



Juicio No. 17304-2008-0570

**JUEZ PONENTE: DRA. MARIA ROSA MERCHAN LARREA, JUEZA NACIONAL  
(PONENTE)**

**AUTOR/A: DRA. MARIA ROSA MERCHAN LARREA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y  
MERCANTÍL.** Quito, miércoles 18 de septiembre del 2019, las 11h22. VISTOS:

#### ANTECEDENTES

En el juicio ordinario que pretendiendo indemnización de daños y perjuicios incoaron Ulrike Siglinde Falk-Neubert, Gunther Neubert, Nellie Rosario Araujo Urbina y Wilson Efraín Rosero Lozada, en contra de Jaime Oswaldo Rivera Cevallos y Jenny Yolanda Molina León, los demandados interponen recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada el 9 de mayo de 2018, las 15h05, por un tribunal de jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con competencia para conocer asuntos civiles, en virtud de la Resolución 055-2017, de 20 de abril de 2017 del Consejo de la Judicatura; sentencia que, al desechar el recurso de apelación interpuesto por los demandados, confirma el fallo de primer nivel que acepta parcialmente la demanda, y dispone el pago de la suma de veinte mil sesenta dólares de los Estados Unidos de América (\$ 20.060,00), por concepto de indemnización.

Concedido el recurso de casación por el Tribunal de instancia, y remitido el expediente al órgano jurisdiccional competente de esta Corte Nacional de Justicia, la Conjueza de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, en quien, por sorteo se radicó la competencia para admisibilidad, lo acepta a trámite al considerar que el recurso cumple con los requisitos de forma previstos en el artículo 6 de la Ley de Casación.

#### FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Invocando la causal 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, alegan los recurrentes que los actores fundamentaron la demanda en un contrato de construcción y venta de inmueble existente entre las partes, sosteniendo que luego de que pasaron a ocupar su casa detectaron fallas estructurales que han producido daño emergente y lucro cesante, supuestos que se negaron en la contestación a la demanda y que en aplicación de los artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil y, 19 del Código Orgánico de la Función Judicial debieron resolverse, trabada la Litis, solamente sobre ellos. Que no obstante tal como consta de la argumentación de la sentencia recurrida, no se declara que hayan incumplido el contrato de construcción al hacer casas defectuosas, y segundo, no les condenan a

pagar perjuicios por fallas estructurales, sino por otro tipo de defectos constructivos y que se tratan de defectos actuales y no de la época en que las casa fueron construidas y entregadas, y finalmente, se les condena a pagar por responsabilidad civil extracontractual, considerando por ello, que el fallo recurrido resuelve *“ varias cosas que no fueron materia del litigio”* (Sic), y por tanto rompe el principio procesal de congruencia, por lo que debe ser casado.

Sostienen los recurrentes que los actores señalan que los daños y perjuicios demandados nacen de una relación contractual, compromiso de entrega de construcción suscrito el 27 de septiembre de 2006 y 11 de junio de 2007, por el cual se comprometieron a construir y vender a los actores, las casas 2 y 3 del conjunto residencial Alta Vista, por lo que su reclamo y la sentencia recurrida debieron fundarse en los artículos 1933 y 1936 del Código Civil, que regulan lo relativo a la construcción de una obra material; normas que no fueron aplicadas *“ dejando a un lado el principio iura novit curia establecido en el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil”* (Sic) y por el contrario, aplicaron indebidamente el artículo 2214 del Código Civil que se refiere a la responsabilidad civil extracontractual, que nada tiene que ver en la causa. Dándose así en el fallo, la falta de aplicación de los artículos 1933 y 1963 y la aplicación indebida del artículo 2214 del Código Civil, razón por la que solicitan que, acogiendo la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, se case la sentencia.

Invocando la causal 3 del artículo 3 de la ley de la materia, los recurrentes, alegan que, en la sentencia impugnada existe falta de aplicación del artículo 115 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, lo que, ha conducido a la inaplicación de los artículo 1933 y 1936 del Código Civil, y a la indebida aplicación del artículo 2214 ibídem, porque, el tribunal de instancia, omite expresar la valoración de todas las pruebas producidas y, concluye que *“ los defectos constructivos de la casa 2 del conjunto residencial ALTA VISTA específicamente la humedad no se debe a fallas ESTRUCTURALES, como alegó la parte actora, sino que son producto del transcurso normal del tiempo y el hecho de no brindar mantenimiento adecuado al inmueble,...”* (Sic) como producto de la relación contractual y no extracontractual. Señalan que, en los informes periciales presentados, tanto en primera como en segunda instancia, los peritos Ingenieros Xiomara Coloma y Fausto King, reiteradamente han establecido de manera clara y puntual que *“ no existen fallas estructurales en la casa objeto de la presente controversia,...”* (Sic), y que, los daños existentes en la casa son a causa del transcurso normal del tiempo y la falta de mantenimiento, lo que, afirma, no fue valorado por la Sala de apelación, la que, dice, hizo una ilegal valoración de la prueba por inaplicación del precepto jurídico de valoración contenido en el artículo 115 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil.

