

**No.136-2007**

Juicio ordinario de nulidad de proceso y de sentencia No. 242-2003 seguido por Jenny Mendoza Rosado contra Carmen Enriqueta Holguín Mendoza.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, 27 de abril del 2007; a las 10h50.

**VISTOS (242-2003):** El juicio ordinario que por nulidad de proceso y de sentencia sigue Jenny Mendoza Rosado contra Carmen Enriqueta Holguín Mendoza, sube por recurso de casación interpuesto por la parte actora de la sentencia expedida por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que confirma en todas sus partes la dictada por el Juez Vigésimo de lo Civil del Guayas - Balzar, que declara sin Jugar la demanda. Habiéndose radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, encontrándose al momento la causa en estado en que debe expedirse la sentencia, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** La actora ha comparecido con su demanda en la que ha dicho en lo esencial lo siguiente: Que a consecuencia de un juicio ventilado en el Juzgado Vigésimo de lo Civil del cantón Balzar, al que pertenecía como parroquia el cantón Colimes, se dictó, con fecha 30 de junio de 1995, sentencia por la cual la señora Carmen Enriqueta Holguín Mendoza adquirió la calidad de única heredera del señor Antonio Benedo Mendoza Manzaba, a razón de gananciales y como supuesta conviviente del mencionado causante, motivo por el cual se le concedió el solar y casa de habitación ubicados en las calles Olmedo y Malecón del cantón Colimes; que para la tramitación del mencionado proceso, la demandante, señora Carmen Enriqueta Holguín Mendoza, aduciendo desconocimiento de los nombres y los domicilios, citó a los herederos presuntos y desconocidos del causante por la prensa, realizando para el efecto las respectivas publicaciones en el diario "El Expreso" de la ciudad de Guayaquil, matutino que definitivamente no tiene ninguna circulación en el cantón instancia, mediante escrito presentado con fecha 22 de febrero de 1999; a las 11h00, por el cual solicita que, al amparo de lo prescrito por el Art. 116 del Código de Procedimiento Civil, se ordene la acumulación de autos de este juicio ordinario signado con el número 10-99 tramitado ante el Juez Vigésimo de lo Civil del cantón Balzar, al proceso signado con el número 317-98 tramitado ante el Juez Décimo Quinto de lo Civil de

Daule, por tratarse de dos procesos ordinarios seguidos por la misma causa, además de que niega los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta en su contra. Tramitada la causa, el señor Juez Vigésimo de lo Civil del Guayas - Balzar dicta sentencia desechando la demanda por improcedente y contraria a derecho. La accionante deduce recurso de apelación para ante la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, cumplido el trámite de la instancia, la Tercera Sala dicta sentencia confirmando en todas sus partes la sentencia subida en apelación. **SEGUNDO.-** La parte actora ha interpuesto recurso de casación y en su escrito ha dicho en lo esencial lo siguiente: Que las normas de derecho que estima infringidas en la sentencia recurrida son los Arts. 29, 303 numeral 3, 353 y 355 numeral 4o del Código de Procedimiento Civil; 618 y 1753 del Código Civil, Art. 1 de la ley que regula las uniones de hecho, 23 número 23 de la Constitución Política de la República del Ecuador. Que la causal en la que fundamenta su recurso de casación es la primera del Art. 3 de la ley de la materia. Que los fundamentos en los que apoya su recurso son: a) Que en el fallo impugnado el Tribunal de instancia afirma que no existe la falta de citación a la que se refiere la actora en su demanda, ya que consta haberse realizado en el diario "El Expreso", por lo que la citación a los herederos presuntos y desconocidos surtió el efecto de ley y que, en cuanto a la ilegitimidad de personería a que ha hecho referencia, afirma que no se ha probado que la demandada no fue conviviente de Antonio Benedo Mendoza Manzaba, argumentaciones que, según ha dicho, las considera fuera de toda lógica, puesto que es falso que se haya demostrado fehacientemente la unión de hecho y la sociedad de bienes; b) Que a pesar de haberse demostrado la existencia de los herederos del causante Antonio Benedo Mendoza Manzaba, quienes responden a los nombres de Francisco Mendoza Moreira y Vicente Mendoza Moreira, así como que se conocía sus direcciones domiciliarias, la demandada bajo juramento señaló que le era imposible determinar la residencia de los supuestos herederos, lo que constituye fundamento para declarar la nulidad de la sentencia, de conformidad con los Arts. 303 ordinal 3o 352 y 355 del Código de Procedimiento Civil; c) Que se ha probado que la demandada Carmen Enriqueta Holguín Mendoza no fue conviviente de Antonio Benedo Mendoza Manzaba, puesto que durante su supuesta convivencia no se cumplió con lo señalado por el Art. 1 de la Ley que Regula las Uniones de Hecho, que prescribe: "La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes", en razón de que como no vivieron juntos no tuvieron hijos comunes; y, d) Que la demandada ha presentado algunas demandas de partición de los bienes de fortuna dejados por Antonio Benedo Mendoza, entre ellas: Demanda de Inventario de los bienes dejados por el causante, demanda solicitando se

