

SENTENCIA SOBRE DISTINCIÓN ENTRE FORMALIDADES Y SOLEMNIDADES.

Resolución No.: 229-2001

Registro Oficial 379 de 30 de julio del 2001

En el juicio verbal sumario (Recurso de casación) No. 168-2000 que, por indemnización de daños y perjuicios, sigue el Ab. EDUARDO ENRIQUE BENAVIDES JOZA, PROCURADOR JUDICIAL de CARLOS JULIO CEBALLOS DELGADO y ELMA ALFONSINA BARRETO ARTEGA DE CEBALLOS, en contra de los cónyuges GALO PALACIO BARBERÁN y GRACIELA HANZE BELLO DE PALACIO y los esposos JULIO PALACIO BARBERÁN y PILAR FIERRO MALDONADO DE PALACIO, se ha dictado lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, 19 de junio del 2001; las 09h:45. **VISTOS:** El abogado Eduardo Benavídez Joza, en su calidad de procurador judicial de Julio Ceballos Delgado y de su cónyuge Elma Alfonsina Barreto Arteaga de Ceballos, interpone recurso de casación contra la sentencia dictada el 22 de mayo del 2000 por la Primera Sala de la Corte Superior de Portoviejo (fallo de mayoría), dentro del juicio verbal sumario de indemnización de daños y perjuicios propuesto por los recurrentes contra el ingeniero Galo Palacio Barberán y su cónyuge Graciela Hazle Bello de Palacio y de Julio Palacio Barberán y su cónyuge Pilar Fierro Maldonado de Palacio. Dicho recurso es concedido, por lo que el proceso sube a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia; habiéndose radicado la competencia por el sorteo de ley en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, y terminada la etapa de este proceso de casación, para resolver se considera.

PRIMERO: Se ha dado cumplimiento en este proceso a lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley de Casación.

SEGUNDO: El ámbito de competencia dentro del cual puede actuar este Tribunal de Casación está dado por el propio recurrente en la determinación concreta, completa y exacta de una o más de las causales señaladas en el artículo 3 de la Ley de la materia, siéndole vedado el entrar a conocer de oficio o rebasar el ámbito señalado en las causales citadas por el propio recurrente, en virtud del principio dispositivo señalado en el artículo 194 de la Constitución Política de la República. En esta virtud, en el caso sub judice, la Sala se limita a analizar la acusación de que en la sentencia dictada por el tribunal de última instancia se han infringido las normas contenidas en los artículos 192 de la Constitución Política de la República, 280, 843 y 1067 del Código de Procedimiento Civil, 19 de la Ley de Casación y 1588 del

Código Civil, así como los precedentes jurisprudenciales contenidos en las resoluciones publicadas en los Registros Oficiales N°. 329 de 30 de noviembre de 1999, N°. 58 de 30 de octubre de 1998, N°. 272 de 8 de septiembre de 1999 y N° 26 de 28 de febrero del 2000, y que el fallo recurrido se halla incurso en los vicios contemplados en las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación en las que se fundamenta el recurso.

TERCERO: Respecto del cargo de que la resolución impugnada se halla incurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por transgresión de lo que dispone el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, se anota: la norma legal antes indicada dice: "En la sentencia y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia, por la mera referencia a un fallo anterior." Cuando la sentencia o el auto definitivo incumple con lo preceptuado en esta norma legal, incurre en el vicio tipificado en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, es decir "cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles"; por lo tanto, de existir este vicio, no cabe atacarlo invocando la causal segunda tanto más cuanto que este vicio *in procedendo* no provocaría la anulación del fallo y el reenvío para que se sustancie nuevamente el proceso con arreglo a derecho desde el punto en que se produjo la nulidad, que es el efecto propio de la casación del fallo por la causal segunda, de conformidad con lo que dispone el inciso segundo del artículo 14 reformado de la Ley de Casación, sino que se casaría el fallo impugnado y directamente se entraría a expedir el que en su lugar correspondiere y con el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto, al tenor de lo que dispone el inciso primero del antes citado artículo 14 de la Ley de la materia.

