.../LA_POSESION.doc, p. 2, 2 de diciembre de 2013 31 de octubre de 2013, 21:20.
4. Carrión Lugo, Jorge, Universidad Mayor Nacional San Marcos , *El recurso de Casación*, http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/ius/n1_2001/5.pdf, 15 de septiembre de 2013, 16:10

5. CASCANTE LORENA, *¿Son procesos de conocimiento los juicios posesorios?*,
http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/Son_procesos_de_conocimiento_los_juicios_posesorios.pdf, 31 de octubre de 2013, 20:56
6. FRANCISKOVIC INGUNZA, Beatriz Angélica, *La Sentencia Arbitraria por falta de motivación en los hechos y en el derecho*”,
http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/LA_SENTENCIA_ARBITRARIA_POR_FALTA_DE_MOTIVACION_EN_LOS_HECHOS_Y_EL_DERECHO.pdf, 24 de septiembre de 2013, 17:29
7. LÓPEZ RODRIGUEZ, Carlos, *Naturaleza del juicio ejecutivo cambiario*,
<http://www.derechocomercial.edu.uy/TVClase12.htm>, pp. 2-3, 27 de octubre de 2013, 21:02
 MACHICADO, Jorge, *Clasificación de los Procesos Civiles*,
http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/cppc_9639.html, 20 de julio de 2013, 15:20
8. Ministerio Público de Paraguay, *El recurso extraordinario de casación*,
http://www.ministeriopublico.gov.py/sitios/centro/publicaciones/pdf/casacion/cap_2.pdf, 15 de septiembre de 2013, 15:59.
9. Ministerio de Justicia y del Derecho de la República de Colombia, *“Arbitraje”*,
http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=42,27 de octubre de 2013, 21:46
10. NOBOA BAQUERIZO, Gonzalo, *El juicio ejecutivo es proceso de conocimiento*,
http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/homenajes/EdmundoDuranDiaz/Hom_El_Juicio_Ejecutivo_Es_Un_Proceso.pdf, 23 de septiembre de 2013
11. Pontificia Universidad Católica del Perú, *Los Recursos Procesales*,
blog.pucp.edu.pe/action.php?action=plugin&name...type.., 17 de julio de 2013, 18:30.†
12. ROMERO RAMÍREZ, Carmen, *Recurso de Casación en juicios ejecutivos*,
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derec>

- hoconstitucional/2012/05/23/recurso-de-casacion-en-los-juicios-ejecutivos-, 13 de octubre de 2013, 14:52.
13. Suprema Corte Nacional de Justicia de México, *Clasificación de los Recursos* (I), <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal//sites/default/files/Lecturas/Clasificaci%C3%B3n%20de%20los%20recursos%20I.pdf>, 18 de agosto de 2013, 21:09
 14. UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MÉXICO, *La expropiación en México*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2762/4.pdf>, 17 de diciembre de 2013
 15. Universidad de las Américas de Puebla. México, *Medios de impugnación*, http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lfis/mesta_m_r/capitulo3.pdf, 3 de septiembre de 2013, 18:50
 16. UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, *Derecho Procesal Civil*, <http://es.scribd.com/doc/992884/Derecho-Procesal-Civil-completo>, 3 de julio de 2013, 14:50
 17. UNIVERSIDAD FRANCISCO GAVIDIA, *Los títulos valores*, <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/332.362-O77r/332.632-O77r-CAPITULO%20II.pdf>, 4 de enero de 2014, 21:30
 18. UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE CARTAGENA, *Aspectos generales de los títulos valor: títulos cambiarios*, http://ocw.bib.upct.es/pluginfile.php/10877/mod_resource/content/1/LEC%20CI%20C3%93N%2015.pdf, 30 de diciembre de 2013, 19:38
 19. VEGA CEDILLO, Fabricio, *Procesos de ejecución*, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4750:procesos-de-ejecucion&catid=49:procedimiento-civil&Itemid=420, 3 de septiembre de 2013, 21:38.

