



FACULTAD DE DERECHO

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR ABUSO DE
DERECHO**

Trabajo de Titulación presentado de conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la
República

Profesor Guía

Dr. José Javier Jarrín Barragán

Autora

María Isabel Caicedo Mafla

2012

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Dr. José Javier Jarrín Barragán

Doctor en Jurisprudencia

CC: 1703353373

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes

María Isabel Caicedo Mafla

CC: 171552793-1

AGRADECIMIENTOS

A todas las personas que permitieron la elaboración de este trabajo, de manera especial a mi profesor guía, Dr. José Javier Jarrín, profesional a quien guardo gran consideración y estima.

DEDICATORIA

A mi familia y a Pablo, por ser lo más importante en mi vida.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación inicia con el tratado de los hechos ilícitos, como fuente de obligaciones civiles y fundamento de la responsabilidad civil extracontractual. Se realiza además un análisis de sus características principales, así como la normativa que los contempla, pero sobretodo de las implicaciones jurídicas que acarrea para quien los cometió. Posteriormente, se estudia la figura de la responsabilidad civil, como consecuencia de los hechos ilícitos. Se identifican sus clases, con la finalidad de diferenciarlas entre ellas y comprender las particularidades esenciales de la clasificación estudiada. Asimismo se conocen los elementos constitutivos de la figura y el tratamiento que la jurisprudencia y la doctrina le han dado. A continuación, y una vez entendidos los conceptos de hechos ilícitos y responsabilidad civil extracontractual, se procede a tratar sobre el ilícito puntual denominado abuso del derecho, que al ser cometido, conduce a que su autor sea responsable de su cometimiento y sus consecuencias. Del análisis realizado se observa de qué manera el ejercicio del derecho al no ser un hecho ilícito por naturaleza, puede llegar a convertirse en ilícito y consecuentemente acarrear la existencia de una responsabilidad civil de tipo extracontractual. Finalmente, se identifica el procedimiento aplicable en el Ecuador para el tratamiento de demandas por motivos de hechos ilícitos y en las que se solicita la declaración de responsabilidad civil extracontractual y la condena al pago de indemnizaciones. Se analiza paso a paso, de manera específica cada etapa del procedimiento y concretamente en materia de demandas por abuso del derecho. Se realiza además una descripción de casos ejemplificativos en el Ecuador y el análisis del tratamiento de la figura del abuso del derecho a través de fallos en legislaciones comparadas.

Descriptores: Derecho Civil, Hechos Ilícitos, Responsabilidad Civil Extracontractual, Abuso de Derecho

ABSTRACT

This research began with the Treaty of the wrongful acts of civil obligations as a source and basis of tort liability. It also performs an analysis of its key features, as well as legislation that provides for, but most of the legal implications that entails for those who committed them. Subsequently, we study the figure of the civil liability as a result of wrongful acts. Classes are identified, in order to differentiate between them and understand the essential particulars of the classification studied. In addition we study the constituent elements of the figure and the treatment that the case law and doctrine have given. Then, once we understand the concepts of wrongdoing and liability in tort, we proceed to discuss the so-called illegal abuse of the rights, which when done, leads to the author is responsible for their perpetration and consequences. From this analysis, we understand how the exercise of a right is not a wrongful act by nature, but it may become an unlawful act and consequently generate the existence of a tort-like liability. Finally, we identify the procedure in Ecuador for the treatment of claims of wrongful acts in which the actor requests the declaration of tort liability and ask for payment compensation. The process is analyzed step by step, specifically each step of the process and particularly in respect of claims for abuse of right. It also carries a description of exemplary cases in Ecuador and the analysis of treatment of the figure of abuse of rights through failure in comparative law.

Descriptors: Civil Law, Wrongful Acts, Civil Liability, Abuse of Law.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I.- HECHOS ILÍCITOS COMO FUENTES DE OBLIGACIONES CIVILES	5
1.1 Definición de Obligaciones y Elementos.....	5
1.2 Fuentes de las Obligaciones	9
1.2.1 Antecedentes Históricos	9
1.2.2 Obligaciones en la Legislación Ecuatoriana	11
1.3 Los Hechos Ilícitos	13
1.3.1 Características de los delitos y cuasidelitos.....	14
1.3.2 Elementos de los Hechos Ilícitos	18
1.3.3 Diferencias entre delitos y cuasidelitos	20
1.3.4 Delitos civiles y delitos penales	24
1.4 Efectos de los Hechos Ilícitos.....	27
CAPITULO II.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	28
2.1 Generalidades.- Concepto y Ámbito	29
2.2 Antecedentes Históricos y Evolución	31
2.2.1 Normativa en el Ecuador	34
2.3 Teorías de la Responsabilidad Civil	35
2.3.1 Responsabilidad Objetiva o del Riesgo Creado.....	35
2.3.2 Teoría Subjetiva o de la Culpa.....	36
2.4 Tipos de Responsabilidad Civil	37
2.4.1 Responsabilidad Contractual	40
2.4.2 Responsabilidad Civil Extracontractual.....	44
CAPITULO III.- EL ABUSO DE DERECHO	64
3.1 Antecedentes Históricos	65
3.2 Derecho objetivo y subjetivo	68
3.2.1 Relatividad del ejercicio de los derechos subjetivos.....	72
3.3 Límites de los derechos subjetivos	73

3.3.1 La buena fe como límite en el ejercicio de los derechos.....	75
3.4 Criterios para establecer el Abuso del Derecho	77
3.4.1 Criterio subjetivo	78
3.4.2 Criterio objetivo	80
3.4.3 Criterio Mixto.....	81
3.4.4 Nociones en el derecho comparado	83
3.5 Naturaleza del Abuso del Derecho.....	84
3.6 Abuso del Derecho como fuente de Responsabilidad Civil Extracontractual.....	88
3.6.1 Perspectivas	88
3.6.2 Abuso del Derecho como hecho ilícito generador de Responsabilidad Civil Extracontractual.....	89
CAPITULO IV.- EL PROCEDIMIENTO EN EL ECUADOR	95
4.1 Trámite	96
4.2 Etapas del Proceso.....	98
4.2.1 Demanda	98
4.2.2 Citación y contestación.....	101
4.2.3 Audiencia de Conciliación.....	104
4.2.4 La prueba.....	105
4.2.5 La sentencia	110
4.3 Análisis de casos en el Ecuador	112
4.3.1 Juicio No. 2010-1647	113
4.3.2 Juicio 2011-0165.....	116
4.4 Análisis de sentencia extranjera	119
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	123
REFERENCIAS.....	128
ANEXOS	133

INTRODUCCIÓN

En el Ecuador, a raíz de la Constitución del 2008, la garantía y apoyo al ejercicio libre de los derechos subjetivos es la prioridad y el deber primordial que el Estado tiene frente a los ciudadanos. Por lo que, paralelamente ha implementado herramientas legales tanto para el ejercicio de estas facultades como para garantizar su cumplimiento.

Los derechos subjetivos, son valores sociales que han sido otorgados a sus titulares con la finalidad de que estos convivan y mantengan relaciones en armonía y conocimiento de que la limitación del derecho de una persona empieza cuando comienza el de otro. Sin embargo, este objetivo beneficioso del Estado: de otorgar un derecho y avalar su cumplimiento, no siempre es acogido de buena fe por parte de los titulares. Es así, como su ejercicio, no siempre es con buenas intenciones y con una finalidad legítima, sino contraria al espíritu del derecho y como un medio para provocar un daño a un tercero. Si bien el usar un derecho, es un acto que no se considera ilícito, al contrario, es un acto amparado y respaldado por el ordenamiento; puede ser tomado como una vía para la consumación de intenciones perjudiciales.

En el Ecuador, existen varios fallos acerca de casos en los que se condena al pago de daños y perjuicios producidos por hechos ilícitos y daños sufridos a consecuencia de estos. Es por ello que, al contar actualmente con un gran apoyo al ejercicio de los derechos, consecuentemente sus titulares podrían apoyarse en este principio garantista para abusar de las prerrogativas a ellos concedidas, con objetivos ilegítimos. Es por lo tanto, una realidad que el abuso del derecho, es un fenómeno que va tomando fuerza y en la medida que es perjudicial a otro, encontramos una fuente de responsabilidad delictual y cuasidelictual civil.

La Revolución Francesa, pone fin al sometimiento de los ciudadanos al poder monárquico y en miras de concederles facultades y libertades ilimitadas, El abuso del derecho nace a partir de la negación del absolutismo de los derechos, pues evidencia que en el evento de que un derecho sea ejercitado

deliberadamente, con intenciones dañosas o de forma negligente, sea considerado un ilícito.

El abuso de un derecho puede ser contemplado como un delito o cuasidelito, que toma presencia el momento en que su titular lo ejercita de manera dolosa o culposa. Es decir, que debe tratarse en apego al razonamiento aplicable a cualquier hecho ilícito y bajo los principios que guían la responsabilidad delictual y cuasidelictual. Por lo que, los sujetos titulares de los derechos, así como deben actuar de forma sensata en cada circunstancia de su convivencia en sociedad, deberán de igual manera hacer un uso adecuado de los derechos que la ley les ha otorgado.

Así como cualquier hecho que genere un daño, es objeto de indemnización, el mismo tratamiento ha de darse a la provocación de un hecho que ha deberá responder por este y resarcirlo en la medida de lo que provocase. Asimismo, deberán hacerlo con los derechos que la Ley les otorga, siendo que si estos son ejercidos con malicia o sin la cautela necesaria, y esto causare un perjuicio, es fuente de responsabilidad y por ende objeto de reparación.

La figura del Abuso del Derecho tiene sus inicios desde el Derecho Romano, a través de los textos de Gayo, quien proclamaba: “maleenimostro jure uti non debemus” (no tenemos que usar mal de nuestro derecho), y además el jurista Paulo, cuya afirmación marca el inicio de los conceptos que la componen: “Non omne quo dlice ton est umest” (no todo lo que es lícito es también honesto, a saber, no podemos hacer todo lo que queramos).

Posteriormente es en Francia, con las sentencias de Lyon y Colmar donde se desarrolla esta doctrina del Abuso del Derecho y bajo los tratados y estudios de los juristas JOSSERAND y SALEILLES, se desarrollaron las teorías sustentadoras de esta figura.

“El derecho moderno y especialmente el derecho contemporáneo se forman del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio

puramente intencional tiende a sustituirse un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta, delictuosa o cuasidelictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad” (Josserand, 1995, p.5)

El abuso del derecho constituye entonces, una especie particular de culpa y su estudio, a pesar de que se lo ha tratado como una figura autónoma y como un principio general del derecho, es una figura que ingresa dentro del tratado de la teoría de la Responsabilidad Civil Extracontractual, al traducirse como la causal de un daño provocado que por lo tanto es, fuente de la obligación de reparación e indemnización.

“Otra figura del ilícito aquiliano puede ser individualizada por el abuso del derecho, y se entiende por tal un comportamiento anormal del titular del derecho que, al exceder sus poderes, causa injustos daños a otros sujetos. Es claro que tal comportamiento, puesto que debe ser definido por la conciencia del exceso de poder o del ejercicio anormal, es un ilícito determinado por el dolo.” (Visintini, 1999, p.389)

La Responsabilidad Civil Extracontractual o también denominada Aquiliana, inicia en la antigua Roma, con la premisa “*damnum injuria datum*”, que significa “daño causado en los bienes ajenos de manera injusta”. La Lex Aquilia de Roma, marca el trascendental inicio de la limitación en los actos de las personas, puesto que a partir de su aplicación, los actos de los sujetos conllevaban efectos jurídicos y sus actuaciones no quedaban libres de castigo cuando se consideraban que eran injustas.

Es con los juristas franceses nuevamente, que se desarrolla esta figura de manera ampliada y son quienes elaboran las primeras tendencias respecto de su aplicación y configuración. Es así, como aparece la idea de la culpa, como

fundamento. Así Quintus Mucius Scaevola, citado por Gasperi y Morello señalan: *“Lo que obliga no es el hecho en sí, sino la causalidad del hecho en la voluntad humana o sea la acción deliberada”* (1964, p.8).

Como lo determina la Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en su fallo (Delfina Torres Viuda de Concha VS Petroecuador):

“Para la Responsabilidad Civil Extracontractual deben reunirse estos tres presupuestos o elementos: 1. Un daño o perjuicio, material o moral; 2.- Una culpa, demostrada o preexistente; y, 3.- Un vínculo, de causalidad entre el uno y el otro.” “La "culpa" y el "dolo" no son conceptos contrapuestos sino más bien diferenciados en cuanto a la manera de actuar, pero en definitiva ambas actitudes causan daño. En el campo de la doctrina, se han reconocido dos criterios para guiar su apreciación. Básicamente la diferencia depende de cual sea el sujeto en mira, al momento de realizar tal examen de previsibilidad: un modelo abstracto o uno concreto, el propio agente. En el primer modelo, llamado también objetivo, se toma en consideración la previsibilidad general de un sujeto ejemplo o prototipo. Se trata de un cálculo de la visión anticipada de los probables resultados conforme a la actitud media del común de las personas; por ejemplo, el buen padre de familia, el hombre juicioso, etc. En tanto que el modelo concreto o subjetivo es aquel que aprecia la culpa en relación con el agente mismo. No se presenta a comparación con ningún tipo abstracto o ideal, atendiendo sólo a las condiciones particulares que rodean el efecto dañoso”(Gaceta Judicial N.-10, Serie N.- 17).

Es así, como el abuso del derecho es una figura que merece ser estudiada a profundidad, pero sobretodo debe ser estudiada la forma en la que se presenta dentro de la práctica: como un hecho ilícito perjudicial dentro de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual.

CAPITULO I

HECHOS ILÍCITOS COMO FUENTES DE OBLIGACIONES CIVILES

Previo al estudio del tema que nos aborda, es importante analizar el origen de las obligaciones civiles, para con ello determinar de qué manera el Abuso de Derecho se configura en el fundamento obligacional de la denominada Responsabilidad Civil Extracontractual.

El estudio se realiza de manera general acerca de las Fuentes de las Obligaciones Civiles, sin embargo se profundiza en los denominados Hechos Ilícitos; los cuales son dos: los delitos y cuasidelitos. El comprender de qué manera las obligaciones nacen de estas figuras, es parte del análisis propuesto.

El tipo de Obligaciones al que se hace referencia en el presente trabajo son las Obligaciones Civiles, entendidas como aquellas que dan derecho a exigir su ejecución, en contrapuesto con aquellas denominadas naturales, a las que por su parte, no se les ha conferido acción para exigir su cumplimiento.

1.1 Definición de Obligaciones y Elementos

Previo al estudio de sus fuentes, es fundamental conocer el significado, trascendencia y efecto de la institución denominada Obligaciones.

En la antigüedad, los romanos las definían como “*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvenda rei, secundum nostrae civitatis iura*”, lo que quiere decir “la obligación es un vínculo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar una cosa, según el derecho de nuestra ciudad” (Bravo y Bialostoski, 1971, p.96). Los romanos consideraban a las Obligaciones de una manera subjetiva, ya que éstas eran ataduras a la persona que contraía una deber hacia otra a través del *nexum*, y que en caso de incumplimiento el *praetor* por medio del *manus iniectio* autorizaba al acreedor y concedía un poder de tipo ejecutivo para exigir el cumplimiento del compromiso.

Etimológicamente, el vocablo OBLIGACIÓN, proviene de dos palabras latinas: OB (por) y LIGARE (amarrar, enlazar). Según el tratadista Laurent citado por el autor Jaime Santos define al término OBLIGACIÓN así como sus efectos de la siguiente manera:

“La persona obligada está encadenada como si estuviera cargada de cadenas. Aquel en provecho de quien alguno se ha obligado a dar o hacer puede llevarlo ante los tribunales y hacerle condenar a prestar aquello a que se obligó, no librándose de esta cadena ni pudiendo romper los hierros, sino cuando ha cumplido la prestación” (Rueda, 1963, p.12)

Esta misma definición etimológica histórica establecen los autores Alessandri, Somarriva y Vodanovic:

“Obligación viene del latín ob-ligare (atar a, ligar con). Significa, pues, ligar o amarrar, porque el deudor, el obligado, en la fase más primitiva del Derecho Romano, podía realmente ser atado con cuerdas o cepos. Por el contrario, solvere, pagar, es desatar, desligar, porque con el acto del pago el deudor se liberaba de sus amarras”.(2001, p.7)

Las nociones anteriores son claramente descriptivas y a pesar que en la época primitiva el sentido era literal, hoy por hoy al definir a la Obligación Civil a través de esta metáfora es con la finalidad de lograr un mayor entendimiento acerca de la trascendencia y los efectos al momento de contraer una obligación. De la misma manera determina la acción que le asiste al deudor el momento de que la prestación no se lleve a cabo.

Los tratadistas contemporáneos, tales como: Rangel y Sanromán, califican a las Obligaciones de la siguiente forma:

“Un vínculo jurídico por el cual una persona llamada acreedor puede exigir a otra llamada deudor, una prestación que puede consistir en un dar, hacer o un no hacer. Por tratarse de un

vínculo tiene la característica de que, en virtud del mismo, se puede constreñir al deudor en caso de que no cumpla con la obligación. Los sujetos de dicha relación son el acreedor y el deudor. El acreedor es el sujeto activo que tiene la posibilidad de exigir al deudor determinada prestación. El deudor es el sujeto pasivo que tiene que cumplir dicha obligación.”(2007, p.101)

De la cita precedente, se desprende que: Los elementos de los que se compone una obligación: el nexo, la capacidad de los sujetos, y el objeto. Estas figuras son lazos de carácter jurídico, lo que significa que los efectos de lo contraído trascienden lo físico y moral, traduciéndose en una ficción legal que une a un sujeto con otro por la voluntad de obligarse a una determinada prestación y cuya exigibilidad se encuentra respaldada por la ley. El autor René Ramos Pazos al respecto nos dice:

“Que se trate de un vínculo jurídico significa que nos encontramos ante una relación protegida por el derecho objetivo, lo que hace diferencia entre obligación y otros deberes, como los morales” (2008, p.5)

De los enunciados elementos de una obligación civil, el nexo, es el más importante de los tres, por cuanto es el hecho conector por el que uno o varios sujetos se relacionan para el cumplimiento de un determinado hecho sea éste positivo (de hacer) o negativo (no hacer). Sin embargo, como se analiza en el desarrollo del capítulo, este nexo puede generarse de diferentes causas, las que se explican más adelante y que jurídicamente se las ha denominado: Fuentes.

Los sujetos, por otra parte, son los protagonistas del hecho y los que, para que para obligarse y expresar su consentimiento deben ser legalmente capaces. Capacidad entendida como la facultad de goce y ejercicio de un derecho, la primera la ostentan todos los sujetos por su naturaleza propia y la segunda la tienen aquellos que, de conformidad con la legislación ecuatoriana, han cumplido la mayoría de edad. La capacidad es una calidad que no ostentan

todas las personas, y es por ello que el Código Civil ecuatoriano ha determinado de manera taxativa y excepcional, aquellos sujetos que no disponen de ésta: *“Art. 1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”*. De esta manera, la ley ha declarado en enumeración específica, a los denominados: incapaces relativos, siendo aquellos cuyos actos son válidos en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones; incapaces absolutos, cuyos actos no son válidos bajo ninguna circunstancia y no surten efectos jurídicos; e, incapacidades especiales, las que consisten en prohibiciones legales para determinados casos, como por ejemplo: la prohibición de celebración de contratos entre cónyuges, contemplada en el artículo 218 del Código Civil vigente. Así es como la norma pertinente del Código Civil, advierte en su Art. 1463 que: *Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito... Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.*

La capacidad es un elemento de gran importancia en la teoría de las obligaciones, puesto que únicamente quienes son capaces, pueden adquirir obligaciones y por ende, responder por las mismas en caso de no cumplirlas o cumplirlas de manera parcial, etc., según corresponda el caso.

Y por último, el objeto. En este punto, el objeto de una obligación se define en una prestación. Ossorio (2010, p. 758) ha definido al término “prestación”, como un deber jurídico. La doctrina ha englobado en este término al *dar, hacer, y no hacer algo*. La prestación es aquello que se exige y que ha provenido de la autoridad de la ley, de un pacto o convención o a su vez de un hecho del que han resultado daños por los que se deba responder: ya sea por reparación o a

su vez por indemnización, siendo este tipo de prestación, el punto focal del presente capítulo y trabajo.