CUARTO: Se analiza inmediatamente la acusación de que se ha transgredido lo que dispone el artículo 192 de la Constitución Política de la República, cargo que se fundamenta en que la norma suprema dispone que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, "que las omisiones o quebrantos procesales, como la posible violación de la vía procesal, son SANEABLES, porque el fin primordial de la administración de justicia es el de buscar la paz social, lo que se logra con la rapidez en la terminación de los juicios, y no en el estricto cumplimiento de reglas o trámites procesales que dejarían que los conflictos se hagan interminables, inciertos e inacabados so pretexto de cumplir con todas las formalidades que prevé la ley

procesal para la tramitación de un juicio." Este razonamiento, que aparentemente se funda en la disposición constitucional antes señalada, nos conduce necesariamente a la conclusión de que la ley procesal es innecesaria y que todas las solemnidades procesales constituyen una rémora para la realización de la justicia, que en consecuencia hay que admitir como válida toda forma de sustanciar los procesos y que lo que importa es la rapidez en la conclusión de los juicios, aún con prescindencia de las garantías constitucionales del debido proceso. Pero la norma constitucional entendida correctamente no puede conducirnos a una conclusión nihilista como la señalada. El artículo 192 de la Constitución Política debe interpretarse en su totalidad y en concordancia con los artículos 23 N°. 27 y 24 ibídem, es decir, se ha de tener en cuenta que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, que hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia, y como corolario de todo esto, que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. En efecto, hay que diferenciar entre los ritos y las solemnidades procesales. Los ritos, es decir, las formalidades no son más que simples complicaciones de las formas, que se establecen en un determinado momento atendiendo a razones puntuales de conveniencia pero que, con el paso del tiempo, pierden su razón de ser. Las solemnidades, en cambio, son requisitos de forma que establece el legislador atendiendo a razones permanentes y sustanciales, que permanecen en el tiempo inalterados. En virtud del principio de la obligatoriedad de las formas procesales, los actos procesales están regulados por la ley en cuanto a su forma, y ni las partes procesales ni el juez pueden escoger libremente el modo ni la oportunidad de lugar y de tiempo, para realizarlos. Debe recordarse que el derecho procesal es una rama del derecho público, y por lo tanto es indisponible por las partes, las que ni siquiera por acuerdo expreso podrían disponer de él, salvo en los casos en que lo permite expresamente el legislador. Devis Echandía, (Teoría General del Proceso, 2ª. edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 377) al respecto, advierte que no debe creerse que las solemnidades de los actos procesales "obedecen a simples caprichos, o que conducen a entorpecer el procedimiento en perjuicio de las partes. En realidad se trata de una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales, pues sin ellas no se podría ejercitar eficazmente el derecho de defensa." El mismo autor nos recuerda que Couture opina que una de las garantías constitucionales más importantes es la del debido proceso con sus secuelas de la garantía de defensa, de petición, de prueba y

de igualdad ante los actos procesales, y que nada de esto se conseguiría sin la previa regulación de las formas de los actos procesales, que son la única manera de hacer efectivas esas garantías. En la especie, se optó demandar por la vía verbal sumaria la reclamación de daños y perjuicios derivados de un alegado incumplimiento contractual. Más adelante se analizará si se puede o no optar por la vía procesal señalada; en esta fase del análisis importa simplemente establecer si las diversas vías procesales son simples formalidades prescindibles o si son solemnidades de necesaria observancia. La Sala estima que una de las garantías primordiales del debido proceso es la observancia de la vía pertinente, para asegurar la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en preferencia, (artículo 24 N°.17 de la Constitución Política de la República) y la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, de conformidad con lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil, se sanciona con la nulidad procesal, si es que tal violación del trámite hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa. Reiterados fallos de la Corte Suprema se han referido a este tema. Alfonso Troya Cevallos (Elementos del Derecho Procesal Civil, tomo I, Ediciones de la Universidad Católica, Quito, 1978, p. 144) dice al respecto: "Nuestro Código, al haber añadido a las causas de nulidad procesal enumeradas en el Art. 374 (355), la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, Art. 1135 (1067) CPC., reconoce que la sucesión de actos procesales de que se compone el proceso están influenciados y deben diligenciarse con sujeción a la naturaleza del asunto, que a su vez encuentra su origen en la clase de pretensión. Jurisprudencia: G.J. Serie VI, No. 1, pág. 366. Trámite significa el conjunto de diligencias que deben practicarse dentro de cada juicio y no una sola de ellas, dice la Corte Suprema, en fallo de 19 de noviembre de 1940. G.J. 6ª. No. 4, pág. 398. El trámite no depende de la voluntad del juez ni de las partes, por regla general. G.J. Serie III, No. 154, pág. 2468. La excepción constaba al tiempo del fallo en el Art. 1035 (978), que permite el acuerdo de las partes para que se resuelva en juicio verbal sumario el asunto en litigio. La misma regla de excepción encontramos ahora en el Art. 898 CPC. (843), y su redacción presupone un convenio entre las partes, anterior al proceso, que servirá de base al juez para declarar en el decreto inicial la procedencia del trámite. Parecido es el caso del Art. 76 (75) CPC., que contiene también por excepción la facultad del actor de pedir que las acciones acumuladas, que requieren necesariamente distinta sustanciación, se sustancien