declare abierta la sucesión intestada de los bienes dejados por el de cujus y demanda de partición de dichos bienes, todas las que constituyen litis pendientes, lo cual no ha sido considerado.

**TERCERO.-** Dado el carácter de la casación, que es un recurso especialísimo, extraordinario y restrictivo, la potestad del Tribunal de Casación debe restringirse a revisar la sentencia impugnada y determinar si está o no afectada por la violación invocada de la ley sustantiva o de la ley adjetiva; de acuerdo con los casos taxativamente señalados por el Art. 3 de la Ley de Casación y en relación directa con las aspiraciones del recurrente, puntualizadas en su escrito de impugnación. Para el efecto, es necesario que la casacionista precise, en forma clara y concreta, las normas que considera violadas en la sentencia, por aplicación indebida, por falta de aplicación o por errónea interpretación, normas de derecho para la causal primera, normas procesales para la segunda, y preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba para la tercera.

**CUARTO.-** En el caso que nos ocupa, la recurrente señala como infringidas en la sentencia: "a) Las normas contenidas en los artículos 29, 303 ordinal 3o, 353 y 355 numeral 4a del Código de Procedimiento Civil, no fueron (sic) aplicadas debida y legalmente (lo subrayado es de la Sala); b) Las normas contenidas en los artículos 618 y 1753 del Código Civil, que se refieren al derecho de dominio de una cosa para su goce y al derecho de la compra de una cosa; c) La norma contenida en el artículo 1 de la ley que regula las uniones de hecho, que señala que se tiene que procrear para que se origine una sociedad de bienes; y, d) La norma contenida en el artículo 23 número 23 de la Constitución Política de la República del Ecuador que se refiere al derecho de propiedad en los términos que señala la ley.-", advirtiéndose del texto transcrito que solo respecto de las normas consignadas en el literal a) la recurrente ha determinado la forma de quebranto por "falta de aplicación" de manera que son dichas normas las que deben ser consideradas por el Tribunal de Casación, que requiere para el análisis del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos previstos por el Art. 6 de la ley de la materia y cuya concurrencia es indispensable para que prospere el recurso, debiendo relacionarlas con la causal primera del Art. 3 ibídem, única causal en que la recurrente funda el recurso de casación. En cuanto a las otras normas señaladas como infringidas en el escrito impugnatorio, no pueden ser considerados por no haber sido precisado el vicio o modo por el cual se ha incurrido en la violación, esto es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; pues, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, *"el recurrente debe puntualizar no sólo la norma de derecho que estima haber sido infringida sino que debe también precisar respecto de cada norma la causal bajo la cual se ha producido la infracción de la ley y el modo por el cual se ha incurrido en ella"* (Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 1.0, pág. 2558).