1.2 Fuentes de las Obligaciones

1.2.1 Antecedentes Históricos

Los diferentes sistemas que se derivaron de la escuela romanista y aquellos estados cuyas legislaciones fueron netamente influenciadas por sus principios y consecuentemente adoptaron: concepción, fuentes y efectos de sus instituciones. Sin embargo vale la pena recalcar que aunque se otorgue al Corpus Iuris Civilis del emperador Justiniano, todo el derecho romano, no hay que olvidar que éste es una recopilación de los fallos de juristas del período de la época clásica. Así, la fuente del derecho en Roma fue diferente en los dos períodos: clásico y posclásico.

“Mientras en la primera el derecho surge espontáneamente de la actividad jurisprudencial y se enriquece y renueva permanentemente por el contacto directo del jurista con el ciudadano romano, con una gran dosis de flexibilidad y adaptabilidad a la realidad social y política de la Roma de entonces en la época posclásica el derecho abandona esa fuente vital de creación que era la jurisprudencia y comienza su etapa decadente de reducir el mundo cambiante y dialéctico de lo jurídico a las normas escritas.”(Sarmiento, 2002, p.124)

Es así como de manera expresa las obligaciones y su clasificación se plasman en el libro *Instituta* (Instituciones) del Corpus Iuris Civilis, en el que ya se hacía distinción de las figuras de: contratos, delitos, cuasidelitos y cuasicontratos como fuentes de las obligaciones civiles. (Alessandri et al. 2001, p.29)

Las fuentes de las obligaciones son aquellas figuras que dan creación a éstas, ya que los vínculos obligacionales no nacen por sí solos ni tienen la capacidad

de autogenerarse, requieren necesariamente de un hecho o acto que propicie su nacimiento.

Las legislaciones influenciadas por el derecho romano tienen una técnica legalista, es decir la norma escrita es su máxima expresión del derecho. Su influencia en el Derecho Civil contemporáneo inicia con el Código Napoleónico de 1804, que ha de ser patrón para el resto de Códigos de Europa y a la gran mayoría de Códigos de América. De esta manera está el Código Civil Francés, cuya parte referente a las Obligaciones, menciona en su artículo 1370 que:

“Ciertas obligaciones se forman sin que intervenga ningún convenio, ni por parte de aquel que se obliga, ni por parte de aquel hacia el cual está obligado. Unas resultan de la autoridad de la ley; las otras nacen de un hecho personal de quien se encuentra obligado. Las primeras son las obligaciones adquiridas involuntariamente, tales como las adquiridas entre propietarios vecinos, o las de los tutores y otros administradores que no pueden rehusar la función que les ha sido encomendada. Las obligaciones que nacen de un hecho personal de quien se encuentra obligado, resultan de los cuasicontratos, o de los delitos o cuasidelitos...”

De forma similar el Código Civil Chileno, como punto de partida del Código Civil Ecuatoriano, hereda en su Art. 1437 la misma concepción de la norma madre francesa; por lo que consecuentemente el Código Civil del Ecuador tiene en su texto una transcripción casi textual de lo determinado en la normativa chilena: *Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.*

Tal como se ha enunciado, las fuentes de las obligaciones están establecidas por la ley, es decir que sus únicas fuentes serán las contempladas por la normativa. En este punto cabe exponer que la ley es una fuente directa e indirecta de obligaciones. Es directa porque es una fuente de obligaciones per se, siempre que en la misma ley se encuentren establecidos los casos de obligaciones. Por ejemplo: En los casos de obligación de alimentos que tienen los padres hacia los menores.

En tanto es indirecta por el hecho de que sus fuentes solo son las establecidas legalmente. A esto es importante decir que siempre las fuentes de las obligaciones serán legales. Sin embargo la norma si bien contempla las fuentes de obligaciones, estas figuras son generales y los casos en concreto para la determinación de una fuente se rigen por los principios y características propias de cada una.

1.2.2 Obligaciones en la Legislación Ecuatoriana

En la legislación ecuatoriana, el Código Civil no establece una definición exacta de Obligaciones, únicamente su artículo inicial en el Libro IV, determina sus formas de nacimiento y proveniencia. Sin embargo, sí fija claramente las fuentes de las que provienen. Su enumeración es de carácter general. Esto debido a que no existe un detalle de los hechos en concreto que generan que un sujeto se obligue hacia con otro.

Se entiende por FUENTE *“al hecho, acto o disposición legal en que se origina la obligación”* (Álvarez, 1984, p.12)

Para explicar lo anterior, se observa que las fuentes de las obligaciones en ciertos casos nacen de la ley, esto es: la misma norma establece deberes en determinados asuntos y que son válidas ya por el simple ministerio y naturaleza imperativa. Así tenemos, entre otros, por ejemplo: a las obligaciones de los padres a dar alimentos a sus hijos, o a la obligación del albacea de hacer cumplir la última voluntad del testador y custodiar los bienes de éste.

De la misma manera en la clasificación de las fuentes de las obligaciones, se hallan aquellas que se derivan de una convención o un contrato. La ley se refiere a estos en amplitud y se entiende que es cualquier tipo de contrato en cuanto a: materia, objeto, precio, etc., los cuales están contemplados en el Libro IV del Código Civil.

Ahora, aquellas obligaciones en las que no media una convención para su nacimiento, tenemos a los hechos voluntarios y los hechos ilícitos. Respecto de los hechos voluntarios, fuente a la que el legislador ha colocado el ejemplo de la aceptación de la herencia, siendo que como éste, pueden ser varios los hechos propios que un sujeto realice, por ejemplo: el ejercicio de una acción judicial, constriñe a la persona que la ha ejercido, a responder por sus efectos a la contraparte.

Sin embargo, en esta fuente, el legislador ha colocado la figura de los cuasicontratos, los mismos que se tratan de *“actos lícitos y voluntarios productor, aún sin mediar convención, de obligaciones unas veces recíprocas entre las partes; otras, respecto a uno de los interesados, y otras, en beneficio de un tercero”*.

La ley en este punto, sí ha enumerado a los principales cuasicontratos en su artículo 2185, y son: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido, y la comunidad; aun así no ha limitado a que sean exclusivamente éstos los únicos cuasicontratos que pueden suscitarse. Sin embargo, se hace énfasis en que los cuasicontratos son Hechos Lícitos, a diferencia de los Delitos y Cuasidelitos, que responden a hechos voluntarios y/o ajenos cuya característica principal es la Ilícitud.

Esto lo vemos plasmado en el artículo pertinente del código civil cuando el legislador ha colocado la palabra “como” al explicar la clasificación de las fuentes. Así por ejemplo cuando el texto menciona: *“ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos”*, se evidencia que los delitos y cuasidelitos no serían las únicas fuentes capaces de irrogar un daño y generar una responsabilidad, sino que

podrían existir otras que igualmente podrían comprometer al agente a la reparación o indemnización de un perjuicio. De igual manera dentro de los delitos y cuasidelitos no existe una mención taxativa de los casos que podrían denominarse como tales, ya que varias circunstancias podrían cumplir las características de estas figuras y configurarse como tales siempre y cuando sigan la regla general del artículo 2229 del Código Civil.

1.3 Los hechos ilícitos

En la época romana clásica esta figura ya existía, denominándose *obligatio ex delicto*, el mismo que se establece como un acto ilícito castigado con una pena. Y posteriormente en el período posclásico se la denominaba como *delictum*, y conllevaba la imposición de una pena pública y/o privada, ya que los delitos de carácter civil y penal se confundían en esta época, siendo tratados de manera igual.

En la legislación ecuatoriana, los hechos ilícitos se encuentran establecidos en el Título XXXIII del Libro IV del Código Civil y se los ha clasificado en: delitos y cuasidelitos. *Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*

El texto legislativo expone estas dos fuentes en un solo Título, asimismo lo ha realizado la doctrina contemporánea. El jurista Juan Larrea Holguín(2004, p.54) considera que estas dos fuentes se tratan de manera conjunta debido a que: *“Tanto en el delito como en el cuasidelito hay una conducta, acción u omisión, que contravienen alguna norma jurídica o hieren la justicia”*, es por el elemento común de la conducta, acto u omisión y además por los efectos que ambos producen, que en la legislación y en los tratados de la materia se las estudia simultáneamente, aunque a las dos las diferencie su forma de configuración, lo cual será objeto de estudio más adelante.

Sin embargo de lo expuesto, en este capítulo los delitos y cuasidelitos se tratarán por separado, con el objeto de distinguir las características comunes

de cada uno así como sus diferencias, con la finalidad de comprender así el surgimiento de las obligaciones de cada uno de estos.

De lo enunciado por el jurista Larrea Holguín, el acto u omisión debe transgredir un principio expreso o a su vez herir la justicia. Ossorio define a la Justicia como la *“Virtud que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde. En sentido jurídico, lo que es conforme a derecho”* (2010, p. 526). De manera general podría considerarse que el herir la justicia significa contrariar las normas de derecho, entendiéndose así al derecho positivo y al derecho natural, este último conocido como el conjunto de normas anteriores a aquellas creadas por el Estado y cuya base radica en: la naturaleza propia del hombre y su convivencia en sociedad; la justicia, como el precepto de “dar a cada quien lo suyo”; y el bien común.

En virtud de lo expuesto, el hecho ilícito puede generarse tanto por la violación de una norma positiva, como también por la contradicción de lo justo, y esto puede estar como no, establecido en la ley.

En cuanto a su la calificación como fuente de obligaciones, el autor Hernán Darío Velásquez nos indica:

“El hecho ilícito es fuente de obligaciones cuando se trata del acto doloso o culposo que realiza una persona y que causa un daño a otra sin que, previamente exista una obligación determinada entre los dos”(2010, p.651)

1.3.1 Características de los Cuasidelitos y Delitos

La sentencia de la primera sala de la Ex Corte Suprema de Justicia de 19 de marzo de 2003, establece claramente las características de los cuasidelitos, sin embargo y como se ha mencionado anteriormente, los delitos y cuasidelitos han sido considerados como un solo elemento conjunto, por el efecto semejante que producen.

*“Las características fundamentales del cuasidelito en nuestra legislación civil, se individualizan como: a) Son una de las fuentes de las obligaciones; b) La responsabilidad a que dan lugar es extra contractual; c) Se trata de **hechos ilícitos** culposos cometidos por una persona; d) Debe haber una relación de causalidad entre tales hechosculposos y el daño, patrimonial o no patrimonial, inferido a otro; e) Aunque el delito es cometido con intención de dañar, es decir con dolo, y el cuasidelito sin tal intención, pero sí con culpa, la ley no distingue esta diferente situación de intencionalidad para efectos de la responsabilidad del hechor; f) Esta responsabilidad se concreta en la obligación de indemnizar a la víctima por el daño o perjuicio sufrido, obligación que debe entenderse como la manera de reparar dicho daño o perjuicio.”(Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No.7. p. 1853)*

En la cita precedente, la sala, ha sido bastante clara en la determinación de las propiedades de los hechos ilícitos y su caracterización, con la finalidad de conocer cómo un hecho cualquier puede llegar a ser considerado como tal. Es por ello que ha considerado lo siguiente en cuanto a los hechos ilícitos:

En primer lugar se establece la naturaleza de los mismos y cómo se los considera dentro del campo jurídico: fuentes de obligaciones civiles. Éste aspecto permite conocer cuáles son los efectos de su existencia, es decir su manera de trascendencia en lo jurídico y su resultado vinculante.

En segundo lugar, determina qué tipo de efecto es el que producen estas fuentes de obligaciones. La responsabilidad civil de tipo extracontractual, es el resultado del cometimiento de un hecho ilícito, el mismo que al inferir daño a otra persona, crea la obligación de reconocer el perjuicio a través de la reparación o la indemnización.

No obstante, esta responsabilidad no se genera a partir de una convención previa, sino que nace de un hecho ilícito cualquiera, que no se deriva de ningún incumplimiento de algo pactado.

En tercer lugar y como se ha mencionado reiteradas veces, los cuasidelitos y delitos, son hechos cuyo presupuesto principal es la ilicitud de la que están revestidos, puesto que el hecho debe violar una norma jurídica (esto abarca a las normas de las fuentes del derecho) o a su vez ser el resultado del no acatamiento de una.

En cuarto lugar: *“Debe haber una relación de causalidad entre tales hechosculposos y el daño, patrimonial o no patrimonial, inferido a otro;...”*, cómo se observa más adelante, la relación causalidad es un requisito para determinar la imputabilidad de un hecho al sujeto que lo cometió, puesto que no sólo se requiere que un hecho ilícito haya causado daño, sino que es prescindible que este resultado tenga relación con el hecho, con el objeto de determinar su responsabilidad. Puesto que si no hay responsabilidad, tampoco hay obligación de resarcimiento.

Para fundamentar lo anterior, Gamarra sostiene que *“Para que exista responsabilidad es necesario que la conducta del demandado sea la causa de lesión que sufrió el actor; sin nexo de causalidad no habrá responsabilidad”* (2007, p.41). La función de este nexo causal, *“es justamente la de imputar un evento a un sujeto (por ello se dice es un puente entre el evento dañoso y su autor).”* (Ibídem, p.41).

En quinto lugar, los magistrados han considerado como característica fundamental, la intencionalidad dentro del cometimiento de los delitos y cuasidelitos, aunque en la legislación y en la doctrina ambas figuras han sido consideradas como un conjunto y van de la mano por el efecto que estas producen, así como la responsabilidad que generan. La diferenciación en

cuanto a la intencionalidad, ha sido funcional solo para distinguirlas entre sí, mas no para darles un tratamiento diferente.

Adicionalmente, se ha establecido que la responsabilidad extracontractual se traduce en la reparación de un perjuicio o la indemnización del mismo a la persona que lo sufrió, por parte de quien lo ocasionó y habiéndose cumplido los requisitos que se han mencionado anteriormente: daño, nexo causal e intencionalidad. Éste es el fin último de la responsabilidad civil.

En caso que el incumplimiento o cumplimiento insatisfactorio de un contrato o una convención previa, existe Responsabilidad también, llamada de tipo Contractual, la misma que como se verá en su momento, conlleva compromisos de otra índole por parte del deudor.

El tratadista Arturo Alessandri nos manifiesta lo siguiente acerca de la caracterización de los hechos ilícitos:

“Lo que caracteriza esencialmente al delito y al cuasidelito civil es el hecho de inferir injuria o daño a otra persona. El hecho ilícito que no causa daño no es ni puede ser delito ni cuasidelito civil. La obligación de reparar el daño nace precisamente de haberse causado éste. Sin daño no hay responsabilidad civil.”(1943, p.12)

Es por ello que los delitos y cuasidelitos han tenido un tratamiento análogo tanto para la doctrina como la normativa, siendo que ambos ocasionan un mismo resultado. De lo enunciado por el autor el presupuesto infaltable para que la obligación indemnizatoria nazca, es sin duda: la existencia de un daño, un detrimento que sea susceptible de ser resarcido y que haya provocado una disminución o una alternación negativa en el patrimonio de la víctima o a su vez un detrimento en su moral o psiquis.

1.3.2 Elementos de los Hechos Ilícitos

La doctrina ha subsumido de manera unificada a los Delitos y Cuasidelitos dentro de la categoría de los HECHOS ILICITOS de manera general, puesto que la distinción de ellos no afecta a sus resultados. Así Arturo Alessandri (1943, p.15) sostiene que esto se da a que *“el ofensor debe por igual reparar plenamente el daño causado”*. Se ha señalado que el primer presupuesto de los delitos y cuasidelitos, es el hecho ilícito, comprendido como *“Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, equidad, razón o buenas costumbres. Lo ilícito puede violar la ley positiva, la moral o la religiosas”* (Ossorio, 2010, p.466)

La doctrina ha enumerado los elementos concurrentes de los hecho ilícitos, algunos tratadistas los consideran requisitos de los hechos ilícitos como fuentes de obligaciones civiles: *“El hecho ilícito – fuente de obligaciones – es una conducta antijurídica, culpable y dañosa”* (Bejarano, 2002, p.171). Se entiende por hecho, a la acción u omisión. Estos supuestos se diferencian entre sí en que,

“...mientras las acciones ilícitas se configuran más claramente como violaciones de un precepto; en el caso de las omisiones, se ha planteado la duda de si toda abstención es omisión, o solamente se ha de considerar una omisión ilícita aquella que implica el incumplimiento de un deber estricto, concreto, imperado por una ley positiva.”(Larrea Holguín, 2004, p.66)

El hecho, sea acción u omisión, debe ser antijurídico, es decir que vulnere una disposición expresa o un principio general del derecho, *“entre tales principios figura particularmente el deber jurídico de respetar el derecho ajeno”* (Bejarano, 2002, p.173).

Los delitos y cuasidelitos civiles pueden consistir bien en un obrar positivo como en no ejecutar un determinado hecho, sin embargo la doctrina ha calificado la distinción entre la culpa *in committendo* y la *in omittendo* como inútil. Esto nos explica el autor Alessandri citando a Mazeaud:

“Tanto los delitos y cuasidelitos de acción como los de omisión producen idénticos efectos y están regidos por las mismas reglas. Unos y otros obligan a su autor a reparar el daño causado si el hecho o la abstención que los constituye es ilícito.” (1943, p.18)

Así se observa que tanto la distinción entre delitos y cuasidelitos como la distinción entre delitos y cuasidelitos de omisión o comisión, han sido calificadas como inútiles y poco prácticas, ya que el grupo genérico de los hechos ilícitos envuelve de por sí sus efectos: ocasionar un daño y generar la responsabilidad del autor que lo comete.

Por lo expuesto, el obrar del autor, sea esta una acción o una omisión, a su vez se requiere que sea voluntario, es decir que exista el deseo y consentimiento de cometer determinado acto, para esto puede que lo realice de manera intencional como no: con culpa o dolo; sobre este elemento se habla más adelante, puesto que es lo que diferencia a los delitos de los cuasidelitos.

También para que un hecho ilícito genere una obligación, es necesaria la existencia de un daño, el mismo que debe ser cierto y menoscabar un derecho protegido por la ley; lo anterior se debe a que los hechos ilícitos por sí solos no generan obligaciones para quien los cometió y no tienen el efecto de responsabilizar al infractor, si estos no han ocasionado un daño, sin perjuicio de que existan sanciones por violaciones a normas expresas.

Lo anterior establece la atipicidad taxativa de los hechos ilícitos que podrían provocar un daño, puesto que éste puede ser generado a partir de cualquier acto u omisión que se cometa. De aquí, nacerá la responsabilidad civil que obliga al sujeto que cometió u omitió un acto y que por consiguiente, generó un perjuicio a otro. Sin embargo, es importante conocer a qué debe lesionar un hecho, para que de éste nazca la obligación civil de reparar y/o indemnizar.

“El fin último de la responsabilidad civil es la indemnización de los detrimentos que se ocasionen a los particulares como consecuencia del incumplimiento de una relación jurídica obligacional, o por los efectos negativos que las actividades de

una persona generan en otra, sin que exista un vínculo previo entre el productor del daño y la víctima. La responsabilidad civil es a su vez el fundamento de la reparación civil.” (Narváez, 2008, p.30, www.uasb.edu.ec, Recuperado el 14 de Abril de 2012)

En adición a lo anterior, el tratadista Tamayo Lombana (1998, p. 42) considera que *“no es necesaria la lesión de un derecho; basta la lesión de un interés cualquiera. Lo que se requiere es un perjuicio cierto”*. Lo anterior se ha extendido de esta manera, por cuanto los hechos ilícitos en ciertos casos pueden ser situaciones de hecho que no esencialmente encuentran su fundamento en un derecho. Es así, que el daño toma importancia por ser el menoscabo real que sufre una persona sea patrimonial como extra patrimonialmente. Más adelante se trata del Daño con mayor amplitud y detenimiento.

1.3.3 Diferencias entre Delitos y Cuasidelitos.-

Los Delitos y Cuasidelitos se distinguen entre sí por la intencionalidad en su cometimiento, por lo que de esta manera se tiene que: los delitos se configuran cuando en el cometimiento del daño, se ha obrado con la intencionalidad de provocarlo, es decir con dolo. A su vez los cuasidelitos se configuran cuando se ha inferido daño a otra persona sin la intencionalidad de ocasionarlo, es decir debido a la culpa.