todas por la vía ordinaria. En el Art. 1130 (1062) CPC., **se confiere a la Corte Suprema la facultad de aplicar el criterio judicial de equidad**, para que no queden sacrificados los intereses de la justicia por sólo la falta de las solemnidades legales. Nuestro Tribunal Supremo declaró en providencia de 27 de marzo de 1958, que los jueces y tribunales están llamados a cumplir y hacer cumplir siempre las normas de trámite fijadas por la ley; a prescindir de dichas normas no alcanzaría, ni el criterio de equidad facultado por el Art. 1131 CPC (1130 actual) G.J. Serie IX, No. 2, pág. 194. La misma Corte, en fallo de 6 de septiembre de 1965, declaró que el procedimiento a seguirse en un juicio corresponde a la naturaleza de la acción y no depende de la apreciación del actor G.J. Serie X, No. 11, pág. 3585." Esta Sala, en auto admisorio de 12 de octubre del 2000, dictado dentro del proceso de casación N° 208-2000 expresó lo siguiente sobre el alcance de la norma contenida en el artículo 192 de la Constitución Política de la República, que hoy lo ratifica: **"Cuando se trata de los requisitos de forma establecidos por el ordenamiento legal de los actos y los negocios jurídicos, no puede prescindirse de la razón de ser de los mismos, de la teleología del rito, que es la de ser un medio para la realización de la justicia; si se pretendiera exigir que se observen las formalidades externas, los ritos per se, como si fueran un fin en sí mismas y no un medio, sería, en definitiva, como instaurar un culto idolátrico en que la esencia de la divinidad se hallaría en el objeto material de la adoración. La Constitución Política de la República no reprueba el formalismo procesal, lo que condena es el que se conviertan en meras complicaciones de las formas, que impidan la realización de prácticas vacías de contenido, que se constituyan en un fin en sí mismas, que el proceso se convierta en un instrumento a su servicio al punto que la justicia pase a segundo plano"** Este razonamiento ha inspirado permanentemente a la Sala, por ello se lo expresa no solamente en el auto admisorio antes señalado, sin en muchas otras resoluciones como en la N° 230-2000 publicada en el Registro Oficial N° 109 de 29 de junio del 2000 y en el auto admisorio de 1 de diciembre de 1997, dictado dentro del juicio N° 328-97. Por lo tanto, que el juez declare la nulidad procesal por no haberse observado la vía procesal señalada en la ley para el conocimiento de una determinada controversia, de ninguna manera puede considerarse por sí mismo como una contravención del precepto contenido en la parte final del artículo 192 de la Constitución Política de la República, como lo afirma el recurrente, por lo que este cargo no procede.

QUINTO: El recurrente también acusa al fallo de última instancia de incurrir en la causal segunda de casación por haberse transgredido lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil. Se ha dicho ya que una de las garantías primordiales del debido proceso es la observancia de la vía pertinente, para asegurar la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de la persona, sin que en caso alguno quede en indefensión, (artículo 24 N°17 de la Constitución Política de la República), y que como consecuencia la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando se sanciona con la nulidad procesal, si es que tal violación del trámite hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, de conformidad con lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil. Ya lo dijo esta Sala en su sentencia N°. 550-98 de 31 de agosto de 1998 (Registro Oficial 58 de 30 de octubre del mismo año): "En un proceso, desde su inicio y todo su desarrollo y conclusión, las actividades del juez y de las partes se hallan reguladas por un conjunto de normas preestablecidas que señalan el camino que debe seguirse, lo que pueden hacer, cómo lo deben hacer y qué no puede ni deben hacer. Nuestro ordenamiento legal ha establecido la nulidad de un acto procesal y de todos los que dependen de él cuando se han quebrantado o inobservado dichas normas, pero siempre condicionada a los principios de trascendencia y de convalidación. No hay, pues, nulidad procesal si la desviación no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio. Al respecto, Couture dice: «Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formulismo vacío sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades». Este principio de trascendencia está consagrado en ellos Arts. 358 y 1067 del Código de Procedimiento Civil, cuando disponen de manera categórica que la nulidad procesal por omisión de solemnidades sustanciales o la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, anula el proceso, y los juzgados y tribunales lo declararán de oficio o a petición de parte, siempre que dicha omisión o violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa. De otro lado, las nulidades procesales vienen a ser solo remedio de excepción cuando no se puede reparar o corregir el error. Las omisiones o quebrantos procesales son saneables porque el fin primordial de la administración de justicia es el de buscar la paz social, lo que se logra con la pronta terminación de los conflictos, no volverlos interminables y mantener el