Concluyen que, por todo lo señalado en líneas anteriores, la sentencia impugnada carece de motivación, y vulnera el artículo 76.7 *“ inciso l)”* (Sic) de la Constitución de la República.

Fijados así los términos objeto del recurso, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República, normado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

## CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

### 1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1. Corresponde el conocimiento de esta causa, en razón del sorteo realizado, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueza y Conjuetas Nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo de la Judicatura, con competencia para resolver el recurso de casación interpuesto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. Actúan las Dras. Beatriz Suárez Armijos y Magaly Soledispa Toro, en virtud de los oficios números 191-SG-CNJ de fecha 29 de enero de 2018 y, 1594-SG-CNJ de fecha 21 de septiembre de 2018, respectivamente.

### 2. PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

2.1. Al tribunal, en virtud de los puntos a los cuales el recurrente contrae el recurso, le corresponden resolver si:

2.1.1. La sentencia impugnada, es incongruente y vulnera los artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, al resolver que hay responsabilidad civil extracontractual, al amparo del artículo 2416 del Código Civil, asunto ajeno a la Litis; así como si incurre en falta de aplicación del artículo 115 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, al no valorar todas las pruebas producidas, causando como efecto la falta de aplicación de los artículos 1933 y 1936 del Código Civil, lo que, le convierte en una sentencia sin la debida motivación.

### 3. CRITERIOS JURÍDICOS BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS

3.1. En Casación, la causal que se invoca en sustento de una acusación en contra de la sentencia, constituye la razón legal de la impugnación y el límite impuesto por el recurrente para el ejercicio del control de legalidad que debe realizar el Tribunal.

3.2. Los principios y normas que regulan la expedición de una resolución judicial, disponen que ésta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la Litis, (principio dispositivo) y los incidentes originados durante el juicio, fundándose en la Constitución, la Ley y los méritos del proceso; la omisión de resolverlos o la exagerada diligencia, más allá de aquellos, constituye causal para fundamentar el recurso de casación. (Artículos 273 del Código de Procedimiento Civil; 9, 19 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial y 3. 4 de la Ley de Casación.)

3.3. Lo jurídicamente calificado como traba de la litis, se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, (exigencia fundada o no) y la resistencia esgrimida en contra, (excepciones). Fijados los puntos del litigio, y desarrollada su discusión más allá de la negación pura, corresponde al órgano jurisdiccional pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones, o razones que fundamentan la pretensión y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas.

3.4. Cuando el órgano jurisdiccional al resolver vulnera el principio de consonancia entre lo pedido y lo resuelto, por exceso u omisión, lesiona el interés jurídico de las partes en el proceso y su derecho a la tutela judicial efectiva.

3.5. La acusación de falta de aplicación de normas de derecho, ocurre cuando el juzgador en la sentencia omite aplicar una norma de derecho sustancial atinente al caso en concreto, ya sea, porque desconoce su existencia, o porque conociéndola desconoce su validez; la jurisprudencia y la doctrina enseñan que este cargo procede cuando se infringen preceptos de derecho sustantivo, de manera directa, sin consideración a los hechos, por ello debe ser demostrada sin ligarla con la prueba practicada; así lo señala el Tratadista Humberto Murcia Ballén, al expresar *“...a la inaplicación de la regla jurídica, y con ella a su quebranto, llega el juez, en principio, ora porque desconoce su existencia, o, porque, partiendo de la existencia de ella, le desconoce validez, en el tiempo o en el espacio.”*<sup>1</sup>

3.6. La reparación civil por daños y perjuicios comprende el lucro cesante y el daño emergente, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente, o del

---

1 Murcia Ballén, Humberto. *Recurso de Casación Civil*. Quinta Edición Modificada y Actualizada. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá. P. 324

retardado en el cumplimiento. (Artículo 1572 C.C.). Para la procedencia de la reparación de daños y perjuicios, deben justificarse necesariamente la coexistencia de tres elementos esenciales, comunes a todo tipo de responsabilidad subjetiva civil contractual o extracontractual: conducta culposa o dolosa del demandado o de alguien a su cargo, daño cierto antijurídico y nexo causal entre la conducta y el daño.