El autor Arturo Alessandri realiza una diferenciación clara entre ambas figuras:

“Mientras el delito es el hecho ilícito cometido con intención de dañar, el cuasidelito es el hecho ilícito cometido sin esa intención. El delito supone dolo, la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, el animus nocendi. El cuasidelito en cambio supone la culpa, falta de diligencia o cuidado, en otros términos, imprudencia, negligencia o descuido. En el delito el daño ha sido deseado por su autor; éste ejecutó el hecho precisamente con el propósito de inferir injuria a la persona o

propiedad ajena. En el cuasidelito, su autor no ha deseado el daño, no ha tenido la intención de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, si el daño se produjo, fue por imprudencia, negligencia o descuido grave” (1943, p.13)

La intención viene a ser el elemento que a ambas figuras las hace diferentes una de la otra, ya que de manera general se las considera hechos ilícitos, de carácter perjudicial y creadoras de obligaciones.

En la misma línea de concepción, el autor Larroucau las ha distinguido de la siguiente manera:

“El delito es un hecho ilícito y cometido con la intención de dañar, mientras que el cuasidelito es el hecho culpable cometido sin la intención de dañar. Lo que caracteriza esencialmente a ambos es el hecho de inferir injuria o daño a otra persona, en tanto que difieren en un elemento de carácter psicológico: la intención del autor.”(2007, p.35)

Sin embargo y aunque en la doctrina y la ley ambas figuras son enunciadas en una misma clasificación si bien separadas la una de la otra, su diferenciación carece de funcionalidad debido a que las dos conllevan un mismo resultado. Así el autor Alessandri nos explica esta posición:

“Carece de justificación teórica, porque ambos son hechos ilícitos. Carece también de interés práctico porque uno y otro obligan a su autor a reparar el daño causado en idéntica forma y en su totalidad, toda vez que el monto de la indemnización de se regula en atención a aquél y no a la naturaleza del hecho que lo generó.”(1943, p.15)

Ante esto, los autores y tratadistas han considerado esta distinción como infructuosa, puesto que, siendo que el autor actúe con dolo o con culpa, el resultado dañoso es el mismo y por ende la obligación que nace del daño

provocado no cambia por el hecho de la intencionalidad con la que se cometió. Sin embargo, como se ha mencionado, para efectos del presente trabajo, se realiza un análisis de ambas figuras por separado, ya que a pesar de que su distinción no influye para determinar si hay responsabilidad o no, el derecho las ha separado en su clasificación.

Así en el Código Civil, el legislador tampoco ha hecho diferencia en cuanto a la valoración de estos dos en ningún caso, salvo por la intencionalidad con la que se producen, siendo que esto en la práctica no tiene trascendencia. No existe norma alguna que en base a la diferencia de intencionalidad con la que un sujeto actúe, establezca que un hecho ilícito siendo cometido sea con culpa o dolo, tenga tratamiento distinto.

Así el ser un delito o un cuasidelito, en ningún caso influye ni para agravar o atenuar la responsabilidad, ni para alterar la suma por concepto de indemnización, ni impone al juzgador una manera diferente de apreciación de la actuación del demandado.

“Las consecuencias son las mismas, ya se trate de un perjuicio ocasionado con la intención de causarlo o sin esa intención, en virtud de una imprudencia o negligencia. La obligación, en cualquiera de los dos casos, es la de indemnizar el daño.”(Tamayo, 1998, p. 56)

Aunque algunos autores, como Arturo Alessandri sostienen que la distinción entre delitos y cuasidelitos debería desaparecer en el derecho positivo y ambos hechos deberían comprenderse bajo la denominación genérica de actos o hechos ilícitos. (1943, p.15).

La distinción que se ha realizado entre ambos hechos, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de 18 de Agosto de 1999 califica a los hechos ilícitos de la siguiente manera:

“El hecho ilícito puede constituir un delito o un cuasidelito. Delito es el hecho cometido con la intención de dañar, esto es, con dolo, que según el artículo 29 del CC es la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Cuasidelito es el hecho ilícito cometido con culpa, que según el inciso tercero del artículo 29 citado, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Un mismo hecho ilícito puede constituir delito y cuasidelito, de acuerdo con la circunstancia de haber sido cometido con malicia o dolo, o con negligencia o descuido.” (Registro Oficial No. 257, 1999, párr. 2)

El considerando citado, adicionalmente determina la concurrencia de ambas intenciones en el cometimiento del hecho ilícito, sin embargo y como se ha mencionado: la intencionalidad con la que se comete un determinado hecho dañoso no tiene ninguna relevancia en los efectos de la Responsabilidad.

Tenemos así, que la circunstancia de haber cometido un hecho con dolo o culpa, en el campo civil no altera la realidad dañosa ocasionada y por ende no afectaría sus repercusiones. De esta manera, no altera el grado de intencionalidad del agente perjudicial en caso de haber cometido un determinado hecho ilícito con culpa o malicia, ya que éste responde por la lesión provocada así sea un delito o cuasidelito.

Lo anterior ocurre porque en el ámbito civil, si bien se castiga el hecho de haber perjudicado a alguien por el cometimiento de un hecho ilícito, no importa a la esfera civil la intencionalidad con la que se cometió: si dolo o culpa; le interesa sí, el hacer responder por el daño ocasionado. Lo que no ocurre con los delitos penales, en los que el dolo es un elemento crucial de la figura. Por ello, es importante establecer las diferencias entre los delitos civiles y penales.

1.3.4 Delitos Civiles y Delitos Penales

Como se ha mencionado anteriormente, los delitos civiles son hechos antijurídicos, que provocan un daño y cuya intencionalidad es positiva, es decir que el actuar del sujeto tiene como finalidad la ocasión del perjuicio. Así Josserrand lo ha definido: “*Un delito, si ha causado el daño intencionalmente, si se ha propuesto perjudicar al prójimo, si ha obrado o se ha abstenido de obrar animo nocendi*” (2008, p.227).

En el derecho romano, de los dos períodos que se ha mencionado, sólo es en el clásico donde se distinguen a los delitos civiles de los penales, los juristas denominaban a éste último como *crimen*. En el período siguiente, con el derecho de Justiniano, y aunque sí se estableció que el delito era una fuente de obligaciones, sin embargo no estableció de manera precisa los elementos y características, lo que provocó que se confundieran las nociones de delito y crimen y consecuentemente existía una dificultad al momento de distinguir la Responsabilidad Civil de la Penal. (Sarmiento, 2002, p.124)

Es importante sin embargo, tomar en cuenta que, existen en el derecho, tanto los delitos civiles como los penales. Ambos son actos u omisiones causadas de manera intencional y cuya consecuencia es la ocurrencia de un daño. Sin embargo cuentan con distinciones que trascienden de manera significativa:

1.-El delito penal responsabiliza al culpable frente a la sociedad, en tanto el delito civil lo hace frente al autor del daño y a su víctima. Siendo que los ilícitos de índole penal son contrarios al orden público, en tanto los ilícitos civiles corresponden al derecho privado.

2.-El resultado en la comisión de ambos ilícitos, no es la misma. En el caso de los delitos penales, las sanciones son de naturaleza represiva: multas, penas privativas de libertad; mientras que los delitos civiles, las medidas se direccionan a un sentido reparatorio y/o indemnizatorio. Sin embargo, así como lo manifiesta el tratadista Juan Larrea Holguín “*No se excluyen recíprocamente los dos géneros de sanciones, sino que, por el contrario, pueden imponerse ambas. Un acto ilícito puede ser sancionado civil y penalmente*”. (2004, p.56)

3.- La concurrencia de ambos es independiente. Esto significa que pueden existir ambos de manera simultánea. Es esta distinción, Louis Josserand manifiesta que

“el delito y cuasidelito civiles implican la existencia de un daño privado, sufrido por determinada persona; ahora bien, hay infracciones a la ley penal que no causan daño a ningún particular (ciertas contravenciones; tentativas que no producen su efecto)” (2008, p.219).

Así aun existiendo la concurrencia de ambos delitos, éstos no se confunden. Sin embargo, existe prejudicialidad en algunos casos, que por su naturaleza requieren sentencia previa de una materia para poder demandar en la otra. Por ejemplo: En caso de la falsificación de firmas en una escritura pública, se requiere la sentencia ejecutoriada dictada por juez de lo civil, que determine inválido el documento; y, con esta declaración previa, se procederá con la denuncia en el campo penal por el delito contra la fe pública.

4.- La distinción más importante, es la tipicidad. Esta característica es exclusiva de los delitos penales, por cuanto conllevan sanciones que protegen al orden público y requieren por lo tanto, que se determine de forma descriptiva la conducta infractora a ser penada. *“Si no hay tipificación no se puede hablar de delito: “Nullum crimen sine lege”*” (Larrea Holguín, 2004, p.55). En tanto los delitos civiles son conductas que no deben obligatoriamente estar establecidas en la ley. El código civil establece en su artículo 2229 *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta...”*.

Lo anterior determina que cualquier hecho siempre que ocasione un perjuicio a otra persona, y le sea imputable a ésta: generará la obligación civil de reparar y/o indemnizar, de tal manera que no existe una enumeración taxativa y detallada de los hechos que pueden considerarse ilícitos, para reforzar lo dicho, Tamayo Lombana en cuanto al efecto del cometimiento de un hecho ilícito afirma que:

“Responsabilidad Penal presupone la ejecución de una conducta que esté tipificada como delito en el Código penal (nullum crimen sine lege). En tanto que en el terreno la responsabilidad civil, cualquier hecho puede comprometer la responsabilidad de su autor...” (1998, p. 7)

Así es como de conformidad con el artículo 2214 del Código Civil, la norma adicionalmente deja a salvo la posibilidad de que un mismo hecho dañoso sea descrito de manera específica en otras normas al que le sean aplicables sanciones por su cometimiento tanto de índole civil como en otra materia, como es el caso de los delitos penales.

De esta forma se colige que el presupuesto del daño, el mismo que de manera amplia se estudia en el capítulo subsiguiente, coadyuva a determinar si el mismo es consecuencia de un hecho penal, contravencional o civil. Si el hecho es penal, entonces la responsabilidad consiste en sufrir una pena o cualquier sanción prevista en la ley así como el pago de indemnizaciones.

Lo contravencional, es de naturaleza similar a la penal, aunque difiere de la misma por la gravedad de la sanción. Por otra parte, la responsabilidad derivada de hechos civiles, implica la obligación de pagar las indemnizaciones provenientes del daño ocasionado a un tercero que reclama porque su patrimonio ha sido afectado.

Es sustancial hacer énfasis en que, los delitos civiles por su naturaleza no representan otra cosa que el nacimiento de la responsabilidad que recae sobre el sujeto autor del ilícito y el cumplir la obligación significa: reparar o a su vez indemnizar.

“La finalidad de la responsabilidad civil es la reparación, la indemnización, mientras que el fin de la responsabilidad penal es la sanción” (Tamayo Lombana, 1998, p.7)

1.4 Efecto de los Hechos Ilícitos

“La obligación de “responder” por los daños causados tiene su origen en el principio universal de justicia que pretende la restitución del patrimonio de la víctima al estado anterior a la concreción del acto dañoso”. (Narváez, 2008, p.29)

Lo enunciado es una definición que permite entender el origen de la obligación que nace al momento del cometimiento de un hecho ilícito o a su vez de violaciones a estipulaciones pactadas. El mismo que tiene su fundamento en un deber que repercute más allá de un deber que se encuentre contemplado en la norma, sino que responde a un deber de justicia de carácter universal.

Lo anterior indica que, lo que exige esta obligación es la restitución del patrimonio de la víctima a la situación que se hallaba antes de sufrir un detrimento y además en caso de que éste haya causado pérdidas futuras o adicionales, el agente dañoso se obliga a compensar pecuniariamente por los resultados de su proceder.

Se obtiene entonces que las fases para determinar las obligaciones civiles nacidas de un delito o cuasidelito o a su vez de la violación de una obligación contraída por medio de un convenio, se resume en la siguiente secuencia: Provocación de un hecho, sea éste acto u omisión, el cual es el activador que al originar un daño a un derecho tutelado o un interés legítimo, cuyo efecto sea atribuible al agente que lo ocasionó, lo hace responsable civilmente frente al sujeto perjudicado por la reparación de la lesión producida o a su vez el indemnizar por su ocasión.

La Responsabilidad Civil dependiendo del hecho del que se genere, se clasifica en dos tipos: Contractual y Extracontractual y a su vez se conforma de subelementos para su existencia y procedencia.

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A manera de preámbulo y para comprender mejor la figura de la Responsabilidad, es importante conocer que es de tipo jurídica, es decir que trasciende e importa al derecho y que el ordenamiento jurídico la contempla y regula. Es por ello que en las diversas ramas, la figura de la responsabilidad se hace presente. Así tenemos por ejemplo: responsabilidad civil, laboral, penal, tributaria, etc. El autor Arturo Alessandri la define de la siguiente manera:

“Es la que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contrarios al orden social. En otros términos viene de una violación de un contrato; de la comisión de un delito o cuasidelito civil o de un delito o cuasidelito penal o simplemente de la ley. En los dos primeros casos y en el último la responsabilidad es civil; en el tercero, penal.” (1943, p.26,27) ¹

Así los efectos de la Responsabilidad sea esta civil o penal no son los mismos y es por ello que jurídicamente se las ha separado. En la Responsabilidad Civil, el nacimiento se da por la comisión de un hecho ilícito productor de un daño, es decir de un delito o cuasidelito civil. En tanto la Responsabilidad Penal es generada por un ilícito penal, cuyas características como se ha observado anteriormente, son distintas a las de los civiles y sus efectos consecuentemente difieren.

Con esta distinción, entraremos al estudio de la Responsabilidad Jurídica Civil como generadora de obligaciones, la misma que se obtiene como efecto de la producción de un daño generado por un hecho transgresor de un precepto jurídico o la violación de una obligación contraída convencionalmente.

¹El autor si bien se refiere en su cita a la responsabilidad jurídica, únicamente menciona a las de índole civil y penal. A lo cual aclaramos que el ámbito de la responsabilidad jurídica abarca a las ramas del derecho en las que se contraigan obligaciones, puesto que la responsabilidad jurídica como tal se genera de un incumplimiento obligacional pactado en un instrumento o una obligación legal general.

Para comprender la obligación referida, es importante analizar: la naturaleza, características, teorías, elementos, consecuencias y finalidad de la Responsabilidad Civil, así como se trata su clasificación en dos tipos: Contractual y Extracontractual, para con ello entender íntegramente el tipo al que hace referencia el contenido del presente trabajo de investigación y la trascendencia del hecho que la genera.

2.1 Generalidades.- Concepto y Ámbito

“La Responsabilidad Civil es fuente de obligaciones, por cuanto somete a quien ha ocasionado un perjuicio a otro, a reparar las consecuencias de ese daño. Tal persona que resulta obligada a indemnizar es civilmente responsable” (Tamayo, 1998, p.3).

De lo citado y tal como se ha manifestado anteriormente, la Responsabilidad se configura como un efecto generador de obligaciones. Por lo que su naturaleza de manera precisa, es un resultado de lo que ocasionan los hechos ilícitos o violaciones a estipulaciones pactadas y consecuentemente dan como resultado el acaecimiento de un daño.

El autor ecuatoriano José García Falconí la califica como: *“La obligación en que se coloca una persona para reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado; la que resulta ser civil si se origina en la trasgresión de una norma jurídica que afecte el interés de una de determinada persona”*. (www.derechoecuador.com, recuperado el 9 de Abril de 2012).

Etimológicamente, la palabra “responder” se deriva de la voz “respondere”, que significa: convertirse en garante. El diccionario jurídico de Manuel Ossorio, se define al término Responsabilidad como *“deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa p de otra causa legal”* (2010, p. 845). Además el autor, en su definición establece la diferencia entre el término obligación y responsabilidad, que en algunos casos suele confundirse:

“Realmente se trata de cosas distintas y bien diferenciadas, prevaleciendo en la doctrina el criterio de que en la globalización se ofrecen dos elementos que son, por una parte, la deuda considerada como deber, y por otra, la responsabilidad. La primera lleva en sí misma una relación jurídica válida, aun cuando pueda no ser exigible coactivamente, mientras que la segunda representa la posibilidad de exigir al deudor el cumplimiento de su obligación. Por eso se ha dicho que la responsabilidad constituye un elemento agregado al solo efecto de garantizar el cumplimiento de un deber.” (Ibídem, p. 846)

Sin embargo, en el campo del derecho el término de Responsabilidad se lo comenzó a usar en el siglo XVIII, por juristas como los hermanos Mazaud que sosteníanque:

“Una persona es civilmente responsable cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro. Ella responde de ese daño. Entre el responsable y la víctima surge un vínculo de obligación. El primero se convierte en deudor del segundo de la reparación; esta obligación se origina independientemente de la voluntad del agente” (Visser, 1986, p.14)

El vínculo al que se refieren los tratadistas citados precisamente es el generado por los hechos ilícitos que se han estudiado previamente, sin embargo se abarca dentro de estos a los hechos transgresores tanto de preceptos jurídicos, prestaciones contractuales, como deberes genéricos que afecten a la esfera jurídica ajena. (Samper, 1983, p. 19)

El ámbito, considerado como el campo de aplicación del concepto de responsabilidad concierne a todo el campo del derecho y sus principios son iguales indiferentemente del campo al que aluda. De esta manera existe responsabilidad en varias ramas del Derecho, por ejemplo: Responsabilidad

penal, laboral, civil. Esta última lo enuncia el tratadista Peirano Facio, citado por la autora Visser: *“Las normas del Código Civil constituyen principio generalísimo de la responsabilidad que tienen vigencia jurídica universal, con prescindencia de cualquier rama concreta del derecho”*. (1986, p.15, 16).

Aunque lo anterior crea una aplicación general de los principios que conforman la Teoría de la Responsabilidad Civil, que responden de manera general a la Teoría General de la Responsabilidad Jurídica, como sostiene la citada autora, éstas tendrían un tratamiento subsidiario en caso de que las Responsabilidades de otro campo del derecho, ya sean reguladas por leyes especiales.

En el desarrollo del presente trabajo, se realiza el estudio de lo que son los principios de la Responsabilidad Civil, sin embargo la aclaración correspondiente al ámbito al que hace efecto, es importante para tener claro acerca de que rama del derecho hacemos referencia, así como la legislación que tomamos en cuenta como fundamento y la trascendencia de su alcance.

2.2 Antecedentes Históricos y Evolución

La Responsabilidad que antiguamente era sancionada es la penal, siendo que los únicos castigos que se imponían se relacionaban con hechos provocados en contra de derechos como: la vida, la libertad, la propiedad, etc. Sin embargo, con el paso de los años, apareció un tipo de sanción civil, que conminaba al sujeto a reparar un daño provocado, a través de la privación coactiva de la propiedad.

En el Derecho Romano, en los tiempos primitivos se daba la llamada venganza privada ante hechos dañosos y lesivos, la que tomando la doctrina de la ley de talión “ojo por ojo, diente por diente”, facultaba a la víctima a tomar por si sola el pago de lo ocasionado por el agente del daño. Esto se daba sin ninguna intervención de autoridad pública. Sin embargo, según Gaudemet, con la venganza privada los derechos civil y penal se confunden, por cuanto la

sanción se la podría considerar de ambas naturalezas por su impacto y por el castigo que implica para el causante del daño. De esta manera, no existía un deber jurídico que naciera entre las partes involucradas, sino que el agente que cometió el daño quedaba expuesto a la venganza de la víctima.

Posteriormente, se da la llamada composición voluntaria, que consistía en un arreglo o acuerdo entre el autor de un daño y su víctima, la misma que renuncia a una venganza futura a cambio de una suma de dinero que satisfaga el menoscabo ocasionado. La transición de la venganza privada a la composición acaece con la Ley de las Doce Tablas dictada en el año 450 a.C. La característica de esta figura fue la autonomía de la voluntad de ambas partes para acordar la compensación por el perjuicio sufrido. Sin embargo, esta figura no eliminó la venganza privada, puesto que existía la salvedad de que en casos de alta gravedad del daño y excepcionalmente la víctima podía satisfacer su venganza cuando no se haya podido llegar a un arreglo en cuanto al monto a recibirse por concepto de compensación.