principio de seguridad jurídica que se logra con reglas claras de juego; no mantener las cosas inciertas y los conflictos inacabados. Los mismos principios de trascendencia y convalidación se consagran en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación que dice: «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 ni hubiere sido convalidada legalmente.» Por ello, lo procedente es que el juzgador de instancia analice en cada caso específico si se observó o no el procedimiento respectivo, y en caso de haberse inobservado, si la violación del trámite hubiese influido (efecto actual) o pudiese influir (efecto potencial) en la decisión de la causa, analizando además si es que quedó o no una de las partes en estado de indefensión. Adviértase que el juzgador está en la obligación de determinar si la omisión procesal influyó en la decisión de la causa, o si era probable que influya en ella; es decir, no es suficiente la verificación de que efectivamente haya influido, sino que es necesario realizar un análisis para determinar la posibilidad de que pudiese ser distinto el resultado de la contienda si se hubieran observado las formalidades omitidas. Cuando se tiene la opción de ejercitar la acción ejecutiva para que se lleve a cumplimiento el derecho reclamado, el actor puede perfectamente renunciar a ella y optar por una acción de conocimiento, ya que sin lugar a dudas que resulta mejor servida la justicia, aunque implique un lapso de tiempo más dilatado, porque puede entrarse al análisis del fondo del asunto para que el juez "diga el derecho"; de la misma manera, si teniéndose expedido el juicio de conocimiento por la vía verbal sumaria, el actor prefiere proponer el juicio de lato conocimiento por la vía ordinaria, en que se discutirá la posición del actor y del demandado en forma exhaustiva, ello de ninguna manera implicaría un perjuicio para ninguna de las partes, no habría indefensión ni tampoco se estaría influyendo ni podría influirse en la decisión de la causa. El factor tiempo es uno de los elementos dignos de considerar, pero no es el único y ni siquiera es el fundamental; atropellar los procedimientos no hace el menor servicio a la justicia, más importante es el dar a las partes la oportunidad de exponer todos sus argumentos y practicar todas las pruebas pertinentes. El artículo 75 del Código de Procedimiento Civil así lo consideró, por ello permite la acumulación de acciones que requieran necesariamente de diversa sustanciación, siempre que las acciones acumuladas se tramiten por la vía ordinaria. En los juicios especiales, en que el legislador los ha dispuesto por consideraciones particulares, habrá de realizarse,

especie por especie, el respectivo análisis para determinar si la inobservancia del trámite respectivo puede o no producir indefensión, o ser relevante al momento de decidir la causa. **En definitiva, el que puede lo más, puede lo menos, pero no a la inversa**, o sea que quien debe encaminar su acción por la vía de lato conocimiento no puede pretender sustanciarla por una vía abreviada o de ejecución, porque aquí sí se podría estar provocando indefensión de las partes, o influiría o podría influir en la decisión de la causa. Obviamente que, si la ley en forma expresa autoriza el pacto de determinación de la vía, como ocurre en el juicio verbal sumario (artículo 843 del Código de Procedimiento Civil), la sustitución de la vía es perfectamente legítima, indiscutiblemente bajo el supuesto de que el acuerdo reúna los requisitos de ley para su validez y eficacia. Por lo tanto, la utilización de una vía no prevista por la ley, en principio produce la nulidad, salvo que aparezca evidentemente del proceso que no hubo indefensión porque las partes pudieron ejercer a plenitud su derecho de defensa, o que no influyó ni podía influir en la decisión de la causa, lo cual será analizado y declarado en cada caso específico. En la especie, el recurrente no analiza por qué la omisión de ciertas etapas procesales del juicio ordinario (posibilidad de plantear la reconvención, de recurrir de las providencias que causen gravamen irreparable en definitiva, de pedir se articule prueba en segunda instancia) no influyó ni podía influir en la decisión de la causa, así como porque ninguna de las partes quedó en indefensión, todo lo cual era indispensable para fundamentar el recurso de casación, por lo que no es admisible este cargo.