RESOLUCIONES

1. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, Sentencia Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda en contra de Doris Jijón e hijos, Quito, 2008

2. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *La posesión es un hecho que genera derechos, los juicios posesorios son procesos de conocimiento*, Quito, 2010
3. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Sentencia caso Asociación Ecuatoriana de Turismo en contra del Ministerio de Turismo*, Quito, 2010
4. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución 889-2009*, Quito, 2010
5. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución 12-2012*, Quito, 2012
6. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Juicio 202-2011*, Quito, 2012
7. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Juicio 801-2011*, Quito, 2012
8. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución recurso 222-2012*, Quito, 2013
9. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución 207-2013*, Quito, 2013
10. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución Corporación Nacional de Telecomunicaciones vs. Luis Ricardo Ruilova, resolución dictada por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil*, Quito, 2013
11. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución 068-2013*, Quito, 2013
12. ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, *Resolución 04-2014*, Quito, 2014
13. ECUADOR, Registro Oficial 319, año III, *Sentencia 601-2009*, Quito, 2012
14. ECUADOR, Registro Oficial 430, año IV, *Sentencia 413-2010*, Quito, 2013
15. ECUADOR, Registro Oficial 416, año IV, *Sentencia 252-2010*, 2013
16. ECUADOR, Registro Oficial 34, año IV, *Sentencia 100-2011*, 2013
17. ECUADOR, Registro Oficial 404, año IV, *Sentencia 474-2011*, 2013
18. ECUADOR, Registro Oficial 405, año IV, *Sentencia 511-2011*, 2013
19. ECUADOR, Registro Oficial 34, año IV, *Sentencia 100-2011*, Quito, 2013

ENTREVISTAS

1. Serrano Armando, Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, entrevista, *La acción de nulidad de laudo arbitral y el recurso de Casación*, Quito, 29 de enero de 2014

DISERTACIONES

1. Diss., AVILA FAJARDO, Deivis, et. al., *¿La posesión un hecho o un derecho?*, Fundación Universidad Autónoma de Colombia, 2010
2. Diss. CHIRIBOGA ARTETA, Verónica, *La problemática de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales*, Universidad San Francisco de Quito, 2012, KHK 2817 C45 P76 2012,
3. Diss. LÓPEZ VALENCIA, Andrés Alfonso, *La desnaturalización del proceso de ejecución en el juicio ejecutivo nacional*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2010, T/D345.9866/L881d
4. Diss., RUIZ JUAREZ, Gabriela, *Los árboles como garantía prendaria y la preservación del recurso forestal*, Universidad de Costa Rica, 2009, 986788

APUNTES DE CLASE

1. TEORÍA DE LOS RECURSOS, *Apuntes de clase*, Dr. Edgar Ulloa, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Primer Semestre 2012-01

LEYES

1. Código Civil Ecuatoriano, Codificación año 2005, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005
2. Código de Procedimiento Civil de Colombia, Decretos 1400 y 2019 del 6 de agosto y 26 de octubre de 1970
3. Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544, publicado el 9 de marzo de 2009

4. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Registro Oficial Suplemento 303 publicado el 19 de octubre de 2010
5. Código Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005
6. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 publicado el 20 de octubre de 2008
7. Ley de Casación Ecuador, Registro Oficial Suplemento 299 de 24 de marzo de 2004
8. Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador, Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006
9. Ley de Mercado de Valores de Ecuador, Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de febrero de 2006
10. Ley Orgánica de la Función Judicial, Decreto Supremo 891, Registro Oficial 636 11 de septiembre de 1974
11. Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 395, de 4 de agosto de 2008, última reforma de 14 de octubre de 2013.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Ximena Margarita Espinosa Montiel, C.I. 1721606554 autora del trabajo de graduación intitulado "**LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN EN PROCESOS ESPECIALES**", previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 31 de octubre de 2014



Ximena Margarita Espinosa Montiel

C.I. 1721606554


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. **172160655-4**


 APELLIDOS Y NOMBRES
**ESPINOSA MONTIEL
 XIMENA MARGARITA**

LUGAR DE NACIMIENTO
**PICHINCHA
 QUITO
 CHAUPICRUZ**

FECHA DE NACIMIENTO **1990-09-17**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **F**
 ESTADO CIVIL **Soltera**




INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** E133312222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
ESPINOSA OJEDA JORGE EDUARDO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
MONTIEL BRITO RITA XIMENA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
**QUITO
 2012-02-04**

FECHA DE EXPIRACIÓN
2022-02-04






DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL 

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
 ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

002

002 - 0279 **1721606554**
 NÚMERO DE CERTIFICADO CÉDULA
ESPINOSA MONTIEL XIMENA MARGARITA

PICHINCHA CIRCUNSCRIPCIÓN **1**
 PROVINCIA LA CONCEPCION
 QUITO **1**
 CANTÓN PARRQUIA ZONA



T.) PRESIDENTA/E DE LA JUNTA