Ulteriormente, aparece la denominada composición forzosa, que a diferencia de la anterior, el Estado impuso como necesario este arreglo en beneficio de la víctima afectada por un daño. En tal caso, la víctima no tenía ya la facultad de escoger entre la opción de la venganza y el llegar a un arreglo, sino que este último era la vía por la cual se debían arreglar los conflictos generados por daños ocasionados. Con ello, la venganza privada se erradicó totalmente. Sin embargo, la intervención estatal no era directa, puesto que únicamente establecía la necesidad imperiosa de llegar a un acuerdo, mas no fijaba el monto al que ascendía el acuerdo, siendo que aún lo continuaban fijando las partes involucradas.

La última fase de evolución de la Responsabilidad Civil, se denominó la Represión por el Estado, que consistió en que el Estado a través del *IusPuniendi* tomó a su cargo la represión de las conductas contrarias a la norma, así como a la armonía de la sociedad, siempre dejando a salvo los intereses de los particulares que se derivaban de cada caso. De esta manera

se distinguen las consecuencias que se generan por la comisión de una determinada infracción: castigo y reparación (penal y civil).

Aunque se han señalado antecedentes del Derecho Romano, los fundamentos de la estructura de la responsabilidad civil, al menos, no tuvieron su fundamento principal en éste; luego de varios años de investigación e interpretación de juristas y especialistas, se concluye que ha de ser la escuela del Derecho Natural la que impusiera los comienzos de una nueva noción de la responsabilidad; en base a lo anterior, "*Hugo Grocio señalaba el precepto que nace de la "condición propia actual del hombre", según el cual cada persona es responsable del daño causado por su hecho ilícito*" (Oramos, p.60), lo cual se sustenta adicionalmente con otro principio atribuible al Derecho Natural: "*alterum non laedere*", que significa el deber general de no hacer daño a nadie (Larrea, 2004, p.62)

En cuanto a la evolución de esta institución y conforme lo formula el autor Dino Samper, son cuatro las características que a través del estudio y trato se han logrado establecer:

- I. Distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal
 - II. Establecimiento de un principio general de responsabilidad civil
 - III. Fundamentación de la responsabilidad civil en la culpa
 - IV. Distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual
- (1983, p.30)

Se obtiene entonces que, a través del estudio de la Responsabilidad Civil los pasos para determinar sus características esenciales inicia con:

- A. La distinción sobre la responsabilidad civil y penal, fue en Francia, cuando tratadistas como Domat, realizaron separaciones en las acciones y en las sanciones que se imponían a cada una.
- B. Es también en el antiguo Derecho Francés que, a través de las distinciones de los campos de la Responsabilidad, se establece el

principio general de ambas Responsabilidades, esto es, la finalidad que ambas persiguen: La penal, como acción del Estado, persigue la imposición de una pena contemplada en el ordenamiento jurídico para el delito en concreto. Por otra parte, la civil persigue la reparación del daño ocasionado y/o en su defecto la indemnización por haberlo padecido de manera injusta.

- C. El tercer paso de la evolución de la Responsabilidad Civil se centra en el fundamento para determinarla, esto es que en este punto a diferencia de cómo fue su tratamiento en la época romana, es que los juristas franceses consideraban que no hay responsabilidad sin culpa (se puede colocar dentro de este fundamento al dolo, ya que como se ha establecido: la intencionalidad no altera el efecto y por ende la finalidad). Esta línea subjetiva se ha mantenido a través de los años y por consiguiente, ha sido heredada por las legislaciones que siguieron como modelo al Código de Napoleón.
- D. Y, por último se tiene que la Responsabilidad Civil se distingue en dos tipos: Contractual y Extracontractual. Esta distinción se basa a su vez en la causa que genera el daño, como presupuesto de la Responsabilidad Civil.

2.2.1 Normativa en el Ecuador

En la legislación ecuatoriana, la Responsabilidad Civil se contempla en el Libro IV del Código Civil actual, cuyo fundamento es el Código Civil de Andrés Bello, de esta manera se observa que la figura no ha sido modificada en su fondo, ni ha sido objeto de reformas en su contenido desde el año 1857 en que se acogió de manera íntegra el cuerpo legal chileno.

El artículo 2214 del Código Civil establece: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*. La norma no determina una definición de lo que es responsabilidad civil como tal, pero lo hace a través de la definición de lo que son los hechos ilícitos y sus

consecuencias, que como se ha señalado anteriormente, son antecedentes de la Responsabilidad Civil, la misma que vendría a ser el efecto de la ocasión de éstos. El Código mantiene la línea de la atipicidad taxativa de los delitos y cuasidelitos civiles, estableciendo como regla general que “...*todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta...*” (Código Civil, artículo 2229), de lo anterior se deduce que “todo daño” se refiere a todo resultado que emane de un hecho ilícito y que quebrante un derecho o un interés ajeno.

2.3 Teorías de la Responsabilidad Civil

Como se ha indicado, el fundamento de la Responsabilidad Civil en un principio fue tomado de manera objetiva, es decir únicamente observando el daño ocasionado, sin importar lo que lo inspiró. Posteriormente esta idea fue tomando otro sentido subjetivo, pues se requería que la culpa tuviera presencia en la producción de un ilícito que ocasionare un daño. Sin embargo, es importante realizar un análisis de ambas teorías con la finalidad de enmarcar aquella que prevalece en las legislaciones de la actualidad y que es tomada en cuenta por las autoridades jurisdiccionales al momento de determinar la existencia de Responsabilidad Civil.

El elemento que se toma en consideración para el establecimiento de dos teorías, es el hecho que provoca el daño. Como se ha establecido, la causa generadora de un daño es un hecho ilícito o la violación contractual; sin embargo, para determinar la responsabilidad civil de un agente según estas teorías, la una toma en cuenta la intencionalidad del agente y la otra el daño como tal.

2.3.1 Responsabilidad Objetiva o del Riesgo Creado

Esta doctrina, como establece Diana Cristina Visser: “*se le imputa a una persona un resultado, como consecuencia de la simple relación de causalidad material, por haber contribuido físicamente a la realización de un hecho, sin consideración del elemento subjetivo*” (1986, p. 20). El elemento subjetivo al que hace referencia la autora, se trata de la culpa o el dolo con el que un

agente puede actuar eventualmente en la comisión de un hecho ilícito generador de un perjuicio.

También denominada Teoría del Riesgo, sus inicios van de la mano con el desarrollo del maquinismo producto de la Revolución Industrial, debido a que con el empleo de la maquinaria y los productos nocivos o dañinos para que éstas funcionen o produzcan sus resultados, el riesgo de producir un daño es alto y el también lo es el beneficio que se obtiene por estas actividades.

Las ideas en las que se basa esta tendencia, son relacionadas directamente con la actividad del sujeto, esto es la responsabilidad civil va ligada directamente con el resultado material de una actividad y la imputabilidad se atribuye a quien ejerce las acciones. Es entonces que el punto focal es el daño ocasionado, esto no quiere decir que la teoría subjetiva no lo haga, ya que sin daño no podría existir Responsabilidad. Sin embargo, la manera de idear e imputar en el un caso y otro difiere. En la Objetiva, se toma en cuenta la actividad del agente dañoso y que no existirá un perjuicio cierto, sin que quien lo haya ocasionado no haya obtenido una utilidad o provecho generado por éste. Existe prescindencia del elemento de intencionalidad, puesto que lo que concierne es el perjuicio producido. El autor Tamayo Lombana sostiene así que: *“toda persona cuya actividad ha causado un perjuicio a otra, independientemente del punto de saber si su comportamiento era o no legítimo. Toda persona asume los riesgos de su actividad”* (1998, p. 24)

2.3.2 Teoría Subjetiva o de la Culpa

Por contraparte esta tendencia toma en consideración si un daño ocasionado es producto de un acto culposos o doloso del agente. La subjetividad que se le ha otorgado a esta teoría se debe a que *“supone que el sujeto sea capaz de actuar libre y conscientemente”* (Visser, 1986, p. 21), por este libre albedrío con el que todos los sujetos legalmente capaces cuentan, supone que el cometimiento de un ilícito sea impulsado por una intencionalidad positiva o a su vez por el descuido imprudente en el actuar.

Para entender de mejor manera la base de esta teoría, es importante conocer a lo que se ha denominado culpa. Planiol citado por Gasperi, la define como *“la violación de una obligación preexistente, a cuya reparación se está legalmente obligado cuando de ella resulta perjuicio a otro”* (1964, p.10). Vale la pena recalcar nuevamente, que en el campo de la Responsabilidad Civil, aunque dolo y culpa son términos distintos, ambos pertenecen al elemento genérico denominado “intencionalidad”, por lo que de esta forma siendo que se actúe con malicia o con descuido, el resultado dañoso es el resultado común. Así lo ha determinado la la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia de 29 de Octubre del 2002, en su considerando vigésimo: *“La “culpa” y el “dolo” no son conceptos contrapuestos sino más bien diferenciados en cuanto a la manera de actuar, pero en definitiva ambas actitudes causan daño”* (Gaceta Judicial N.-10, Serie N.- 17)

En la mayoría de las legislaciones actuales, esta doctrina subjetiva ha sido predominante. Luis de Gasperi, considera que el cuasidelito en la legislación argentina se funda siempre en la culpa; en la legislación ecuatoriana la sentencia antes citada así lo establece: *“La responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración”*, de igual manera el código civil en sus artículos 2184, 2229 se remite a esta intencionalidad como componente sustancial para generar obligación de Responsabilidad.

2.4 Tipos de Responsabilidad Civil

En el campo de la Responsabilidad Civil, se han establecido dos tipos en razón del origen de la Responsabilidad, es decir a partir del hecho ilícito que la generó. Así se ha clasificado en: Responsabilidad Civil Contractual y Responsabilidad Civil Extracontractual. En el desarrollo del presente capítulo, se señalarán las características esenciales de ambas, sin embargo se realiza un análisis a profundidad del segundo tipo, por cuanto es el efecto que se deriva del hecho ilícito denominado Abuso de Derecho.

Tamayo Lombana ha diferenciado a ambas de la siguiente manera:

“La responsabilidad civil contractual resulta de la inejecución parcial o total, o de la ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. Presupone por lo tanto la existencia de un contrato válido celebrado entre las partes... La extracontractual o delictual (delictual propiamente dicha y cuasidelictual), se da en ausencia de un contrato. Resulta de un hecho cualquiera.” (1998, p.12)

La distinción de ambas clases ha sido criticada por varios tratadistas que defienden que ambas provienen de una misma fuente genérica (La Responsabilidad Civil) y que el suceso que las ocasiona es un hecho ilícito. Así Planiol citado por los autores Gasperi y Morello, opina que esta distinción es una *“ilusión, resultante de un exámen superficial: la una y la otra, dice este autor, crean igualmente la obligación de reparar por una indemnización el perjuicio ocasionado: ambas suponen una “obligación preexistente” y consisten en la “violación de una obligación”* (1964, p.20).

Sin embargo, la “obligación preexistente” a la que hace alusión el tratadista difiere en ambas clases de manera tajante, siendo que el de la Responsabilidad Civil Contractual la obligación emana de un contrato, cuyo objeto es debidamente singularizado; mientras que, en la Extracontractual la obligación preexistente consiste en el deber general de “no ocasionar daño a nadie”, que responde a un principio de convivencia en sociedad y la obligación incumplida o cumplida parcialmente no es específica y no proviene de un instrumento celebrado con anterioridad entre las partes. A esta posición se apega el autor Dino Samper, el mismo que establece que la responsabilidad y los efectos que ésta acarrea,

“...se presenta a su vez como consecuencia necesaria de una conducta contraria a derecho, ora violatoria de una obligación preconstituida, existente con anterioridad entre el autor o la víctima, ora como violación de un deber genérico de prudencia,

cuidado y diligencia o transgresión del principio del “naeminemlaedere” (1983, p.12)

En relación a esta obligación de “no causar daño a otro”, el autor Hernán Darío Velásquez establece:

“...es simplemente una forma de expresar la prohibición general impuesta a toda persona de causar ese daño, mas no es entendible como vínculo jurídico entre dos sujetos determinados, de tal manera que pueda hablarse de acreedor y deudor...La ley ni si quiera precisa esa obligación de manera expresa y afirmativa. La responsabilidad por la violación a ese deber general es la que se suele denominar responsabilidad extracontractual.”
(2010, p.651)

Hacemos énfasis entonces en que si bien existe la obligación de carácter universal de actuar de tal manera que nuestros actos no ocasionen un daño a otros, lo cual se traduce en una norma natural de convivencia y es por ello que, no se la toma en cuenta como una obligación específica que vincula a dos partes, y es de esta manera que tenemos la diferencia trascendental que permite llegar a la diferenciación de dos clases de responsabilidad: contractual y extracontractual.

A pesar de las críticas que se han impartido contra la distinción de ambas responsabilidades, en la mayoría de legislaciones se ha adoptado el tratamiento entre una y otra de manera diferenciada, considerándolas dos zonas jurídicas antagónicas, aun siendo que las dos emanan de una misma unidad genérica: la Responsabilidad Civil.

En el Ecuador, el tratamiento que se ha dado a ambas es de manera paralela, aunque por el hecho de ser ramas de un mismo tronco común, busquen un mismo fin: La reparación y/o la indemnización. La diferencia radica en el hecho que ocasiona el nacimiento de la responsabilidad, el mismo que como elemento sustancial proviene de diferentes orígenes (por la especie de norma

violada) en ambos casos. La base de la Responsabilidad, como enuncia el jurista Ospina Fernández citado por Samper:

“El fundamento en que se apoya toda la institución de la responsabilidad civil es uno mismo, bien sea que se trate de sancionar el hecho –acto agregamos nosotros-, ilícito que se ofrece cuando una persona dolosamente o por negligencia perjudica al derecho ajeno, sin estar particularmente obligada a satisfacerlo, o bien cuando estándolo, no ejecuta la prestación a su cargo destinada a la satisfacción de tal derecho” (1983, p.24)

Lo que el tratadista no expone en el texto, es que en la Responsabilidad Extracontractual, el autor del daño no estaba en la obligación de satisfacer una prestación, puesto que no existía un vínculo previo; por otra parte, en la Contractual, el agente del perjuicio si estaba en el deber de cumplir una determinada obligación existente. Sin embargo, la distinción que se realiza es de la causa que originó el daño por el cual ha de responder quien lo ocasionó y la finalidad del derecho y de la persona perjudicada es el resarcimiento de lo sufrido.

Las causas originarias de la Responsabilidad, *“se desdobla en dos direcciones, a saber: el incumplimiento de una obligación preexistente, violación de deberes nacidos en una relación jurídica que existe entre el autor y otra persona, o en la transgresión de un deber genérico de conducta, violación de deberes generales que no tienen su origen en relaciones jurídicas existentes entre el perjudicante y otra persona” (Ibídem, p.20)*

2.4.1 Responsabilidad Contractual

De la cita precedente, claramente se determina la diferencia entre ambas clases de Responsabilidad. En la Contractual, se pretende la existencia de un contrato válido, lo cual constituye un requisito sine qua non, puesto que el daño que se ocasiona ha de provenir de la obligación contraída en el instrumento.

En la antigüedad, se propuso denominar a este tipo de Responsabilidad con la de “garantía tácita”, ya que resulta ser una falla o falta en el cumplimiento de una obligación determinada y específica.

Bejarano establece la siguiente definición:

“La responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando un contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio.” (2002, p.180)

Así, el hecho productor del daño proviene del incumplimiento o cumplimiento parcial o imperfecto de una obligación contraída en una convención válida previa. Así, Olga Lucía Toro de Noguera en su tesis menciona que *“Ante el incumplimiento de una obligación se están lesionando los intereses de quien contrató”*. (1973, p.18). La norma que se viola en este tipo es de carácter contractual. El contrato como fuente de obligaciones, que conmina a las partes que lo celebran a una determinada prestación entendida por el “hacer, no hacer o dar” algo.

Una de las diferencias respecto de la Responsabilidad Civil Extracontractual es por la especie de norma que violenta, por cuanto en el contrato la obligación que se genera es de carácter mandatorio. Así partiendo de la premisa enunciada el Código Civil: Art. 561 *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

El hecho que genera este tipo de responsabilidad es limitado, puesto que se reduce al incumplimiento, o cumplimiento incompleto de una obligación determinada y limitada a la voluntad de las partes al momento de la celebración del contrato. La responsabilidad contractual puede limitarse en caso de que el contrato contenga una cláusula penal en la que se establezca la sanción que

ha de ser impuesta por motivo del incumplimiento o cumplimiento parcial de la obligación.

Por su parte la Responsabilidad Civil Extracontractual nace de un hecho cualquiera que provoca un daño, y no requiere la existencia de ninguna convención válida anterior que establezca la obligación específica a la que las partes se sujetan, ni la sanción a la que se someterían en caso de no acatar lo estipulado. Así, la parte que incumpliere la prestación contenida en el contrato o lo cumpliera de manera incompleta, se obliga hacia con la otra al cumplimiento de la cláusula penal pactada en el instrumento y en caso de no haberla estipulado, a la reparación del daño provocado dependiendo de la prestación a la que el contrato ha de hacer referencia.

El autor Alessandri (1943, p. 58) establece los requisitos concurrentes para que proceda este tipo de responsabilidad:

1. Un contrato o a lo menos, una obligación anterior;
2. Que el daño sea causado por una de las partes en perjuicio de la otra; y
3. Que el daño provenga de la inejecución de ese contrato u obligación.

La nueva obligación de indemnizar que se produce, busca el reintegrar a la parte perjudicada su patrimonio, de manera que éste vuelva al estado en el que estaba antes de la provocación del daño, cumpliéndose de esta manera la finalidad de la Responsabilidad Civil. Este deber responde a un precepto de justicia, mucho más allá de un principio legal establecido, puesto que la conducta del agente que perjudica a otro, produce una alteración a través de la producción de un daño. Así lo sostiene Larenz citado por el autor Samper, al determinar que la obligación de indemnizar y reparar se traduce en *“una exigencia de la justicia conmutativa; agregamos nosotros que la moral, la equidad y el derecho natural constituyen pilares básicos de este deber”* (1983, p.14)

En este tipo de Responsabilidad existe un fenómeno de transformación de la obligación, esto es que: Si bien antes del cometimiento del daño existía una obligación contractual consistente en una prestación, al momento del

incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso de ésta, se produce el nacimiento de una nueva obligación que bien puede consistir en la misma prestación establecida más la respectiva indemnización.

El daño que se produce en este tipo de responsabilidad se genera a partir de la inejecución de la obligación legal que media entre las partes, este aspecto es fundamental para conocer la nueva obligación que ha de nacer, ya que depende de la prestación que se incumpla para poder determinar a qué se obligará la parte infractora. De esta manera el cuadro a continuación establece la forma de reparación en el caso de incumplimiento de cada prestación:

OBLIGACIÓN	FORMA DE REPARACIÓN	BASE LEGAL
<i>Dar</i>	<i>Indemnización de Daños y Perjuicios</i>	<i>Art. 1564 Código Civil</i>
<i>Hacer</i>	<i>Indemnización por mora Hacer ejecutar el contrato o Indemnización de Perjuicios</i>	<i>Art. 1569 Código Civil</i>
<i>No Hacer</i>	<i>Dstrucción de la cosa hecha por el deudor ó por el acreedor a expensas del deudor o Indemnización de Perjuicios</i>	<i>Art. 1571 Código Civil</i>
<i>Pagar una cantidad de dinero</i>	<i>Indemnización por mora</i>	<i>Art. 1575 Código Civil</i>

(Narváez, 2008, p.35. www.uasb.edu.ec, Recuperado el 14 de Abril de 2012)

Es por ello que aunque ambas responsabilidades crean la obligación de reparar y resarcir un determinado daño, la forma de hacerlo puede variar dependiendo de lo que se haya infringido. Puesto que, en la responsabilidad contractual el perjuicio se refiere a una obligación previa y se limita a este hecho, entonces

consecuentemente la forma de reparación se remitirá a la estipulación previa que se ha vulnerado. De esta manera, el autor Arturo Alessandri nos indica:

“Para que proceda la responsabilidad contractual, es menester que el daño provenga de la inejecución del contrato o de la obligación cuasicontractual o legal que liga a las partes, en otros términos que el hecho ilícito esté constituido precisamente de ese contrato u obligación.” (1943, p.65)

2.4.2 Responsabilidad Civil Extracontractual

La segunda clase de Responsabilidad Civil es la Extracontractual, que como su nombre lo indica es “fuera de contrato”, es decir que la Obligación que ha de generarse no ha de provenir del incumplimiento o cumplimiento parcial de una obligación contractual, sino que ha de nacer de un hecho cualquiera que provoque un daño a una persona con la cual no exista una relación jurídica previa.