SEXTO: El recurrente además acusa al fallo de última instancia de incurrir en la causal segunda de casación por no haber observado lo resuelto en los precedentes jurisprudenciales contenidos en las resoluciones publicadas en los Registros Oficiales Nos. 329 de 30 de noviembre de 1999, 58 de 30 de octubre de 1998, 272 de 8 de septiembre de 1999 y 26 de 28 de febrero del 2000. La cita que de estos fallos hace el recurrente no abona a favor de su tesis. En efecto, el fallo N°. 959-99, dictado 19 de octubre de 1999 por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de esta Corte Suprema de Justicia (Registro Oficial 329 de 30 de noviembre del mismo año) precisa que la letra de cambio es un acto objetivo de comercio, de conformidad con lo que dispone el artículo 3 N° 8 del Código de Comercio, y que por lo tanto procede la vía verbal sumaria para el conocimiento de las causas fundadas en tal título valor, al amparo de lo que dispone el artículo 843 del Código de Procedimiento Civil. El fallo N° 550-98, dictado el 31 de agosto de 1998 por esta Sala (Registro Oficial 58 de 30 de octubre de 1998) es parte del análisis realizado en cláusula precedente, y en

él lo que se desarrolla es el principio de la trascendencia de la omisión y el de la convalidación, pero de modo alguno sirve de apoyo a la alegación del recurrente, porque él no ha acreditado que la omisión en la vía procesal ha sido intrascendente en la especie. Las sentencias de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de esta Corte Suprema de Justicia, N° 237-99 de 18 de junio de 1999 (Registro Oficial 272 de 8 de septiembre de 1999) y N° 385-99 de 8 de noviembre de 1999 (Registro Oficial 26 de 28 de febrero del 2000) igualmente confirman el principio de la trascendencia y de la convalidación que han sido analizados en líneas precedentes, pero al igual que en el fallo anterior, tampoco sirven de apoyo a la pretensión del recurrente, porque él no ha demostrado en la fundamentación de su recurso que la omisión en la vía procesal ha sido intrascendente en la especie. Los fallos de casación constituyen precedente obligatorio en aquella parte que contiene un análisis abstracto de la norma, de manera que realmente constituyan interpretación general y permanente de la misma, aplicable a todos los casos en que los hechos puedan subsumirse en el supuesto fáctico previsto en la interpretación de la norma jurídica y de las consecuencias que tal interpretación se derivan, pero no lo constituyen en el análisis específico de las situaciones fácticas presentes en cada caso.

SÉPTIMO: Respecto del cargo de que se ha transgredido lo que disponen los artículos 1588 del Código Civil y 843 del Código de Procedimiento Civil al no admitir la validez del convenio de determinación de la vía verbal sumaria, se anota: 1.- En el fallo impugnado se lee lo siguiente: Considerando segundo. "En el numeral 5to. del libelo inicial se dice: «ESTA DEMANDA SE TRAMITARÁ EN LA VÍA VERBAL SUMARIA, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN LOS ART. 843 Y SIGUIENTES DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL»; Considerando tercero.- "El Art. 843 a que hace referencia el accionante textualmente dice: «Están sujetas al trámite que esta Sección establece las demandas que, por disposición de la Ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial». "; Considerando cuarto.- "El actor entre otras cosas demanda el pago de los daños y perjuicios, esto es, daño emergente y el lucro cesante; por la indemnización compensatoria causados por las diferencias en la construcción del departamento, materia del contrato de la compraventa; pero debió

acompañar copia de la sentencia ejecutoriada donde ordena el pago de tales daños y perjuicios, tal como lo dice el artículo antes invocado”; Considerando quinto.- “La vía procedente de esta causa debió ser la ordinaria, pues se trata de un asunto declarativo por tratarse de un caso civil y no comercial, ya que en la resolución que provenga del juzgador de primer nivel se determinará la cuantía de los daños y perjuicios que se hubieren causado. La Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos expedidos, se ha pronunciado en este sentido, citando entre ellos el que consta en el juicio verbal sumario que por daños y perjuicios siguió TRANSPORTES PESADOS UMIÑA contra CROWEL AMERICAN TRANSPORT INC. ECUADOR S.A., publicado en la Gaceta Judicial No. 8 Serie XVI, página 2076 a 2079, donde se declaró la nulidad del proceso verbal sumario no solamente a costa del Juez de primer nivel sino de los señores Magistrados en esa época (sic) conformaban esta Primera Sala.” Este es el fundamento único del fallo de segunda instancia y de la lectura se advierte que en el mismo se incurre en el error de considerar que la vía procedente debió ser la ordinaria, “pues se trata de un asunto declarativo por tratarse de un caso civil y no comercial, ya que en la resolución que provenga del juzgador de primer nivel se determinará la cuantía de los daños y perjuicios que se hubieren causado”, olvidando que el juicio verbal sumario también es un proceso declarativo abreviado y que las controversias civiles relativas a la determinación de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato igualmente pueden ventilarse en juicio verbal sumario, por así disponerlo el artículo 843 del Código de Procedimiento Civil, tanto si se trata de contratos mercantiles que no cuenten con procedimiento especial o de arrendamiento de predios urbanos entre arrendador y arrendatario, como si es que así se ha convenido expresamente, obviamente en este último caso siempre y cuando el convenio sea jurídicamente válido. El tribunal ad quem estaba en el deber de analizar en la especie si el hecho aducido por la parte actora en la demanda (la existencia un convenio válidamente celebrado en el cual se ha previsto que el debate relativo a los efectos del mismo se discuta por la vía verbal sumaria) podía o no subsumirse dentro de uno de los varios supuestos contemplados en la norma invocada (artículo 843 del Código de Procedimiento Civil), operación que no la ha realizado, lo cual le ha llevado a una conclusión errónea porque ha excluido de la aplicación de esta norma los casos de convenios expresos de sometimiento a la vía verbal sumaria de las controversias por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato civil. Se hace notar, adicionalmente, que la referencia que hace el fallo impugnado al precedente que