**QUINTO.-** En cuanto se refiere a las normas contenidas en los artículos 29, 303 ordinal 3o, 353 y 355 numeral 4o del Código de Procedimiento Civil, que a criterio de la recurrente no fueron aplicadas por el Tribunal de instancia al dictar el fallo impugnado, cabe realizar el siguiente análisis: La causal primera contiene el o los cargos que constituyen *errores injudicando*, que se refieren al fondo mismo de la litis, en que se analizan las normas sustantivas, es decir ya no se discuten los hechos sino la **calificación** de estos y los **efectos** de tal calificación.- En consecuencia: a) Con respecto a la infracción por falta de aplicación que acusa la recurrente del Art. 29 (actual 28) del Código de Procedimiento Civil que prescribe: *"El que tiene domicilio en dos o más lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos. Pero si se trata de cosas que dicen relación especial a uno de dichos domicilios exclusivamente, solo el Juez de éste será competente para tales casos."*, cabe mencionar que la casacionista no especifica en qué medida el Tribunal ad quem dejó de aplicar dicha norma que no se relaciona con el proceso constituyendo cuestión nueva que no puede ser objeto de consideración por esta Sala de Casación y que además contiene una disposición de índole procesal que tiene que ver con la competencia del Juez, asunto que constituye solemnidad sustancial común a todos los juicios, cuyo quebranto, debida y oportunamente alegado, vicia el proceso de nulidad absoluta, lo que *implica, prima facie*, que el cargo debía sustentarse en la causal segunda, para que de ser fundada, esta Sala declare la nulidad de la causa desde donde se produjo; y, b) En lo que tiene que ver con la infracción de las normas contenidas en los Arts. 303 (actual 299) ordinal 3o, que dice: *"La sentencia ejecutoriada es nula: 3. Por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía"*, 353 (actual 344), que dice: *"Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código"* y 355 (actual 346) numeral 4º, que dice: *"Son solemnidades sustanciales comunes a todos juicios e instancias: 4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente."*, también alegada por la recurrente, esta Sala observa que de conformidad a lo dispuesto por el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil que en su inciso primero prescribe: *"Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo."*, le correspondía a la accionante probar los fundamentos de la demanda, aportando con los elementos que inequívocamente permitan establecer la existencia de la causal por ella invocada (numeral 3 del Art. 299 del Código de Procedimiento Civil) y así enervar la eficacia jurídica de la sentencia cuya nulidad demanda. Dicha causal tiene que ver con la falta de citación con la demanda a los demandados, hecho que no ha sido probado por la recurrente, quien en su libelo

reconoce que: "2.- Para la tramitación del juicio en relación, la demandante, señora Carmen Enriqueta Holguín. Citó a los herederos *presuntos y desconocidos por la prensa, efectuando, de acuerdo con la Ley el juramento del caso, indicando desconocer a los herederos del mentado ciudadano. El diario solicitado y atizado (sic) de acuerdo con el proceso fue el "EXPRESO" de la ciudad de Guayaquil, el que definitivamente no tiene ninguna circulación en Colimes;*". Con ello, contrariamente, ha demostrado que la citación cuya omisión aduce se realizó a través de publicaciones en un medio impreso de información masiva y de circulación nacional (publicaciones que el Juez de la causa no objetó ni impugnó en su oportunidad) lo cual vuelve improcedente la acción de nulidad de sentencia fundada en la mencionada causal, que explícitamente exige "*no haberse citado la demanda*"; por otra parte, además de que la recurrente no ostenta la calidad de demandada dentro del juicio en el que se dictó la sentencia cuya nulidad solicita, por lo que la supuesta falta de citación no la ha dejado en indefensión, careciendo, consecuentemente, de legitimación activa para demandar la nulidad de sentencia por la tercera causal que prevé el Art. 299 del Código de Procedimiento Civil.- Por lo expuesto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia y desecha el recurso de casación interpuesto por Jenny de Jesús Mendoza Rosado. Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montañó Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

Las tres fojas que anteceden, son fieles y exactas a sus originales.- Certifico.- Quito, 27 de abril del 2007.