“Si el hecho ilícito generador del daño no tiene relación alguna con el contrato o con la obligación preexistente que liga a las partes, aunque se haya cometido con ocasión de uno u otra, la responsabilidad será delictual o cuasidelictual.” (Ibídem, p.65)

Es así que en la responsabilidad civil extracontractual el motivo del daño no ha de provenir de una convención anterior sino de un hecho cualquiera. Según el mencionado autor inclusive en caso de que el perjuicio se ocasione en el evento del cumplimiento de una obligación contraída, el hecho de no ser un incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso de lo estipulado, ya lo convierte en un daño que consecuentemente comprometa a su autor a la responsabilidad de carácter extracontractual.

También denominada Responsabilidad Delictual y/o Aquiliana, por la LexAquiliana de la Roma del siglo XIX que la reprodujo inicialmente, presupone una *“reacción del ordenamiento jurídico entre la violación de otros intereses jurídicos: derecho subjetivo o interés legítimo”*. (García, 1995, p.3)

A lo que se refiere el autor en la cita anterior, es a la diferencia con la Responsabilidad Civil Contractual y deja abierta la posibilidad de que el hecho generador de la Responsabilidad Extracontractual responda no solamente a derechos consagrados por el ordenamiento legal, sino que la lesión recaiga en un interés de la víctima siempre y cuando éste sea lícito.

La finalidad de este tipo de Responsabilidad según el autor Fernando de Trazegnies (2001, p.152) es que *“Desde nuestro punto de vista, reiteramos que la responsabilidad extracontractual no es un sistema para sancionar culpables, sino para reparar víctimas”*²

Antecedentes.-

La antes mencionada LexAquiliana es el punto de partida de la Responsabilidad Civil en el campo jurídico, con fundamento en el principio de *damnum injuria datum*, lo que significa “daño causado en los bienes ajenos de manera injusta”. El cuerpo legal se limitaba a normar en tres capítulos, casos concretos donde pueda suscitarse como resultado, la responsabilidad de carácter civil, así se clasificaban en:

- *Capítulo I: “el que hubiere matado con injuria al esclavo o a la esclava ajenos, a un cuadrúpedo, o a una res, sea condenado a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año” (D. 9, 2, 2, pr).*
- *Capítulo II: “respecto de las demás cosas, excepto el esclavo y las reses que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado o roto alguna cosa con injuria, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto*

²El autor se refiere a la responsabilidad extracontractual, sin embargo hay que tomar en cuenta que en la responsabilidad contractual aunque existan sanciones estipuladas, como es en el caso de la existencia de una cláusula penal, también busca la reparación de un daño proveniente de la inexecución o ejecución defectuosa, tardía o ineficaz del objeto de una convención pactada previamente. Por lo que, la afirmación del autor citado vendría a ser adecuada para establecer la finalidad de la responsabilidad civil general, es decir, tanto de clase contractual como extracontractual.

aquella cosa valiere en los treinta días próximos” (D. 9, 2, 27, 5)
(Larroucau, 2007, p. 38)

Como dice la autora Gladys Rueda acerca del alcance de la LexAquiliana:

“...en razón de ella fue en verdad el primer enlace en la relación indivisible que debe existir entre la responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral para indagar el grado de culpa, voluntad o intención dañosa con que procedió el causante del perjuicio”
(1963, p.16)

La LexAquiliana de Roma, marcó la diferencia entre la Responsabilidad denominada Civil y la Moral. Ésta última es aquella que no tiene efectos jurídicos y que supone una deuda con la conciencia de la persona que realiza determinado acto que transgrede una norma ética o prevista por el Derecho Natural.

Posteriormente al estudio de la Responsabilidad por parte de los romanos y su concepción de carácter objetivo, cambió con el estudio de los juristas franceses, que habiendo heredado la institución, realizan cambios tanto en su concepción como en las clases y la diferenciación de las materias de la Responsabilidad Civil (civil y penal).

Así, la idea de la culpa como fundamento de la Responsabilidad Civil, es elevada a una regla general establecida por QuintusMuciusScaevola, citado por Gasperi y Morello: *“Lo que obliga no es el hecho en sí, sino la causalidad del hecho en la voluntad humana o sea la acción deliberada”* (1964, p.8).

Sin duda uno de los principales aportes de la Lex Aquila deviene en que la culpa, sea en cualquiera de sus grados, compromete la responsabilidad del agente; es decir, que no por el hecho de que la culpa haya sido leve o grave el sujeto activo estaría exento de la obligación indemnizatoria, *“in legeaquilia et levissima culpa venit”* (Chabas, F., Recuperado el 10 de mayo de 2012, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr25.pdf>)

Elementos

Se entiende por elementos a todas aquellas circunstancias o condicionamientos necesarios para la existencia de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

De conformidad con lo que establece la sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia de 29 de Octubre del 2002, en su considerando vigésimo:

“Para la responsabilidad civil extracontractual deben reunirse estos tres presupuestos o elementos: 1. Un daño o perjuicio, material o moral; 2. Una culpa, demostrada o preexistente; y, 3. Un vínculo, de causalidad entre el uno y el otro” (Gaceta Judicial N.-10, Serie N.- 17).

Sin embargo, de estos tres elementos indispensables, la doctrina ha incluido como presupuestos a la acción u omisión infractora del contrato o productora del acto ilícito y la antijuricidad (Santos, 1970, p22).

A. El acto u omisión

Conforme se ha tratado previamente en el estudio de los hechos ilícitos, éstos consisten en un acto u omisión antijurídica, es decir contraria a Derecho; en la responsabilidad civil bien se puede transgredir: una norma; la justicia, como fin último del ordenamiento jurídico; o bien, una obligación contractual expresa.

En este punto, es importante tomar en cuenta que la normativa y la doctrina hablan de hechos: propios, de las cosas o ajenos, es decir que no solo el acto u omisión que sea ocasionado por el agente dañoso es fuente de responsabilidad; ya que, la ley establece casos en los que la responsabilidad se extiende a otros, así está el *Art. 2216.- Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos*, en este caso la regla es general, es decir que el daño provocado por cualquier acto u omisión será resarcido por el que lo causó y sus herederos serán responsables únicamente cuando éste fallezca y nazca con ello la sucesión; esto se debe a que el derecho de la víctima al

resarcimiento prevalece en el tiempo hasta que se cumpla y consecuentemente la lesión deje de existir; no puede dejarse impune el perjuicio sufrido.

El hecho ajeno es una responsabilidad indirecta y hace referencia a las actuaciones de las personas que estuvieren al cuidado de otra. A esta responsabilidad el fundamento es la falta de vigilancia, control, autoridad de una persona sobre otra que se encuentra bajo su autoridad o subordinación. El Código Civil ha establecido de manera ejemplificativa en el Art. 2220 los eventos en los que puede suscitarse esta responsabilidad, el mismo que sigue un principio rector: el incumplimiento de una obligación de cuidado. De esta manera, la autora Mónica Fernández nos dice:

“Si bien la causa última del daño es el hecho del menor, el legislador lo que sanciona es el comportamiento presuntamente culposo del civilmente responsable... en tanto que incumple la obligación derivada del deber de vigilancia y control.” (2003, p.232)

De igual manera ocurre en los casos en los que la responsabilidad indirecta se da por el hecho de las cosas como en los casos de los Arts. 226, 227 y 228 del Código Civil, la obligación transgredida es la diligencia y cuidado como en el asunto anterior.

En lo referente al hecho ilícito del que trata este trabajo, se ubica en la clasificación del hecho propio que provoca una persona con intencionalidad de manera directa y que es esta acción u omisión la que provoca un perjuicio. En este caso el responsable es el mismo actor del perjuicio, es decir responde por su propia culpa respecto de sus actos negligentes, omisiones y los actos cometidos con dolo.

B. La Culpa

Este elemento de carácter subjetivo es el primero que toma presencia en la configuración de la Responsabilidad Civil Extracontractual, debido a que si bien

el Daño es a lo que se centra la finalidad de esta institución, éste solo ha de ser consecuencia de una intencionalidad positiva o al descuido de su autor.

Se le ha otorgado nombres distintos a la Responsabilidad emanada de un delito o de una culpa, la primera es responsabilidad delictual y la segunda es la cuasidelictual. Sin embargo, y como se ha mencionado reiteradas veces, la trascendencia en cuanto a la intencionalidad del cometimiento de un hecho ilícito deviene improcedente, por cuanto el resultado es semejante y el hecho generador ilícito es un acto u omisión en ambas clasificaciones.

Es por lo expuesto que, para efectos de mejor entendimiento, dentro de este tema se tomará en cuenta al dolo y a la culpa de manera análoga. Así de igual forma lo ha apreciado el Código Civil al considerarlo dentro del artículo Art. 29 referente a la culpa y adicionalmente lo ha equiparado con ésta en casos de negligencia. Es por ello que, en la materia y para efectos de determinar la Responsabilidad Civil de un determinado sujeto, no se ha tomado en cuenta la intencionalidad con la que éste ha obrado, únicamente basta que exista intencionalidad, sea esta dolosa o culposa.

Este elemento es común en todos los casos de Responsabilidad Civil en la tendencia Subjetiva. Como se ha establecido, este presupuesto es trascendental en la materia, ya que determina la existencia de la responsabilidad del agente dañoso. Aunque es un requisito sustancial de la Responsabilidad civil, no es el fundamento de ésta, ya que es el Daño el origen del vínculo obligacional. El papel de la culpa cobra importancia por la intencionalidad con la que el autor de un daño ha de actuar, que permita imputárselo; para explicar mejor este punto, el autor Dino Samper nos dice que:

“Se precisa que ese daño haya sido causado por el autor, estando “obligado” a actuar de manera distinta a como efectiva y realmente actuó; y la determinación de la conducta debida por el agente, solo puede precisarse mediante el criterio de la culpa, a través del examen de las condiciones subjetivas de aquél.” (1983, p.69)

Lo anterior se relaciona con el deber de una persona que en goce de su libre albedrío, no se comportó como debía hacerlo, lo cual es hasta cierto punto incierto debido a la subjetividad del “deber comportarse”, es por ello que la doctrina y asimismo ha adoptado la legislación la idea de formar una ficción jurídica del “hombre diligente y prudente”, con la finalidad de determinar un prototipo de conductas correctas; por lo que, cualquier comportamiento contrario a este modelo, se han de considerar actos de impericia, imprudencia y negligencia.

De este modo, es importante conocer que en la normativa no se define a la culpa de manera precisa; a su vez establece un estándar de comportamiento que en apego a determinadas características, determinan que un sujeto es o no culpable. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a una persona prudente como aquella que actúa con cautela, buen juicio, y que sabe discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Recuperado el 5 de mayo de 2012, de http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=prudencia).

Paralelamente se define a una persona diligente como aquella que realiza una actividad con cuidado, agilidad y dilección. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Recuperado el 5 de mayo de 2012, de http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=diligencia). En la primera característica la virtud se refiere a la ética de la persona para distinguir el actuar bien de lo contrario; por otra parte la segunda cualidad, se refiere a la precaución y esmero en la realización de una actividad; así, aunque los significados van de la mano, en el uno la importancia recae sobre la ética del sujeto y la segunda sobre su capacidad de ejecución de una determinada actividad.

Es de así que, los juristas franceses, entre ellos los hermanos Mazeaud, al ser pioneros de la teoría de la culpa, la definen de la siguiente manera: *“Es un error tal de conducta que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada*

en las mismas circunstancias “externas” que el demandado” (Toro de Noguera, 1973, p.41).

Aunque la culpa se presenta como un requisito en la Responsabilidad Civil general, es decir: Contractual o Extracontractual, hemos de citar una apreciación clara y precisa que abarque ambas clases; el tratadista chileno Arturo Alessandri, citado por el autor Dino Samper, menciona:

“La culpa es aquella falta de diligencia o cuidado que debe emplearse en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho. Entraña un error de conducta, la omisión de medidas oportunas, la falta de prudencia precaución o vigilancia, la omisión de ciertas precauciones necesarias para evitar un daño; supone no haberse hecho lo que debería haberse hecho.”
(1983, p.72)

Por ello podemos afirmar que la culpa es un elemento que se da antes de la consumación del daño, por lo que es el primer presupuesto aunque no el principal de la Responsabilidad Civil. Es la omisión de una conducta ideal, que aún siendo intencional o un mero descuido, es perjudicial al momento de que ésta ocasiona un perjuicio, ya que como se ha establecido anteriormente, en el campo civil la mera tentativa no es fuente obligacional de resarcimiento. Es así como la tercera sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia es su sentencia de 1 de Septiembre de 2000, señala que *“El dolo generador del delito civil, como la culpa constitutiva del cuasidelito de la misma especie, deben consistir en actos o manifestaciones de la voluntad positivos y formalmente determinados a causar el daño que se reclama”* (Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 4. Pág. 1005.)

El autor Luis Díez – Picazo citado por Mónica Lucía Fernández afirma lo siguiente:

“La culpa es uno de los elementos de la responsabilidad civil. En efecto, para que exista la obligación de indemnizar un daño, no es sólo necesario haberlo causado, pues se requiere además

La teoría contemporánea de la culpa no contempla grados de la misma, es decir que existe responsabilidad del agente siempre que se cause un daño impulsado por una intencionalidad manifiesta. El autor Fernando de Trazegnies considera que ahora la concepción de la culpa:

“Se limita a establecer un solo patrón objetivo de conducta – aquel hombre razonable – que da lugar a responsabilidad en todos los caso de desviación de la conducta deseable. Se trata, pues, de una objetivación de la culpa a través del establecimiento de un solo estandar; toda conducta sub-standard debe dar lugar a indemnización bajo el pretexto de que hay culpa” (2001, p.142)

En la clase de Responsabilidad Extracontractual, siguiendo el antecedente normativo de la Lex Aquila, lo primordial a ser tomado en cuenta es que no existe gradación de culpa; es decir que cualquier culpa por más leve que sea y hasta en caso de ser intencional (dolo), compromete la Responsabilidad Civil de su autor, siempre y cuando exista un daño cierto, real y directo. En este caso, la falta de conducta resulta de una falta de diligencia, cuidado en el actuar general del sujeto, recalcando que no sea una obligación contractual pactada, sino cualquier actividad que éste realice o que deje de realizar, pues la culpa también puede provenir de una omisión. Para esto, el autor Manuel Bejarano nos dice que en el ilícito extracontractual *“rige el deber primario del neminemlaedere, deber no elegido libremente sino impuesto por la ley, sin discriminación de personas o de grado de diligencia”*. (2002, p.190), la violación recae sobre un deber indeterminado, el deber de diligencia y cuidado al cual deben ajustarse todas las actividades del hombre dentro de la sociedad con la finalidad de no causar daño a los demás. (Visser, 1986, p.22)

La legislación ecuatoriana al adoptar la herencia ideológica francesa, coloca en su Art. 29 (dentro de esa consideración se encuentra también el dolo), para establecer la culpa y sus grados realiza comparaciones de las actuaciones del hombre diligente y prudente como referencia para determinar las clases de culpa. Así, por ejemplo el inciso cuarto del mencionado artículo menciona respecto de la culpa levísima: *“es la falta de aquella esmerada diligencia que*

un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”.

En base a la normativa expuesta y las tendencias doctrinales, el precedente jurisprudencial dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia de 29 de Octubre del 2002, en su considerando vigésimo considera a la culpa de la siguiente manera: *“Sencillamente la culpa consiste en la omisión de la conducta exigible al actor del hecho. Es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles. Pero si bien no existe el propósito previsible de causar el daño, como en el supuesto doloso, se alcanza igualmente el resultado negativo por no haber tenido el sujeto el cuidado de adoptar las medidas necesarias para impedirlo.”* (Gaceta Judicial N.-10, Serie N.- 17)

Por lo que, es importante hacer referencia al término de imputabilidad. Es un elemento que se estudia de manera profunda en el delito penal, al ser el dolo el determinante indispensable para responsabilizar al delincuente; en el campo civil como se ha manifestado previamente, no se requiere distinguir si hubo dolo o culpa, únicamente se requiere que exista intencionalidad y es por ello que ambas voluntades han sido manejadas de manera pareja. Por ello, para efectos de este estudio se han de considerar los conceptos generales.

La imputabilidad se refiere a atribuir un hecho a una persona. A lo cual, el autor Carbonnier citado por el tratadista Tamayo establece que:

“Para que una conducta pueda ser imputada, reprochada jurídicamente al que la cometió, es necesario que la haya cometido voluntariamente, esto es, debe comprobarse una voluntad en su persona. Y es más: una voluntad capaz y libre. Y concluye: todo individuo es incapaz de obligarse por su delito o cuasidelito si el momento de la acción está en imposibilidad de discernir entre el bien y el mal.” (1998, p.75)

Para atribuir a un sujeto la responsabilidad de responder por su acción dañosa, se requiere la capacidad de la que se habló en el capítulo 1 y que aplica a

todas las obligaciones civiles en general, ya que la responsabilidad es la obligación nacida de los hechos ilícitos.

Esto es, como el autor Dino Samper citando a los tratadistas Colin y Capitant: *“Sólo hay responsabilidad allí donde hay facultad de razonamiento”* (1983, p.83)

La ex Corte Suprema de Justicia por ello, al referirse a la intencionalidad en su sentencia de 1 de septiembre de 2000:

“El dolo generador del ilícito civil, como la culpa constitutiva de cuasidelito de la misma especie, deben consistir en actos o manifestaciones de la voluntad positivos y formalmente determinados a causar el daño que se reclama. Es de la esencia de la culpa la previsibilidad. Hay ausencia de culpa cuando el hecho ilícito no ha podido ser previsto racionalmente” (Gaceta Judicial 4. Año CI. Serie XVII No.4, p.1005)

Es por ello que tanto la doctrina como la legislación aplicable han enfatizado en que la intencionalidad en el cometimiento del ilícito: sea culpa o dolo, debe ser producto de la intencionalidad revestida de la razón del sujeto que lo comete. Y al ser, este elemento el fundamento para imputar el cometimiento y por ende calificarle de responsable por el resultado dañoso.

El Daño

Sin daño no existe la Responsabilidad. Para comprender el objeto elemental que permite el nacimiento de esta obligación, es importante conocer el significado y trascendencia de este elemento. El autor Bejarano lo considera como *“pérdida o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones, por un hecho ilícito culpable o por un riesgo creado”* (2002, p.194).

Sea en legislaciones donde la tendencia de la Responsabilidad Civil sea objetiva como subjetiva o sea en casos de Responsabilidad Contractual o

Extracontractual, el elemento del Daño es común en todos los casos, ya que éste representa la consecuencia inmediata y directa del hecho u omisión que lo ocasionó.

La necesidad de existencia de este presupuesto se debe a que la finalidad de la Responsabilidad Civil consiste precisamente en el resarcimiento, lo cual no podría darse si es que no habría “qué” reparar o el “porqué” indemnizar. El autor Tamayo Lombana citando a Carbonnier establece *“el perjuicio y la causalidad son las constantes de la responsabilidad civil”*. La exigencia de la presencia de un daño para que exista Responsabilidad Civil va de la mano con precisamente su finalidad: la indemnización. En apego a esto, el tratadista Manuel García Amigo sostiene que: *“si no hay daño, aun cuando se realice una acción, incluso intencionada y dolosa, dirigida a originar daños a otra persona o a sus bienes, no hay responsabilidad civil”* (1995, p.25).