consta del fallo dictado por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil el 20 de marzo de 1997 es impertinente porque el mismo declaró la nulidad procesal por hallarse el proceso incurso en la causal cuarta del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, ya que no se había citado al demandado José Enrique Estrada Guzmán no obstante que la acción se dirigió en su contra y por sus propios derechos; la referencia lateral que el fallo citado hace a la determinación en juicio por la vía ordinaria de los daños y perjuicios sufridos tiene a su vez como antecedente el fallo al que la citada sentencia se refiere, dictada por la Primera Sala de esta Corte Suprema de Justicia de 15 de mayo de 1974, en un caso de cuasi delito, en el cual, como es obvio, no puede existir convenio válido que permita discutir por la vía verbal sumaria si existieron o no los daños y perjuicios alegados. 2.- El Abogado Eduardo Benavidez Joza, procurador judicial de Julio Ceballos Delgado y de su cónyuge Elma Alfonsina Barreto Arteaga de Ceballos, demanda por la vía verbal sumaria la indemnización de daños y perjuicios al ingeniero Galo Palacio Barberán y su cónyuge Graciela Hazle Bello de Palacio y a Julio Palacio Barberán y su cónyuge Pilar Fierro Maldonado de Palacio y fundamenta la procedencia de la acción por la vía verbal sumaria en lo convenido en la tercera de las cláusulas generales del contrato de reservación y promesa de actos y contratos conforme al régimen de propiedad horizontal celebraron por instrumento privado el Ingeniero Galo Palacio Barberán como promitente vendedor, y el señor Carlos Julio Ceballos Delgado como promitente comprador, "a los primeros días del mes de octubre de 1995". La demanda de indemnización de daños y perjuicios se fundamenta además en la escritura pública de compraventa otorgada el 1°. de abril de 1996 ante el Notario Público Tercero del cantón Manta, por el ingeniero Galo Palacio Barberán y su cónyuge Graciela Hazle Bello de Palacio y a Julio Palacio Barberán y su cónyuge Pilar Fierro Maldonado de Palacio a favor de Julio Ceballos Delgado y de su cónyuge Elma Alfonsina Barreto Arteaga de Ceballos. El artículo 843 del Código de Procedimiento Civil autoriza a que se convenga el someter los litigios a esta vía de conocimiento abreviado, obviamente con ciertas limitaciones: se han de tratar de derechos privados y que no miren al orden público, no ha de estar señalado en la ley un trámite específico que corresponda a la naturaleza del asunto o de la causa que se está juzgando: por ejemplo, no puede convenirse en que se sustancie por la vía verbal sumaria una causa relativa a la nulidad o a la rescisión de un acto o contrato, porque el trámite correspondiente es el de lato conocimiento por la vía ordinaria atenta la naturaleza de orden público y la necesidad de que se agote el análisis para