3.7. El Código Civil en su artículo 1937.3<sup>o</sup> Establece que si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los 10 años subsiguientes a su entrega, por vicio de construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por el hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario.

3.8. René Abeliuk Manasevich, en su obra <sup>a</sup>Las Obligaciones<sup>o</sup>, al referirse al daño emergente y al lucro cesante, enseña que *“La distinción entre ambos deriva de que el daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio del acreedor, y el lucro cesante, la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación”* (ob. Cit. Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 791.)

3.9 La Constitución de la República, entre los derechos de protección, en su artículo 76, establece el derecho a un debido proceso, dotado de garantías básicas, entre ellas, el derecho a la defensa, y como componente de ésta, el derecho a la motivación, impuesto como deber en el numeral 7.1) que dispone <sup>a</sup>Las resoluciones de los poderes públicos, deben ser motivadas. (1/4)<sup>o</sup>. En concordancia con la norma constitucional, el Código Orgánico de la Función Judicial, obliga a juezas y jueces, en su artículo 130.4, a: <sup>a</sup>Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos<sup>o</sup>.

#### 4. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN DEL RECURSO

4.1 PRIMER CARGO: Invocando la causal 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, los recurrentes acusan a la sentencia de resolver *“varias cosas que no fueron materia del litigio”* (Sic), y que, aquella, sin declarar el incumplimiento contractual por construcción defectuosa, condena al pago, de perjuicios no por *“FALLAS ESTRUCTURALES, tal como alegó la parte actora, sino por otro tipo defectos constructivos que no se derivan de fallas estructurales y que además se trata de defectos actuales, no de la época en que las casas fueron construidas y entregadas. Finalmente se nos condena a pagar por responsabilidad civil extracontractual, cuando eso no fue materia de la Litis”*

(Sic).

Acusación que en los términos propuestos, lleva a este tribunal a la revisión de la traba de la litis, constituida por la pretensión común de pago de daños y perjuicios causados en dos diferentes inmuebles, casas 2 y 3 de propiedad diferenciada de cada uno de los matrimonios que conforma la parte actora, por la humedad extrema que se manifiesta en las paredes que presentan moho, caída del revestimiento, daño en piso y muebles, cuya causa la determinan como falla estructural de las viviendas; y la contestación de los demandados, con las excepciones de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho; falta de derecho de los actores para proponer la acción; improcedencia de la misma porque no han sido constituidos en mora; que los inmuebles responden a planos aprobados; que cada contrato conlleva obligaciones recíprocas, obligaciones y derechos que difieren entre sí, por provenir de diferentes contratos y que no podían ser demandados en una misma acción. Que la acción es <sup>a</sup>injurídica<sup>o</sup> sic, ilegal e inepta. Reconvienen a los actores, cónyuges Neubert, el pago de 22000,00 dólares, correspondientes tres mil dólares de saldo del precio pactado y lo restante a obras adicionales, pagos en Notaria y corretaje; y a los cónyuges Wilson Efraín Rosero y Nellie Rosario Araujo Urbina el pago de 15000,00 dólares por reparaciones y 100000,00 dólares por daños y perjuicios por la celebración tardía de la escritura de compraventa de un lote de terreno. Fijando en 120000.00 dólares la segunda reconvención. Reconvenciones, respecto a las cuales, los actores contestándolas señalan que los demandados las formulan de manera separada por cada par de cónyuges, para indicar que realizaron negociaciones individuales, tratando de ocultar el engaño del que fueron objeto, y basado en la misma causa, el área ofrecida por el vendedor constructor dentro de un condominio, la que no correspondía al área aprobada por el Municipio de Quito; por lo que niegan simple y llanamente sus fundamentos de hecho y derecho, alegan falta de derecho de los demandados para reconvenir, dolo y mala fe; incumplimiento de obligaciones contractuales que les llevaron a acomodar muros y construcciones en sitios que prohíbe la declaratoria de propiedad horizontal. Niegan adeudar valor alguno a los demandados y sostienen que las reconvenciones son improcedentes. Para concluir agregando que reforman su demanda, cambiando la cuantía de la reclamación de daños y perjuicios y ningún otro presupuesto, ni fáctico ni de derecho. Lo señalado constituye la traba de la Litis que debió ser resuelta en sentencia y respecto a la cual el fallo que es materia de análisis concluye señalando:

Que <sup>a</sup>rechaza el recurso de apelación interpuesto por los demandados y señores Jaime Oswaldo Rivera Cevallos y Jenny Yolanda Molina León. Por lo tanto se ratifica en todas sus partes la sentencia venida en grado. Sostiene el tribunal en su fallo, al confirmar el de primer nivel, en cuanto a la

responsabilidad del constructor vendedor de los inmuebles, que existe prueba concordante practicada en primera instancia, analizada y valorada por el juez aquo, no desvanecida en segunda instancia, de la que se colige que, la vivienda No. 2, objeto del contrato de compraventa ha sufrido daños, por la humedad existente, originada por el uso inadecuado de diversos materiales en su construcción; daños que son el fundamento principal de la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios incoada por los actores, al señalar en la parte pertinente de su libelo que *“El demandado como constructor de tales obras ha hecho caso omiso a las reparaciones correspondientes, inicialmente dándonos largas y, definitivamente negándose a cumplirlas en el mes de marzo de este año, luego de hacerle la petición escrita...”*<sup>o</sup> (Sic); en referencia a los diversos contratos de construcción que ligan a los diferentes componentes de la parte actora y los demandados; daños que son los que se mandan a reparar, con fundamento en normas legales que sustentan otro tipo de responsabilidad, artículo 2214 del Código Civil, la que deviene de la comisión de un delito o un cuasidelito; normas que no remiten al daño proveniente de un vicio de construcción (estructural), como no lo hace la norma utilizada como fundamento de derecho por el juez de primer nivel, que aplica de manera indebida la norma del artículo 2229 del mismo código, referida a la responsabilidad presuntiva extracontractual, por actividades peligrosas. Sobre ello el tribunal de instancia al ratificar en todas sus partes la sentencia de primer nivel incurre en el mismo vicio que éste, omite resolver la reconvención formulada por los demandados, y aceptada a trámite, según los antecedentes expuestos en la sentencia; lo que justifica la acusación de que el tribunal de instancia al emitir la sentencia incurrió en el vicio de incongruencia, al resolver primero un asunto ajeno al litigio y luego dejar de resolver otra materia de la Litis; por lo que procede el cargo con fundamento en la causal 4 del artículo 3 de la Ley de Casación.

Por lo que, para dictar la sentencia que en derecho corresponde este tribunal considera: que la acción la proponen dos parejas de cónyuges, Nellie Rosario Araujo Urbina, designada procuradora común de los actores, (escrito de fs. 45) con su marido Wilson Efraín Roser Lozada, con fundamento en la escritura pública de compraventa otorgada el 11 de junio del año 2007, inscrita el 18 de junio de 2007, y Gunter Neubert con Ulrike Siglinde Falk Neubert, con fundamento en la escritura pública otorgada el 4 de abril de 2007, inscrita el 26 de abril de 2007; cónyuges en cuya contra se propone sendas reconvenciones con fundamentos y montos diferentes, por sus propios derechos y los de las sociedades conyugales que cada uno de ellos tienen formadas; todo ello, en contra de la norma contenida en el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil, con vigencia ulterior a su derogatoria para el desarrollo de este proceso, al tenor de lo dispuesto en la Transitoria Primera del COGEP; la que dispone *“Art. 72[Litis consorcio activa y pasiva].- No podrán demandar en un mismo libelo dos o más personas , cuando sus derechos o acciones sean diversos o tengan diverso origen. Tampoco*

*podrán ser demandadas en un mismo libelo dos o más personas por actos, contratos u obligaciones diversos o que tengan diversa causa u origen.*° La formulación conjunta de la demanda, para la discusión de derechos diversos provenientes de contratos diferentes, que en consecuencia generan obligaciones y contraprestaciones disimiles vuelve a la acción y a la reconvencción, improcedentes. De los cuatros demandantes, dos de ellos, no tienen interés jurídico alguno en el derecho en discusión formulado por los otros dos; como no tienen interés alguno ni están llamados a responder por la reconvencción no formulada específicamente en su contra.

#### DECISIÓN

Por las consideraciones que anteceden este tribunal de Casación, <sup>a</sup> ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA°, habiendo casado la sentencia recurrida, declara sin lugar la demanda y sin lugar la reconvencción. Se deja a salvo el derecho de los accionantes para proponer las acciones pertinentes. Sin costas, ni honorarios que regular. Notifíquese y devuélvase.

DRA. MARIA ROSA MERCHAN LARREA

**JUEZA NACIONAL (PONENTE)**

DRA. JULIETA MAGALY SOLEDISPA TORO

**JUEZA NACIONAL**

DRA. ROSA BEATRIZ SUAREZ ARMIJOS

**JUEZA NACIONAL (E)**