Olga Lucía Toro de Noguera, adicionalmente indica que el daño es una lesión que no solo afecta al patrimonio tangible de la persona, sino que también pueden afectarse los sentimientos, afectos, y su psiquis. (1973, p.31). Sin embargo, la afección que se produce puede tratarse de un interés y no necesariamente de un derecho consagrado legalmente, así la autora Diana Visser sobre esto explica que: *“la obligación de resarcir se presenta cuando se vulnera cualquier interés aun cuando no sea legítimo, siempre y cuando sea lícito. Interés legítimo, es aquel que constituye para quien lo posee, un derecho subjetivo y por tanto, es jurídicamente exigible”* (1986, p.36). Sin embargo a esto, la citada autora además explica que puede eventualmente ocurrir que, coexistan intereses que a pesar de no ser legítimos, sean lícitos que por lo tanto su violación o quebranto es objeto de demanda. Como ejemplo de lo enunciado se tiene el siguiente: “A” ha de ser contratado laboralmente por una empresa, sin embargo “B” lo difama de ladrón, y como consecuencia de esto, la empresa no firma el contrato con “A”. En el caso anterior, “A” no era trabajador de la empresa, por lo tanto no gozaba de derechos aun, sin embargo tenía un interés legítimo de celebrar un contrato de trabajo, el mismo que fue truncado

por las aseveraciones maliciosas de “B”; “A” estaría en el derecho y la capacidad de solicitar a “B” responder por el daño ocasionado.

Para que este daño sea considerado como objeto de indemnización, se requiere la concurrencia de cuatro requisitos: a) lesión a un interés propio; b) que sea cierto; c) que sea directo; d) que sea actual.

- a) En cuanto al primer requisito, la persona afectada en su derecho o interés lícito, sea quien deberá ser compensado a través de la reparación o la indemnización. Así los autores Gasperi y Morello establecen la máxima de que “no hay acción sin interés”. (1964, p.103)
- b) Carlos Alberto Ghersi, analiza la óptica del daño de la siguiente manera: *“Desde una perspectiva objetiva del daño se define como menoscabo... pero el daño, para generar responsabilidad civil, debe haberse producido en razón de un acto antijurídico”*. Lo anterior corrobora que la presencia de un daño debe responder a ser el resultado de un acto violatorio de un derecho o un interés legítimo de un sujeto; sin embargo, de acuerdo a la visión de la teoría objetiva, este elemento es un deterioro como tal, en cuanto la teoría subjetiva establece que el presupuesto debe adicionalmente provenir de un hecho contrario a lo jurídico, ya que con esto la víctima de la lesión tendría el interés legítimo a pedir el correspondiente resarcimiento. Para mayor claridad, en el caso de un menoscabo al derecho de propiedad, no solo se vería afectado el legítimo propietario sino el arrendatario, en caso de haberlo o el poseedor; el primero tiene el derecho de dominio, el segundo un derecho contractual de uso y el tercero un legítimo interés en caso de que su objetivo sea el obtener el dominio a través de la figura de la prescripción adquisitiva de dominio.
- c) El segundo requisito del daño es que este sea cierto, esto se refiere a la realidad del perjuicio. El autor Durán Trujillo citado por Dino Samper dice acerca de este presupuesto: *“el perjuicio es*

cierto cuando aparece consumado y definitivo, efectivo y real en el momento de liquidarse" (1983, p.40). Ante esta calificación es menester realizar algunas aclaraciones importantes: La certeza del daño no ha de confundirse con su actualidad, ya que un daño futuro puede también ser cierto. (Idem); tampoco debe confundirse con su dificultad de valoración, porque un daño aunque sea difícil su cuantificación puede ser cierto. (Visser, 1986, p.37). En este requisito lo importante a destacar es que el daño sea una realidad presente o futura, es decir que es efectivo su acontecimiento.

El autor Fernando de Trazegnies al respecto nos indica lo siguiente:

"Es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación, presente o futuro pero cierto." (2001, p.17)

- d) El tercer presupuesto corresponde a que el daño debe ser directo, esto es que la lesión sea una consecuencia inmediata de la inejecución de una obligación. El autor Tamayo Lombana sobre esto adicionalmente indica que la obligación infringida puede tratarse de una obligación contractual, o bien, una obligación extracontractual (violación de norma de procedimiento). (1998, p.35).
- e) El último presupuesto del daño es que este debe ser actual, es decir que no haya sido indemnizado al momento de exigir la reparación. El autor Dino Samper considera que *"el daño reparado ya, no existe"*. Por lo tanto, el sujeto afectado no podrá solicitar una doble reparación sobre un mismo daño, ya que de

esta manera incurriría en un enriquecimiento injusto (Toro de Noguera, 1973, p.34).

Según el citado autor, el presupuesto más importante de todos es la certeza, por cuanto solo el menoscabo que sea real, sea presente o futuro, es aquel que ha de provocar un perjuicio a otro y ha de tener que consecuentemente, resarcirlo.

C. El Nexo causal

El tercer elemento a tratarse corresponde al nexo que une al agente y sus actuaciones con el resultado dañoso, para poder determinar si existe o no imputabilidad. El autor Héctor Patiño lo define como:

*“La relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad. (2008, Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración.” *Revista de Derecho Privado N.- 14*, p.193. Recuperado el 11 de mayo de 2012, de <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs//documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp14/hectorEduardoPatino.pdf>)*

Este presupuesto es la parte final de la Responsabilidad Civil sea contractual como extracontractual debido a que aun existiendo el daño y el agente que lo provocó es imprescindible que para atribuir la responsabilidad al autor del daño, exista la imputabilidad material ligada por esa relación que ha de obligar al autor a tomar cuenta por sus actos y los resultados perjudiciales. De esta manera el Doctor Jesús Alberto López considera que:

“Todo daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción. En otras palabras, para que deba responderse de un daño, es necesario que el mismo haya sido “causado”, mediante acción u omisión, por su autor. Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro.” (2011, El Delito Civil, Revista Judicial del diario la Hora derechoecuador.com, Recuperado el 11 de mayo de 2012 de http://derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6274:el-delito-civil&catid=256:noticias-de-interes)

Los autores Gasperi y Morello citando una sentencia de la tercera sala de la Cámara Nacional de Paz de Argentina, la cual establece que:

“Hay conexión causal entre un acto y un resultado cuando ese acto ha contribuido materialmente a producir un resultado, esto es, cuando ha sido una de las condiciones sine qua non de él.” (1964, p.106)

Es un requisito *sine qua non* se explica con la siguiente consideración realizada por la Corte Superior de Justicia de Colombia y citada por la autora Olga Toro de Noguera:

“Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la causa del perjuicio cuya reparación se demanda es menester que haya una relación necesaria entre dicha culpa y el perjuicio, es decir una relación tal que si la culpa no hubiera ocurrido, el perjuicio no se hubiera producido...” (1973, p.49)

Ante lo cual es importante aclarar que si bien se requiere que exista el daño y la intencionalidad dolosa o culposa, el vínculo material perfecciona la configuración de la responsabilidad civil y éste debe basarse en la culpa o el dolo del causante. Lo anterior se debe a que si bien se debe responder por un

daño ocasionado, la intencionalidad ha de determinar que se le impute o no a su autor.

“Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito le imponga responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que ese hecho u omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, ni que cause daño. Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que éste sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa. De lo contrario, el autor del hecho o de la omisión no es responsable del daño sufrido, por la víctima, aunque ese hecho u omisión sea doloso o culpable.” (Alessandri, 1943, p.239)

Cabe adicionalmente hacer referencia a la distinción entre culpabilidad y causalidad: En el caso de la primera, se trata de un elemento subjetivo que nace del sujeto en goce de su libre albedrío de actuar de una determinada manera, en cuanto la segunda presupone una situación de hecho que conecta materialmente a la culpa (elemento subjetivo) del resultado perjudicial (daño). La concurrencia de ambos presupuestos es fundamental puesto que sin la concurrencia del uno, el otro no podría por sí sólo dar origen a la responsabilidad civil. El tratadista Arturo Alessandri nos lo explica a través de un ejemplo

“Hay dolo o culpa sin relación de causalidad cuando el hecho, aunque ilícito, no ha sido la causa del daño que sufre la víctima. Así, el que da veneno a una persona, a la cual otra mata de un balazo acto continuo, no es responsable civilmente de su muerte, la causa de la muerte no fue su veneno.” (1943, p.240)

Lo cual, se ve plasmado en la regla general del artículo 2229 del Código Civil en el que al establecerse que un daño que pueda ser imputado *“malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”*.

El deber de indemnizar

Al tener clara ya la estructura de la responsabilidad civil y cada uno de sus elementos constitutivos, nos referimos ahora a lo que se traduce en el deber que está obligado a cumplir el sujeto al que se le califica como responsable de un daño y cuál es la forma de efectuarlo.

“La finalidad primordial que debe cumplir la responsabilidad civil extracontractual es la reparación integral del daño causado. Por ello, nuestro máximo tribunal afirma que “la indemnización es una consecuencia del hecho punible; la autoriza el artículo 2314 del Código Civil” (Larroucau, 2007, p.53)

La reparación consiste en que a partir de haber causado el daño, la situación de la víctima sea en su patrimonio o en su persona: cambia. La variación que se ocasiona no es para mejor, ya que de esta manera no existiría un perjuicio como tal; ésta alteración es negativa para quien lo sufre. Tenemos como ejemplo: Cuando una persona utilizando su auto de manera descuidada o sin la experiencia adecuada para conducir, colisiona con otro auto; en este caso, la persona que impacta al otro vehículo es civilmente responsable por su negligencia e impericia en el manejo del automóvil.

Sin embargo, como se ha señalado previamente, la culpa y el daño deben ser probados y por ende el deber de indemnizar deberá ser declarado. Lo anterior no quiere decir que el agente dañoso al momento de perjudicar a otro no sea responsable, pues el simple hecho de haber ocasionado un daño y violar el deber genérico de “no hacer daño a nadie”, ya lo obliga a responder por su acción culposa y/o dolosa.

Así, la sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia de 29 de Octubre del 2002, en su considerando vigésimo, establece la finalidad de la indemnización: *“Es importante destacar, que a través de la indemnización debe restablecerse únicamente el equilibrio que gozaba el damnificado con anterioridad al daño” (Gaceta Judicial N.-10, Serie N.- 17)*

La normativa civil ecuatoriana por su parte contempla a la obligación en la que se traduce la Responsabilidad cuando establece en su *Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización.*

La doctrina adicionalmente establece que la finalidad de la indemnización es el resarcimiento integral del perjuicio: *“En materia delictual y cuasidelictual, la reparación es completa: comprende todo el daño sufrido por la víctima”* (Alessandri, 1943, p. 48). Esto responde a que el ilícito padecido por la víctima a causa de un daño que no merecía soportar, debe ser remediado o a su vez compensado pecuniariamente de manera que se subsane así lo sobrellevado injustamente por el perjudicado. Es decir, el daño no puede ser reparado de manera parcial o incompleta, ya que no existiría una reparación real y no se cumpliría así la finalidad de la responsabilidad civil y por ende el derecho e interés legítimos de la víctima continuarían quebrantados.

La indemnización es el resarcimiento de un perjuicio. Sin embargo, para la determinación de la forma de resarcimiento se requiere la evaluación del daño ocasionado. Así existen dos alternativas: la reparación del daño como tal o la compensación pecuniaria por la lesión ocasionada; la finalidad de la indemnización es dejar las cosas en el estado anterior al cometimiento del ilícito y en caso de no ser posible, compensar a la víctima económicamente con el valor equivalente a la pérdida ocasionada.

“En la actualidad, prácticamente todos los sistemas de responsabilidad extracontractual otorgan una importancia prioritaria al objetivo de colocar materialmente a la víctima, en la medida de lo posible, en el estado en que se encontraba antes del daño; la responsabilidad extracontractual tiene una función reparativa antes que punitiva o vindicativa.” (De Trazegnies, 2001, p.16)

Sin embargo, la determinación de los daños y perjuicios es una actividad y ejercicio del administrador de justicia y declarada en sentencia, por lo que la

acción que el acreedor o víctima ha de tomar en contra del sujeto perjudicial o incumplidor ha de ser sustanciada en vía judicial como un proceso de conocimiento.

En conclusión, en el presente capítulo y para efectos de continuar con el estudio que nos aborda, la responsabilidad civil extracontractual es aquel efecto que proviene de un acto ilícito dañoso, el mismo que es una acción u omisión cualquiera que no provenga de una convención previa. La responsabilidad civil se fundamenta en la intencionalidad del sujeto denominada culpa (se considera al dolo de manera equivalente), la cual mediante el nexo causal lo vincula al resultado dañoso y lo convierte en responsable civil.

El hecho ilícito que el sujeto activo del daño comete es un hecho cualquiera, por cuanto se trata de un delito o cuasidelito que sigue la regla general determinada en el Art. 2229, por lo que no hay una enunciación taxativa de los hechos que han de ser considerados como perjudiciales, sino que cualquier por hecho que provoque un daño, su autor responderá civilmente, siempre que la lesión cumpla con los requisitos para ser considerada como indemnizable.

CAPITULO III

EL ABUSO DE DERECHO

Al tener establecido que la responsabilidad civil extracontractual proviene de un hecho ilícito cuyo deber se traduce en una indemnización o reparación del daño ocasionado, nos concierne ahora conocer el hecho ilícito puntual denominado Abuso de Derecho.

La vida en sociedad implica una constante interacción entre los sujetos que la conforman, lo cual envuelve que las facultades que a éstos se ha otorgado a través del ordenamiento jurídico delimitarán las actuaciones de cada uno de ellos siguiendo la premisa de que “el derecho propio termina donde empieza el derecho ajeno, y que la libertad de otro es el límite de nuestra libertad” (Romero, recuperado el 22 de mayo de 2012 de www.revistajuridicaonline.com).

Tomamos una consideración realizada por la sentencia T-125 de 14 de marzo de 1994 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, considera lo siguiente:

“Existe relación de complementariedad entre los derechos y los deberes constitucionales. La persona humana, centro del ordenamiento constitucional, no sólo es titular de derechos fundamentales sino que también es sujeto de deberes u obligaciones, imprescindibles para la convivencia social (...). Dentro de los deberes que emanan del estado democrático de derecho, la constitución consagra...los deberes de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y de obrar conforme al principio de solidaridad social” (Chapman, 2004, p. 179)

Es así, que el derecho por naturaleza las prerrogativas concedidas a los ciudadanos por el hecho mismo de serlo, tiene una limitación en su contenido y por ende el ejercicio de los mismos no puede ser deliberado, sino por el contrario: un acto de conciencia con conocimiento de las consecuencias y no con finalidad de ocasionar un daño a otro a través de este medio. Luis

Josserand establece lo siguiente respecto del abuso de las facultades otorgadas legalmente:

“Los derechos subjetivos, valores sociales, productos sociales, concedidos por la sociedad, no nos son atribuidos abstractamente y para que usemos de ellos discrecionalmente, ad nutum; cada uno de ellos está animado de cierto espíritu que no puede su titular desconocer o disfrazar; cuando lo ejercemos, debemos conformarnos con este espíritu y permanecer en la línea de la institución; sin lo cual apartaríamos el derecho de su destino, haríamos mal uso de él, abusaríamos, cometeríamos una culpa que comprometería nuestra responsabilidad” (2008, p.243)

De esta manera entendemos que el titular de un derecho no puede hacer un uso desmedido de éste, sino que por el hecho de gozarlo, involucra también el deber respetar su espíritu. *“El ejercicio de las facultades que surgen de la ley debe efectuarse en función del espíritu que anima a la propia ley”* (Moisset, Recuperado el 14 de mayo de 2012 de www.acaderc.org.ar).

3.1 Antecedentes Históricos

Tratadistas como Josserand consideran que la figura del abuso del derecho data de la época romana, cuando se realizó el planteamiento sobre la posibilidad de que los derechos fueran relativos. La figura se confundía con la del fraude o como una acción destinada a provocar un daño. El autor Gustavo Ordoqui Castilla, nos aporta las siguientes referencias históricas:

En un inicio en la época romana, coexistía el precepto de que no podía alegarse un perjuicio proveniente del ejercicio de un derecho *“qui iure no utitor, neminem laedit”*, lo cual significaba que el derecho no puede ser ejercido con mala intención y que el derecho no se debe usar inapropiadamente. A lo que el escritor Carlos Fernández Sessarego añade que no se tiene clara la concepción que los romanos tenían de esta figura, puesto que según algunos autores como Martín Bernal, el pensamiento romano no conoció una real doctrina de la figura; mientras que, para el mismo tratadista Bernal, la figura se

encontraba presente en la época mediante la prohibición de algunos actos emulativos. En el período pos clásico, según el autor Spota citado por Fernández Sessarego, el Corpus Iuris Civilis, incorporaba limitaciones que en su contexto eran *“aplicaciones del principio de que las prerrogativas individuales no debían ejercerse bastardeando los fines de la ley”* (1992, p.94).

Sin embargo, la idea de Roma sobre el absolutismo de los derechos, comienza a cambiar con Santo Tomás de Aquino y San Agustín, quienes en su pensamiento sostenían una necesidad de que los derechos y las libertades propios fueran en beneficio de los demás. *“Lo absoluto corresponde al dominio de lo divino; lo humano es, por naturaleza relativo”*. Para Santo Tomás, el dominio o propiedad no es un fin propiamente dicho, sino que el hombre no ha de usar los bienes que Dios le concedió, para dañar a sus prójimos. (Ordoqui, 2010, p.32)

Los escritores Esteban Hess, Esteban Louge Emiliozzi y José Zárate (2010, p.2), agregan que es en el siglo XIX, caracterizado por la liberalidad de las ideas y por la acogida literal de la norma, donde la figura del abuso del derecho encuentra su fundamento, por cuanto es en este período donde el absolutismo de los derechos se pronuncia y su ejercicio se realizaba de manera libre, sin limitaciones, ni trabas, ni más fin que el que su titular quisiera fijarle. El autor Guillermo Borda, citado por los mencionados autores, nos amplía esta idea:

“Los juristas liberales consideraban que solo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre; mientras las personas actúen dentro de aquellos límites, no hay porqué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros”(2010, p.2)

La noción de los juristas de la época surgía de la declaración de los derechos y libertades del hombre que con la Revolución Francesa se promulgaron. Y es por ello que, la figura del Abuso del Derecho surge como una resistencia razonable contra los códigos inspirados en la ideología del Código Civil francés, cuya posición es claramente individualista. Gustavo Ordoqui Castilla (2010,

p.33) complementa que es principalmente con la jurisprudencia que, a partir de la promulgación del Código de Napoleón, se constituyó en fuente de derecho representativa. Las sentencias dictadas por los tribunales de Colmar y Lyon. El fallo de 2 de Mayo de 1855 de Colmar, el mismo que limitaba al derecho de propiedad, dio nacimiento a la figura del abuso de derecho. La sentencia fundamentalmente enunciaba que: Que aunque se considerara al derecho de dominio como absoluto, su limitación consistiría en la satisfacción de un interés legítimo. Posteriormente, en la sentencia de Lyon, que en su parte resolutive sancionaba al propietario de una bomba para succionar agua instalada en su heredad, con la única finalidad de perjudicar a su vecino, que también tenía provecho del agua. El fin del propietario de la bomba era ilegítimo, por cuanto no succionaba esta agua con el fin de usarla, sino que la dejaba correr al río.

En su análisis, el autor enuncia también las históricas sentencias de Colmar y de Lyon, las mismas que reprenden el abuso del derecho subjetivo de la propiedad, así el texto de una de ellas declara que:

“Si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho en algún modo absoluto, autorizando al propietario al uso y al abuso de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”(Sessarego, 1992, p.109)

El autor Carlos Fernández Sessarego acerca del precedente de la jurisprudencia francés, por su parte menciona que:

“La jurisprudencia francesa, dentro de este contexto, intenta atenuar los “excesos” cometidos por los individuos en la “legítima” actuación de sus derechos subjetivos, así como reparar los perjuicios irrogados por tal comportamiento. De este modo, se producen las primeras aproximaciones a lo que, con el correr del tiempo, se convertiría en la autónoma y discutible figura del abuso del derecho.” (Ibídem)

Es de esta manera como el Abuso del Derecho es una figura que tiene su fundamento y desarrollo en la jurisprudencia. Sin embargo, ha sido discutida su naturaleza de si se trata de una figura autónoma o simplemente una consecuencia de un acto ilícito. En el presente trabajo, la tomamos como una figura que compromete la responsabilidad del agente y que al ocurrir, produce un daño cierto que merece ser reparado e indemnizado.