dictar una sentencia de tanta importancia, y se parte del supuesto de que en la especie existe un contrato válidamente celebrado en el cual se haya establecido la vía verbal sumaria para el conocimiento de las controversias que se originen en la aplicación de dicho negocio jurídico o de otro que igualmente sea válido. De conformidad con lo que dispone el artículo 1588 del Código Civil, el contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y que no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, pero, aunque parezca una verdad de perogrullo, se ha de recalcar que ha de tratarse de un contrato legalmente celebrado, ya que si no reúne los requisitos de fondo o de forma establecidos por la ley, no produce este efecto vinculante. Por lo tanto, para determinar los efectos de un contrato es preciso establecer si el mismo es o no válido y eficaz. En ciertos casos, es necesario que la parte alegue y pruebe los vicios de los que adolece el negocio jurídico, porque externamente no se hacen evidentes y en general todo negocio jurídico goza de presunción de validez para dar seguridad al tráfico jurídico, pero en determinados casos, no es necesario siquiera alegar y probar los vicios cuando los mismos aparecen de manifiesto en el acto o contrato (artículo 1726 del Código Civil), es decir, son apreciables *ictus oculi*, a simple vista. El juez ante un negocio jurídico debe examinarlo, determinar la intención real de los contratantes y lo ha de calificar y en esta operación ha de determinar si el mismo reúne o no los requisitos para su existencia y validez. G. Ospina Fernández y E. Ospina Acosta en su "Teoría general del contrato y de los demás actos y negocios jurídicos", 4ª. edición, 1994, Santa Fe de Bogotá, Temis, p. 413, señalan: "Agotada la etapa interpretativa de la intención real de los agentes (...) el intérprete, especialmente si es un juez llamado a aplicar el acto de que se trata, debe entrar a determinar si reúne o no los elementos esenciales para su existencia, y, en caso afirmativo, a cuál clase o categoría pertenece. Por ejemplo, partiendo del supuesto de que el consentimiento prestado configure la compraventa de cierto bien inmueble, si no se ha observado la solemnidad prescrita para tal acto, cual es el otorgamiento de escritura pública, el juez tiene que concluir que éste no existe jurídicamente (...) En suma: la misión de un juez frente a un acto controvertido no se agota en su interpretación propiamente dicha y que es una cuestión de hecho, como quiera que consiste en averiguar cuál ha sido la real intención de los agentes, sino que va más allá, en cuanto dicho juez no solamente está autorizado, sino legalmente obligado a dar un paso más, cual es el de determinar si tal acto existe o no, vale decir, si se ha perfeccionado jurídicamente y, en caso afirmativo, cuál es su naturaleza específica,

cuestión ésta que ya no es de hecho, sino de derecho, y que puede llegar hasta la rectificación de la calificación equivocada que le hayan atribuido los agentes." En la especie, el llamado "contrato de reservación y promesa de actos y contrato conforme al régimen de propiedad horizontal", que fue uno de los fundamentos de la acción, ha sido calificado por el tribunal ad quem como contrato de promesa de venta de alcuotas o partes proporcionales en un inmueble; esta calificación es el resultado del análisis de los elementos fácticos acreditados en el proceso y su subsunción en la norma, o sea es consecuencia de la valoración de la prueba, lo cual no ha sido contradicho por la parte recurrente. En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de la materia no se debaten cuestiones fácticas, los hechos quedan fijados en la sentencia del tribunal de segunda instancia, y en el caso de que se hubieren violado las leyes para la valoración de la prueba, puede acusarse a la sentencia por la causal tercera, mas no por la primera. La causal primera es la llamada de "violación directa", porque por ella se entabla una lucha directa entre la sentencia y la ley, en que nada tiene que ver la prueba. Por esto el Tribunal de Casación al examinar los cargos del recurrente fundados en esta causal no puede entrar a considerar sobre la existencia de hechos ni menos casar la sentencia a base de elementos probatorios en forma distinta a la valoración realizada por el tribunal ad quem, por lo que de esta manera, al no haber sido impugnada por la causal tercera la valoración de la prueba realizada por el tribunal de última instancia, el recurrente considera como definitivos los hechos y las conclusiones que sobre la valoración de la prueba ha arribado el tribunal ad quem. Esto es lo que sucede, precisamente, en la especie. La argumentación del recurrente de que este contrato contiene los requisitos legales que para el efecto señala el artículo 1488 del Código Civil y que por lo tanto es válido y consecuentemente también sus efectos jurídicos no puede ser considerada porque, como se indica en líneas anteriores, al no haber atacado el fallo de instancia por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, está admitiendo la validez de la conclusión a la que ha llegado el tribunal de instancia de que se trata de un contrato de promesa de venta, cuanto porque no es correcta. En efecto, es conocido por todos que, aparte de los requisitos para la existencia y la validez de los negocios jurídicos enumerados por el indicada disposición legal, que se refiere a los elementos de fondo, existe el requisito de forma, o sea la solemnidad substancial que ha de adoptar el negocio jurídico para que sea válido y surta sus efectos, por constituir la única vía considerada en derecho como la idónea para la manifestación relevante del consentimiento negocial, y que

en el caso de los negocios traslativos de dominio de inmuebles o constitutivos de limitaciones o gravámenes sobre los mismos, al igual que de promesas de tales negocios es el otorgamiento de escritura pública, y en la especie el tribunal de última instancia lo ha calificado como promesa de venta de alcuotas o partes proporcionales en un inmueble, por lo que, para su existencia y validez requería del otorgamiento por escritura pública, de conformidad con lo prevenido en el numeral primero del artículo 1597 del Código Civil, bajo sanción de nulidad absoluta y de mirarlo por no ejecutado o celebrado, de conformidad con lo que dispone el artículo 1745 del mismo cuerpo legal, no pudiendo admitirse como prueba de la celebración del contrato sino el testimonio de la escritura pública que lo contenga, según lo dispuesto por el inciso final del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, ya que el vicio aparece de manifiesto del instrumento mismo, es evidente *ictus oculi*, a golpe de vista, por lo que el juzgador inclusive debe declararlo de oficio en cumplimiento del deber que le impone el artículo 1726 del Código Civil. Por lo mismo, si estamos frente a un contrato que se ha de mirarlo como no ejecutado o celebrado, es decir, inexistente, y nulo de nulidad absoluta al tenor de lo que dispone el artículo 1725 del Código Civil, ninguna de las estipulaciones contenidas en el mismo puede surtir efecto alguno, y por lo tanto tampoco el acuerdo de someter la litis a la vía verbal sumaria tiene validez y puede surtir efecto. En consecuencia, no podía proponerse el juicio por la vía verbal sumaria al amparo de este contrato nulo de nulidad absoluta y se lo ha de mirar como no ejecutado o celebrado. De otra parte, en el contrato de compraventa e hipoteca abierta que también sirvió de fundamento de la acción, no se convino en someter los litigios a la vía verbal sumaria. En consecuencia, no podía la parte actora pretender que se sustancie su acción por esta vía abreviada. 3.- De otra parte, inclusive en el caso de que el llamado "contrato de reservación y promesa de actos y contrato conforme al régimen de propiedad horizontal" fuera válido y por lo tanto también lo fuera la cláusula de sometimiento de la litis a la vía verbal sumaria, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública otorgada el 1º. de abril de 1996 ante el Notario Público Tercero del cantón Manta, no contiene igual pacto, por lo que las controversias que respecto de él se originaran debían sustanciarse en juicio de lato conocimiento por la vía ordinaria. Por lo tanto, se han acumulado acciones que requerían necesariamente de diversa sustanciación y, en atención a lo que dispone el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, para admitirse la demanda el actor debió pedir expresamente que se la sustancie por la vía ordinaria, lo que no ha ocurrido en la

especie. 4.- Al haberse sustanciado la litis por la vía verbal sumaria, los demandados se han visto imposibilitados de proponer reconvencción y tampoco han podido solicitar que se articule prueba en segunda instancia, situación que ha sido reclamada por los mismos y que implica que ellos no pudieron ejercitar en debida forma su derecho de defensa y se han visto en situación de indefensión. 5.- Por lo

tanto se concluye que, si bien es cierto que en la especie el fallo de última instancia efectivamente ha incurrido en falta de aplicación por errónea interpretación del artículo 843 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo la demanda no podía sustanciarse por la vía verbal sumaria, porque el convenio constante en el documento privado de promesa de venta de alcuotas en un edificio en propiedad horizontal es nulo y de ningún valor, y porque las acciones fundadas en el contrato escriturario debían sustanciarse por la vía ordinaria, aparte de que no ha acreditado el recurrente que la violación del trámite no ha influido ni ha podido influir en la resolución de la causa ni ha colocado a ninguna de las partes en indefensión, mientras que los demandados expresamente han reclamado porque no han podido ejercitar su derecho a proponer reconvencción a la parte actora ni a articular prueba en segunda instancia, todo lo cual implica que efectivamente no pudieron ejercitar en debida forma su derecho de defensa, configurándose en consecuencia la situación prevista en el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil.

Por las consideraciones que anteceden, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, casa parcialmente el auto recurrido y confirma la declaratoria de nulidad procesal a partir de la demanda y sin reposición, con fundamento en lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil, por haberse producido violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto, lo que ha podido influir en la decisión de la causa por haber colocado a la parte demandada en situación de indefensión. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase. (ff.) Doctores Galo Galarza Paz, Santiago Andrade Ubidia y Ernesto Albán Gómez.