Para comprender mejor esta figura del abuso del derecho, es preciso entender previamente el objeto de éste, es decir el Derecho y sobre todo el derecho subjetivo, ya que para que la figura se configure como tal, ha de partir del ejercicio de una determinada prerrogativa. *“La esencia del abuso del derecho está precisamente en el cómo y cuándo se ejercitan estos derechos.”* (Ordoqui, 2010, p.7)

3.2 Derecho Objetivo y Subjetivo

Al Derecho se lo comprende como un sistema de normas, preceptos, reglas y cánones de comportamiento dotados de carácter obligatorio que rigen la conducta de una determinada sociedad.

Sin embargo, esta definición es bastante amplia, puesto que al ser el derecho un regulador de una sociedad, se refiere por lo tanto, a las relaciones de toda índole entre los diferentes sujetos que la conforman. El diccionario del autor Manuel Ossorio, contempla lo que ha de referirse a la denominada órbita jurídica, esto es el campo de acción del derecho.

“Se deduce que las relaciones objetivamente reguladas por el Derecho y los derechos subjetivos que afectan a las personas físicas o jurídicas ofrecen diversos matices: regularán unas veces las relaciones entre personas particulares; otras, las de éstas con el estado; otras se derivarán de las infracciones punibles a la norma jurídica; otras, en fin, señalarían el procedimiento judicial para dirimir discordias.” (2010, p. 296)

Es por ello que la Teoría General del Derecho ha establecido las visiones del derecho en: objetivo y subjetivo, de la cual el primero abarca al segundo. El tratadista Héctor Santos Azuela proporciona la siguiente definición con respecto al Derecho Objetivo:

“Es el conjunto de normas jurídicas integrado como un cuerpo, es decir como un sistema, razón por la cual se define como el orden legal del Estado. Se le concibe, también, como el conjunto de normas jurídicas que constituyen los códigos” (2002, p.17)

El derecho objetivo se lo ha entendido como una unidad, la misma que se encuentra compuesta de diferentes elementos, entre los que se encuentran: principios, criterios de conducta, instituciones, derechos, procedimientos, etc.

Es entonces dentro de esta ramificación se encuentran los derechos que son concedidos a las personas que integran esta sociedad. El derecho subjetivo surge como tal, a raíz de las relaciones que se suscitan en la sociedad día a día y que el derecho ha considerado necesario: regularlas y protegerlas. La finalidad de darles un carácter jurídico a estas relaciones, permite que cada una de estas, pueda tener una seguridad respaldada y reconocida legalmente.

El tratadista Perlingieri, citado por el autor Fernández Sessarego nos propone la siguiente definición:

“El derecho subjetivo según la concepción tradicional imperante, se constituye como una facultad, prerrogativa o proceder que el ordenamiento jurídico atribuye al sujeto, al cual se le conoce como titular de aquel derecho”(1992, p.55)

Es entonces como entendemos de qué manera las actuaciones de un sujeto se encuentran reguladas y a la vez tuteladas por el ordenamiento, por el simple hecho de ser ciudadano.

Para conocer el entorno actual de los derechos subjetivos, observamos lo que establece la Constitución del 2008, en su artículo 10, cuyo texto enuncia una nueva noción de la forma de goce de los derechos: *“Las personas,*

comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales”

En la anterior carta magna del año 1998, las personas y colectividades gozaban de igual manera de derechos y facultades de diversa índole, sin embargo la concepción anterior instauraba a los individuos y colectividades como sujetos de derecho. La diferencia entre ambas acepciones radica en la forma en la que se enfoca a los derechos subjetivos: en la norma del 98, al tener como precepto que el Estado era de Derecho, presuponía que la norma objetiva, es decir el ordenamiento jurídico en conjunto prevalecía por sobretodo y por ello inclusive sobre las facultades otorgadas a los ciudadanos. En tanto, la actual constitución, califica a los individuos como titulares de derechos, respondiendo así al principio del Estado de derechos y justicia, cuya máxima significa que los derechos de las personas son preponderantes, inclusive sobre el ordenamiento jurídico y las instituciones y demás preceptos que éste pueda abarcar y que al tener una titularidad de una facultad, el ciudadano puede ejercerla y exigir su respeto y cumplimiento.

Con este antecedente y para el cabal entendimiento del presente trabajo, aclaramos que cuando hemos de referirnos a Abuso de Derecho, se entiende al ejercicio irregular de un derecho subjetivo otorgado legalmente, aunque en lo que concierne al abuso, puede tratarse también de intereses legítimos en controversia que no hayan tomado el perfil de derechos subjetivos como tales. (Ordoqui, 2012, p. 10).

“El derecho subjetivo es una facultad que se puede ejercer por la sola decisión de la persona que puede utilizarlo en defensa de sus intereses, en la medida en que el orden jurídico se lo permita, y siempre que actúe de buena fe y no se dañe injustamente a terceros” (Ibídem, p.7)

Aun cuando los derechos subjetivos se encuentren contemplados en la norma y su cumplimiento sea exigible tanto a los particulares como al Estado, considerado sujeto activo en el otorgamiento de la titularidad de los mismos, su

ejercicio es lícito y permitido por el ordenamiento. Sin embargo, cada prerrogativa en concreto ha sido objeto de debates y de discusiones previas a su promulgación e instauración dentro de una norma, por lo que cada derecho tiene un espíritu y una finalidad social. Estas facultades puede estar o no contempladas en el texto constitucional, ya que existen otras normas, como por ejemplo: los códigos, que establecen derechos subjetivos relativos a una materia en específico.

El autor Carlos Fernández Sessarego nos habla de la posición jurídica subjetiva, que viene a ser el escenario en el que se encuentra un sujeto titular de un derecho subjetivo, frente a éste y a la sociedad.

“Es por ello que en la vida comunitaria cada ser humano no sólo posee los derechos subjetivos que le atribuye el ordenamiento positivo para asegurar su libertad y, con ella, la posibilidad de realizarse, sino que simultáneamente, dentro de una misma situación jurídica, se le imputan determinados deberes en íntima relación con dichos derechos. Y, viceversa, el hecho de que un sujeto se encuentre obligado, de modo preponderante, frente a alguien, no supone, a su vez, que no esté premunido de ciertos derechos al lado de sus propios deberes dentro de la misma situación jurídica subjetiva.” (1992, p.67)

Lo que apunta a que un individuo no es sólo frente al ordenamiento, sino que el hecho de convivir en sociedad ya lo obliga a que por el hecho de gozar de determinadas prerrogativas, ha de respetar el contenido de las mismas. El estar en una situación jurídica subjetiva, significa estar dentro de una misma esfera, y, en este caso significa que los sujetos en sociedad se encuentran en un mismo entorno los unos frente a otros en el goce de sus derechos, es decir que no son cada uno aislado con sus facultades, sino que son parte de la sociedad, cuyo ordenamiento jurídico los coloca en la situación de mantener la armonía en las actuaciones.

3.2.1 Relatividad del ejercicio de los derechos subjetivos

El fundamento del Abuso del Derecho es, sin duda la relatividad de los derechos subjetivos.

La visión absoluta de los derechos subjetivos nace de la Revolución Francesa y la declaración que nació a partir de este evento, donde la máxima de *“Quien ejerce su derecho a nadie puede ofender”* en la actualidad es insostenible. En el año 1789, la necesidad de crear facultades absolutas, responde a que en la época el individuo debía ser protegido de la monarquía y sus abusos y por lo tanto, *“El titular respaldado en su derecho, no podía hacer mal. Se le consideraba como si tuviera un verdadero derecho de perjudicar.”* (Tamayo, 1998, p.83).

Sin embargo, la perspectiva va cambiando a medida de que se da prioridad al bien común y a los intereses sociales. *“Se pasa a asumir que el derecho es algo más que forma y responde a un fin que se debe acatar es su ejercicio.”* (Ordoqui, 2010, p.12). Louis Josserand considera que en esta línea de concepción, en la actualidad los derechos subjetivos son considerados como valores o productos sociales, cuya atribución no es abstracta y que su ejercicio debe encasillarse a la finalidad para la cual fueron creados (2008, p. 243). Esto surge a partir de la idea de que el ejercicio de los derechos debe darse con prudencia y respetando el espíritu de los mismos. La relatividad de los derechos es una característica que se concibe a partir de que los derechos concedidos por el ordenamiento jurídico son herramientas de los titulares para la defensa y predominancia de intereses de la sociedad.

El doctor Emilio Romero Jouvín (1995, p.50) por su parte añade que el punto de la relatividad de los derechos subjetivos se encuentra en el bien común, la moral, las buenas costumbres, el orden público y el derecho del otro.

*“El derecho no puede ser ejercido con miras enteramente individualistas, sino que su ejercicio debe siempre estar orientado hacia un fin último: la sociedad. En consecuencia, dicho ejercicio se limita, se torna relativo, se ejerce bajo todo el amparo de la ley- **en tanto en cuanto no** se estrelle contra los principios que gobiernan una **sociedad determinada**“*

En consecuencia, si un derecho no es absoluto, y su ejercicio está supeditado a determinadas condiciones, es importante conocer cuáles son estas limitaciones que deben ser respetadas por los titulares al momento de ejercitar un determinado derecho subjetivo.

3.3 Límites de los derechos subjetivos

La necesidad de que los individuos de una sociedad estuvieran protegidos el uno del otro cuando ejercitaran sus derechos, ha promovido que se establezcan los límites de los mismos. Independiente de si la norma establece o no estas barreras, lo cierto es que cada derecho subjetivo no es absoluto.

El autor Carlos Fernández Sessarego (1992, p.23) sostiene que el abuso del derecho consiste en quebrantar el espíritu de la norma, aunque se respete su contenido literal. Esto es, *una conducta aparentemente legítima pero sustancialmente ilícita*”. El ejercicio abusivo de un derecho viene a ser un acto que aunque respete formalmente la norma, es decir lo que está plasmado, esencialmente su fin es contrario a ésta. La premisa anterior nos permite entender que el abuso del derecho es el hecho voluntario de disfrazar de apariencia jurídica a un acto que en el fondo denota ilicitud y ha de perjudicar a un tercero.

En nuestra constitución, el artículo 11 del ejercicio de los derechos, contiene en su numeral 4to el principio de: *“4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”*. Aunque se prohíbe la restricción y condicionamiento del ejercicio de los derechos, la norma reconoce que estos tienen un contenido y por ende un espíritu que ha

de ser acatado y respetado por los titulares. Así establece el jurista Josserand, citado por el autor Tamayo Lombana (1998, p. 84):

“los derechos no son concedidos por la sociedad pero cada uno de ellos tiene su razón de ser, su misión que cumplir, está animado de un cierto espíritu. El titular debe conformarse a todo ello, pues de lo contrario desvía el derecho de su destinación y compromete su responsabilidad”

De esta manera, es como los derechos, aunque no todos, sí en su gran mayoría son valores cuyas funciones están enmarcadas por la voluntad que el legislador tuvo al momento de crearlos. Sin embargo, la doctrina ha analizado que no es una verdad absoluta que el hecho de que un acto lícito por naturaleza, pueda constituirse en un hecho ilícito, sino que más bien puede negarse esta idea. Al respecto, el jurista Ramón Meza Barros nos manifiesta:

“La ejecución de un acto lícito por excelencia, no puede constituir un delito o cuasidelito, esto es, un acto ilícito: neminem loedit qui jure suoutitur.

“Esta conclusión, de una lógica aparentemente irrefutable, es jurídicamente inadmisibile. Supone, implícitamente, el absolutismo de los derechos que el titular de los mismos los puede ejercer libremente, a su entero arbitrio.

Pero los derechos no son ni pueden ser facultades arbitrarias; son medios de lograr determinados fines útiles. El titular debe conformarse en su ejercicio a tales fines que justifican y legitiman su existencia.” (1979, p. 255)

Sin embargo y abordando la excepción a esta postura de la relatividad de los derechos, tenemos algunos cuyo absolutismo se admite, son aquellos donde se justifica el arbitrio al momento de ejercerlos. Por ejemplo, cuando los padres de familia ejercen el derecho de negarse a consentir el matrimonio de un hijo menor; su negativa no es necesario justificarla, ni se la considera como un

abuso, ya que se respalda objetivamente la patria potestad de los ascendientes sobre los descendientes. Sin embargo, este tipo de derechos absolutos se presentan de manera excepcional en el derecho actual. (Tamayo, 1998, p. 93)

La relatividad de los derechos subjetivos, se presenta hoy en día como una característica de los mismos y la teoría del Abuso del Derecho se sustenta en este principio:

“En verdad la teoría del abuso se sustenta en la relatividad de los derechos como contraposición al absolutismo jurídico, en la medida en que los derechos son concedidos por el ordenamiento para alcanzar determinados fines y no para ser utilizados arbitrariamente; para satisfacer intereses racionales y no para ser ejercidos sin seriedad, sin utilidad” (Velásquez, 2010, p.653)

Los fines a los que el autor hace referencia, se trata en sí de su causa o razón de ser, lo cual es necesario identificar, para entender a la figura del abuso del derecho. Gustavo Ordoqui Castilla (2010, p.49, 50), al respecto nos dice:

“Cuando se ejerce un derecho sin respetar la finalística que justificó su existencia y se buscan otros fines diferentes y, por tanto, no reconocidos por el orden jurídico, entramos en la figura de lo ilícito y abusivo. El abuso de derecho se presenta con un apartamiento frontal no encubierto de los fines.”

3.3.1 La buena fe como límite en el ejercicio de los derechos

La buena fe se considera un límite al abuso del derecho, por cuanto es considerado un principio general del derecho, que establece que los actos jurídicos que ha de ejecutar un sujeto serán en apego a las normas, pero sobretodo con una intención leal del efecto que estos han de producir.

El diccionario de Manuel Ossorio (2010, p.133) nos proporciona la siguiente definición: *“Convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo”*. Basados en esta premisa, entendemos porqué el ejercicio de un derecho como un acto que ha de producir efectos jurídicos,

debe ser ejercido con lealtad y proceder honesto. El ejercicio de una prerrogativa es un acto respaldado por la ley, como lo son aquellos otros actos que también son lícitos y que han de producir efectos jurídicos deseados. Así por ejemplo: celebrar un contrato, reconocer a un hijo, asociarse, etc. La buena fe es ese principio que manifiestan los sujetos al momento de ejecutar un acto jurídico cuyas finalidades son conocidas y buscadas por éstos; la cual, perdería presencia cuando los sujetos ejercieran un acto con una finalidad distinta, es decir con una intención maliciosa.

Aunque la buena fe en el derecho tiene varias funciones, como la de ayudar en la interpretación de un contrato, muestra una de sus funciones en la actuación de limitante en la forma de ejercer un derecho. El autor Ordoqui Castilla al respecto nos dice:

“El derecho se ejerce al margen de la buena fe no sólo cuando se utiliza para un fin objetivo con funciones económicas distintas de aquellas para las que se creó, sino cuando se ejercita de manera o en circunstancias que lo hacen desleal” (2010, p.67)

Este principio de la buena fe es más bien un parámetro que mide la actuación de todo sujeto en el actuar con la sociedad y por ende en todos los actos que impliquen contraer obligaciones o que han de generar efectos jurídicos.

La anexión del concepto de la buena fe en relación al abuso del derecho, lo tenemos como ejemplo en el Código Civil español del año 1974, cuyo artículo 7 incorpora una disposición de carácter general, esto es que no enumera los casos en concreto que han de determinarse como abuso del derecho.

“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del

ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.” (Sessarego, 1992, p. 229, 230)

De la cita anterior, se desprende en primer lugar que la buena fe en el ejercicio de un derecho es una exigencia, lo cual quiere decir que es mandatorio y su incumplimiento es antijurídico y por ende ha de conllevar una sanción. Sin embargo, las sanciones que la misma norma ha de imponer por este hecho no han de ser concretas, puesto que el abuso del derecho no se encuentra tipificado ni descrito legalmente, lo único que se establece de manera amplia es que la ley no ampara lo ampara, es decir que no es una figura que se encuentre contemplada como legal y permitida. La norma, adicionalmente contempla el criterio mixto para establecer la existencia del abuso del derecho, puesto que manifiesta que éste se da cuando hay una extralimitación a los derechos y que además por este hecho se produzca un daño, existirá un deber de indemnizar por parte del titular que lo ejerció, que por lo tanto es semejante a un delito o cuasidelito.

Sin embargo, para una mejor comprensión de la figura y de su configuración como tal, es necesario hacer referencia a aquellos criterios que permiten establecerla.

3.4 Criterios para establecer el Abuso del Derecho.-

El tratadista Alberto Tamayo Lombana (1998, p. 87), ha establecido tres:

1. Criterio Intencional.- Sostiene que el titular de un derecho subjetivo, abusa de éste cuando lo ejerce con la finalidad de ocasionar un daño a otro. En este caso tenemos la presencia del dolo o la culpa.
2. Criterio Funcional.- Se fundamenta en la idea de que el abuso del derecho se ocasiona cuando se desvía al derecho de su fin social, es decir que su ejercicio se da en contra de su espíritu y fin del que se ha explicado anteriormente. Dupont Delestraint, citado por el autor Tamayo,

nos dice: *“Es posible que se ejerza un derecho sin la intención de perjudicar a otro, pero de una manera anormal”*, es decir que así su intención inicial no haya sido la de ocasionar un perjuicio a otro a través del ejercicio irregular del derecho, sin embargo si se llegara a ocasionar, la responsabilidad del titular se compromete, por la negligencia, es decir por su culpa.

3. Criterio de la culpa.- El abuso del derecho es la culpa en el uso de estos.³

A partir de esta clasificación, la doctrina ha considerado a tres criterios para el establecimiento de la figura del abuso del derecho, el criterio subjetivo, el objetivo y el mixto.

3.4.1 Criterio Subjetivo

Este precepto, considera que existe abuso del derecho, cuando el titular de un derecho lo ha ejercido con la única intención de perjudicar a otro, o de sacar un beneficio del resultado de este ejercicio. *“El acto es abusivo, cuando su móvil principal es dañar a otro, aun cuando puedan existir otros fines secundarios”* (Ordoqui, 2010, p. 54).

Este criterio surge de los ya enunciados fallos históricos de Colmar y Lyon. El autor Fernández Sessarego (1992, p.125), a su vez establece sub criterios que permiten juzgar una conducta de abusiva:

- a) Intención de causar perjuicio
- b) Acción culposa y negligente
- c) No existencia de un interés legítimo y serio para el agente

³ Consideramos que este criterio establecido por el autor, se asemeja con el criterio intencional, puesto que si bien la culpa es un elemento que se da sin la intención positiva, en nuestra legislación al dolo y a la culpa en materia civil, se los considera elementos análogos y que ambos componen la responsabilidad civil. Discurremos entonces que el criterio de la culpa y el intencional se los puede considerar en una sola categoría, por la idea subjetiva que ambos contienen.

El carácter de subjetivista se ha otorgado por cuanto este criterio observa la intencionalidad maliciosa de la persona al momento de ejercer un derecho y no la finalidad de ese ejercicio. Es decir, que aquello que mueve al titular de un derecho a hacer uso de este, es la intención de provocar un daño a un tercero y no un interés de usar su derecho de manera legítima y para lo cual el ordenamiento le atribuyó.

“Según este enfoque para que exista abuso de derecho se necesita la existencia de una conciencia de que se está actuando no para satisfacer el propio interés sino para perjudicar al ajeno. En estos casos” (Ordoqui, 2010, p.55)

Los sub criterios del autor Sessarego, son ideas que ayudan a determinar la intencionalidad en el ejercicio del derecho, lo cual importa a esta tendencia. Aunque ninguna de las tres se contraponen entre sí, son razonamientos que permiten al juzgador guiarse para comprender cuando hay abuso del derecho y la presencia de una de ellas, conllevará a determinar que una conducta es o no abusiva.

Es así, como el propósito de causar un perjuicio, la negligencia y la falta de un interés legítimo responden a acciones que emanan directamente del sujeto titular. En primer lugar, se halla al dolo, como la intención efectiva de querer dañar a otro; en segundo lugar, a la culpa, entendida como la negligencia, imprudencia e impericia; y, en tercero encontramos la ausencia de un interés legítimo, es decir que cuando un titular de un derecho, lo hace de manera abusiva, pierde el interés legítimo, ya que su finalidad no es la de dar el uso apropiado al derecho y para el cual fue creado, sino uno distinto.

Este criterio interesa al campo de la responsabilidad civil extracontractual, puesto que ésta se fundamenta en la intencionalidad del cometimiento de un daño a través de un ilícito.

“Según el criterio subjetivo existirá ejercicio abusivo del derecho cuando el sujeto actúe con la intención de perjudicar a otro

(dolosamente) y aun cuando lo haga sólo culpablemente” (Hess et al. 2010, p.4)

Es entonces la intencionalidad el elemento característico del denominado sistema subjetivo del abuso del derecho. Sin embargo, dentro de los sub criterios enunciados anteriormente, aquel de la intencionalidad se refiere exclusivamente al dolo y excluye a la culpa, pues le da un tratamiento aparte en otro sub criterio, al cual se le ha denominado “de la negligencia”. No olvidemos que la culpa es aquella falta de conducta, la misma que es reprochable a su agente por la obligación genérica que todo sujeto tiene de actuar en apego al cuidado, la prudencia y competencia. Josserand citado por Moisset (2010, p.5) sostiene que el acto ha de calificarse abusivo aun cuando el titular no lo haya ejercido de manera dolosa, ni tampoco haya obtenido un beneficio de este ejercicio abusivo.

En cuanto al sub criterio de la falta de interés legítimo, se fundamenta en la calificación que el autor Von Ihering (Ibídem), le dio a los derechos subjetivos de “intereses legítimos protegidos jurídicamente”, es por lo tanto abusivo el usar un derecho sin el fin de hacer valer el bien jurídico al que protege, sino que lo hace con una finalidad distinta de provecho.

3.4.2 Criterio Objetivo

También denominado finalista o funcional, este criterio sostiene que el abuso de derecho existe cuando se lo ejercita de manera irregular y lo cual se da cuando existe alejamiento del fin o la función para el cual fue creado y conferido. (Ordoqui, 2010, p.55)

“Según esta tendencia, el abuso del derecho no se definiría por la intención de perjudicar de parte del titular del derecho, por la presencia de la culpa o por la ausencia de un interés serio y legítimo, sino más bien por la gravitación de un elemento objetivo, como es el manifiesto ejercicio anormal de un derecho subjetivo.”
(Sessarego, 1992, p.129)

Entendemos que el ordenamiento jurídico, ha protegido a los derechos subjetivos y los ha reconocido como tales, por el beneficio que dan a la sociedad y por la finalidad que estos cumplen de mantener la armonía en sociedad y permitir que los actos permitidos que cada sujeto ha de ejecutar, tengan un respaldo legal que los ampare. Esto responde a la relatividad de los derechos de la que se ha tratado, puesto que establece que cada derecho ha de ser ejercido y usado en apego a su espíritu y que no puede ser absoluto, pues no ha de ser utilizado para otra finalidad que no sea aquella que emana de su propia razón de ser.

En este criterio, son dos los principios generales del derecho que se transgrede: el de la buena fe y el de las buenas costumbres. El primero, porque la decisión del sujeto de ejercitar un derecho de manera irregular, lo hace con un objetivo deshonesto o contrario a la moral. Y el segundo, porque como lo hemos observado anteriormente se trata de no ejercitar el derecho de forma honesta y con la finalidad de respetar su espíritu y función. Ambos principios, son análogos y son fundamento de este criterio objetivo o finalista. Sin embargo, autores como Luis Moisset de Espanés (2010, p.9) consideran que este criterio no se tiene un carácter objetivo en sí, ya que el ejercicio de un derecho actuado en contra de la moral y la buena fe, responde a una decisión de voluntad del titular, un elemento subjetivo que mueve a lo mueve a ejercer un determinado derecho en contra de su función y con un objeto diferente a su razón de ser, a su esencia.

3.4.3 Criterio Mixto

Al tener estas posiciones diferentes aunque no opuestas, ha surgido una concepción mixta, que incluye elementos de ambos criterios. La doctrina considera que esta idea al combinar tanto la posición de carácter subjetivo como del objetivo, no se contraponen entre sí, sino que a su vez se complementan para tener un concepto mejor consolidado la figura del abuso del derecho, ya que apoyando al autor Moisset: En ambos criterios se obtiene el elemento subjetivo de la voluntariedad en el ejercicio irregular de un derecho y son semejantes entre sí porque en ambos existe una finalidad diferente a la

función y esencia del derecho como tal. De esta manera el aporte del criterio objetivo es que el ejercicio abusivo de un derecho es de carácter irregular, y por lo tanto constituye una herramienta de medio, con un fin distinto al propio del derecho. En cuanto al criterio subjetivo, se observa que la finalidad real inicial de un sujeto es el provocar un daño o a su vez su negligencia y falta de cuidado conlleva el resultado de que este uso del ejercicio de manera irregular produzca un daño y comprometa la responsabilidad del sujeto titular.

“El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido por la ley. Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno. Es decir sustancialmente contrario a la moral social” (Sessarego, 1992, p. 143)

De conformidad con lo anterior, podemos constatar la presencia de ambos factores en esta concepción, así tenemos el ejercicio excesivo, irregular, antisocial, es decir contrario a su naturaleza es susceptible adicionalmente de producir un daño. Es importante tomar en cuenta que en este caso aunque hay el elemento subjetivo de ejercer un derecho de manera contraria a su función, el daño que ha de producirse si bien no se tuvo la intención inicial de provocarlo, el titular responde por la culpa.

Dentro de esta tendencia, el autor Ramón Meza Barros (1979, p. 256) considera que estos dos criterios son factores que al ser combinados, dan origen al abuso del derecho. Que para determinar la existencia del abuso del derecho, hay que observar lo que en ambos factores se ha establecido: la función de cada derecho, ya que cada debe ser ejercitado de acuerdo a *“su destino, al espíritu de la respectiva institución, al fin económico y social que persigue”*; y adicionalmente debe observarse el móvil, la causa que encaminan al titular del derecho a *“los fines que se propone conseguir ejercitándolo”*.

A nuestro parecer, este criterio para establecer el abuso del derecho es el más idóneo, ya que la combinación de ambos factores: subjetivo y objetivo, no se contraponen entre sí, al contrario se complementan. En este sentido, consideramos que la presencia un elemento subjetivo de voluntariedad toma presencia en ambos criterios, puesto que tanto en el ejercicio irregular o extralimitado de un derecho, como en la intencionalidad de causar un perjuicio a través de este hecho, nos encontramos ante una acción voluntaria del titular empujado por un móvil proveniente de su consciencia.

3.4.4 Nociones en el Derecho Comparado

En la legislación comparada, existe una tipicidad del Abuso del Derecho, en algunos casos como un principio general, en otros como una disposición de un figura considerada como no permitida o ilegítima o simplemente se contempla que la ley no lo ampara, ni respalda conducta permitida.

Así tenemos el Código Civil de Suiza de 1907, cuyo artículo 2, establece concretamente: *“El abuso manifiesto del derecho no está protegido por la ley”* (Ordoqui, 2010, p.36); por su parte, el Código Civil alemán de 1900 o también denominado BGB, literalmente traducido como el “Libro de las Leyes Civiles” en su texto plasma: Parágrafo 226.- *“No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda causar perjuicio a otro”*; parágrafo 826.- *“El que de un modo contrario a las buenas costumbres, intencionalmente causa un perjuicio a otra persona. Estará obligado a su reparación”* (Ibídem, p.37).

En este sentido, la ideología del texto germano, contempla a la figura del abuso del derecho con un criterio subjetivo, pues determina que la intencionalidad en el ejercicio de un derecho cuya finalidad sea la de ocasionar un daño a otro sujeto. Por otro lado y siguiendo una tendencia funcional, el Código Civil de Portugal del año 1967, en su artículo 334 dispone: *“Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando su titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres, o por la finalidad social y económica del derecho”* (Ibídem); claramente aquí si bien es cierto que se establece cuando ha de existir abuso del derecho y lo califica de ilegítimo, no descarta la

posibilidad de que ese ejercicio irregular pueda causar un daño cierto susceptible de ser indemnizado.

En Argentina, a partir de la reforma del año 68, el artículo 1071 insta la teoría del Abuso del Derecho, a través del enunciado: *“El ejercicio regular de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerara tal al que contraria los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos, o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y buenas costumbres.”*

Por su parte, el Código Civil de Perú, en su título preliminar, artículo II, determina: *“La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda”* (Ibídem, p. 37,38), al respecto observamos como la norma ya se refiere a las acciones correspondientes en caso de existir el abuso del derecho como tal.

La misma normativa, con la finalidad de salvaguardar los propios intereses y derechos de la colectividad, y al ser la que consagra los derechos, éstos pueden ser tomados como herramientas que pueden llegar a ser usadas de forma incorrecta y no para su finalidad propia; por lo que, la misma ley dispone que no amparará que estas acciones abusivas de los derechos, ni que apoya el abuso de las facultades concedidas a los titulares.

3.5 Naturaleza del Abuso del Derecho

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza del Abuso del Derecho, hay autores que sostienen la posición de que se trata de una figura *sui generis*, o figura atípica que se forma a través de la transgresión de un deber genérico. Otros manifiestan que el la prohibición del Abuso del Derecho es un principio general, considerado como una fuente del derecho que ha de respetarse y observarse en cada una de las actuaciones de los sujetos. Y finalmente, la concepción del Abuso del Derecho como un acto ilícito.

En el presente trabajo, nos aborda conocer la naturaleza del abuso del derecho para determinar que éste puede ser considerado un ilícito civil generador de la obligación de responder extracontractualmente. Conocer donde se ubica esta figura en el campo del derecho, nos permite advertir que cumple con cada elemento para ser considerado un ilícito civil y conjuntamente determinar cuando este hecho ha de cumplir con los presupuestos configurativos de la responsabilidad civil extracontractual.

Es importante aclarar que si bien se exponen los diferentes puntos de vista doctrinarios sobre la naturaleza jurídica de esta figura, en lo que respecta al presente trabajo, la finalidad es entender que es un ilícito civil y que reúne todas las características para ser considerado como tal.

Existen autores que apoyan la postura de que el Abuso del Derecho, una figura *sui generis*, cuyo argumento radica en que el punto de partida de que el ejercicio del derecho en sí, es un acto lícito y respaldado por el ordenamiento jurídico; la ilicitud de éste vendría a ser la desviación que se dé al ejercicio o la intención dañosa con la que se ejercite. Al respecto el autor Carlos Fernández Sessarego (1992, p. 139) sostiene que: El acto abusivo, cuyo fundamento inicial es un derecho subjetivo, es una acción de carácter ilícita cuando el comportamiento antisocial, o en su caso la omisión de la misma índole, se viola el deber jurídico amparado por el derecho objetivo y que se toma presencia en todos los actos jurídicos de género patrimonial. *“La ilicitud del acto abusivo es específica, sui generis, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma.”*

Al respecto, establecemos que el deber jurídico *“naeminemlaedere”* de no hacer daño a nadie es un principio general que todos los sujetos están obligados a observar por el hecho de convivir en sociedad, donde cada uno está obligado a respetar los derechos y bienestar ajenos. Observamos como en esta tendencia se refiere a que aunque el ejercicio del derecho en sí, no es un acto ilícito, lo es sin embargo la conducta antisocial del titular. Lo cual reconoce que existe una conducta discrecional contraria a un deber jurídico establecido,

lo cual lo convierte en un hecho ilícito que en caso de irrogar un daño a un tercero, comprometería su responsabilidad.

La segunda tendencia de considerar a la prohibición del Abuso del Derecho como un principio general del derecho es muy acertada, pues si bien es cierto que nuestra legislación no contempla al abuso del derecho ni como un ilícito civil específico, tampoco lo ampara. Sin embargo, su único fundamento legal se encuentra plasmado en que al considerar la prohibición del abuso del derecho como un principio general, objetivamente se lo está incorporando. Mas no existe una tipicidad del mismo.

Por nuestra parte, de manera general indicamos que nuestra legislación permite el uso de los principios generales del derecho, según el artículo 18, literal 7 del Código Civil, tomada en cuenta como una fuente del derecho y a quienes debería remitirse en caso de falta de ley o jurisprudencia. De igual manera tenemos a los artículos 28 y 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, los cuales determinan que los principios generales del derecho son una fuente que permite la interpretación y delimitación del ámbito de aplicación de las normas, así como para reemplazar la falta de preceptos referentes a una determinada causa o materia.

Autores como Del Vecchio y Lacambra, impulsores de esta concepción, enfatizan que ha de admitirse la prohibición del abuso del derecho como un principio general dentro de la Teoría General del Derecho, por cuanto *“no se debe entender al derecho como algo ajeno a la moral”*. Por su parte De Castro y Bravo consideran que los principios generales del derecho son normas que no han sido formuladas, es decir, que no se han expresado en normas o de forma consuetudinaria, pero que sin embargo constituyen ideas o valores esenciales y que forman parte del ordenamiento jurídico de un estado. (Ordoqui, 2010, p. 75). Son *“criterios rectores de conductas fundantes, fundamentales sobre los que se organiza jurídicamente la sociedad”* (Ibídem, p. 76)

Sin embargo y aunque la idea máxima de esta tendencia es la de consagrar al Abuso del Derecho como una figura inadmisibles y que como principio general, la norma no ha de amparar, es importante recalcar que aún en esta noción, no se excluye el hecho de que por consecuencia de esta figura, se pueda generar la responsabilidad civil extracontractual, como lo veremos más adelante.

Una tercera tendencia, es la de considerar al Abuso del Derecho como parte de la Responsabilidad Civil Extracontractual, como una especie de acto ilícito. Como criterio a ser adoptado, el autor Arturo Alessandri nos manifiesta:

“El abuso del derecho es la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil; ese abuso no es sino una especie de acto ilícito. Debe, por tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito” (1943, p. 261)

Es de esta manera como a la figura no se la considera con autonomía, ni como parte de la Teoría General del Derecho, sino que cumple con las características de un cuasidelito o delito civiles y por lo tanto pertenece y se rige por los preceptos de la Responsabilidad Civil, lo cual lleva a esta figura a centrarse como un hecho ilícito perjudicial susceptible de indemnización.

El autor Larenz citado por Sessarego (1992, p. 135) sostiene que la ilicitud de un hecho se genera cuando existe la intención de causar un perjuicio a otro. Es decir, que la sola intencionalidad dañosa del titular de un derecho al momento de ejercerlo, ya cumple con el requisito de un cuasidelito o delito, lo cual nos lleva a entender que con el simple acto intencional o negligente, aún sin causar un daño a un tercero, ya lo convierte en un hecho ilícito. Sin embargo, para que la Responsabilidad Civil Extracontractual nazca de este hecho, ha de requerirse que exista un daño con las características esenciales para ser indemnizado.

Es por ello que, aunque se obtengan diferentes criterios de cuando ha de configurarse la figura del abuso del derecho, éste como tal siguiendo el criterio

objetivo, subjetivo o mixto, pueda llegar a ocasionar un perjuicio y obligar la responsabilidad de su agente.

3.6 El Abuso del Derecho como fuente de Responsabilidad Civil Extracontractual

3.6.1 Perspectivas

Habiéndose establecido, los criterios para determinar el Abuso del Derecho, así como su naturaleza, es importante analizar en qué manera esta figura se considera un hecho ilícito y por lo tanto una fuente de responsabilidad civil extracontractual.

Al respecto iniciaremos comprendiendo la razón por la cual el abuso del derecho ha de considerarse un hecho ilícito y que por ende ostenta la naturaleza de obligación civil. El art. 1453, referente a las Fuentes de las Obligaciones manifiesta que nacerán “...ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos...”, la norma no contiene una enumeración de cuáles son los delitos y cuasidelitos, ni tampoco limita a que las obligaciones nazcan solo de éstos, sino que han de nacer de hechos que produzcan un perjuicio a otro y que pueden ser en los delitos o cuasidelitos. Ante esto, realizaremos el análisis de cada una de las características para entender cómo el Abuso del Derecho puede ser una especie de hecho ilícito.

Todo hecho ilícito en nuestra legislación es aquel revestido que no es permitido por la ley, por oponerse a la justicia, equidad y buenas costumbres o que es contrario a derecho (Ossorio, 2010, p.466). De esta afirmación deducimos que en cualquiera de las concepciones de la naturaleza del Abuso del Derecho que se exponga, es un hecho antijurídico. Así, sin consideramos a la figura como un principio general del derecho, con la violación del precepto “*la ley no ampara el abuso del derecho*”, se estaría cometiendo el ilícito, pues se considera no sólo a lo que transgreda a la norma, sino que se considera a lo que viole cualquier regla del derecho, esto incluye a sus fuentes: costumbre, la jurisprudencia y los principios generales.

“El no actuar de buena fe, el no respetar los fines de la norma, no son concepciones extralegales sino que son jurídicas y marcan la dimensión de lo ilícito” (Ordoqui, 2010, p.95)

Ante esta noción la prohibición del abuso del derecho como un principio general, podemos establecer que el violar una fuente del derecho, es un hecho antijurídico y por lo tanto cumple con el primer presupuesto de la responsabilidad civil. Pues, lo antijurídico no es solamente aquellos que van contra la ley escrita, sino contra las demás fuentes del derecho reconocidas, que igualmente se encuentran establecidas legalmente.

De igual manera, si tomamos al Abuso del Derecho como un hecho ilícito civil, el mismo que se fundamenta en la intencionalidad y sigue la regla general contemplada en el art. 2229 del Código Civil, la cual establece en la parte concerniente que: *“Todo daño que pueda imputarse malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta...”* y en concordancia con el artículo 2214 del mismo cuerpo legal, los cuasidelitos y delitos obligan a su causante al pago de la indemnización. Es decir, el perjuicio ocasionado por cualquier hecho impulsado por dolo o culpa, compromete la responsabilidad de su autor; y es en esta disposición universal donde se encuadra la figura del abuso del derecho, ya que tenemos la voluntad del ejercicio abusivo y el objetivo de afectar con este hecho a otro sujeto, similar a lo que sucede en la comisión de un delito o cuasidelito civil.

“Así como el hombre debe hacer un uso juicioso y prudente de las cosas y comete delito o cuasidelito si las utiliza con la mira de perjudicar a otro o sin la prudencia necesaria y con ello causa un daño, del mismo modo los derechos que la ley le otorga debe ejercerlos sin malicia y con la diligencia y cuidado debidos. Al no hacerlo incurre en dolo o culpa.” (Alessandri, 1943, p. 262)

3.6.2 Abuso del Derecho como hecho ilícito generador de Responsabilidad Civil Extracontractual

Es así, como al conocer que la responsabilidad civil proviene de un hecho ilícito, es importante conocer de qué manera se encuadra la figura en referencia con las características de los hechos ilícitos.

Sin embargo, es importante aclarar que la Responsabilidad que se genera a partir de este ilícito es de tipo extracontractual, puesto que en el ejercicio de un derecho subjetivo que produzca un daño determinado, no ha de mediar una obligación jurídica contractual previa y el deber que se violenta es un deber jurídico de carácter genérico, elemento que es propio de la responsabilidad civil extracontractual.

En base a la sentencia citada con anterioridad (ver pág. 11), los hechos ilícitos son generadores de obligaciones civiles. El abuso del derecho, al ser un hecho que se ejerce con voluntariedad y con una intencionalidad de perjudicar, se convierte en un hecho de este tipo, puesto que actúa contra derecho, infringiendo el deber genérico de no perjudicar a nadie por actos cometidos con malicia o con negligencia, es decir en los delitos y/o cuasidelitos. El autor que ejerza su derecho con la finalidad de causar daño, así no sea el único fin que ha de perseguir, sólo el hecho de ser perjudicial, ya lo cataloga de abusivo y por ende se convierte en un hecho ilícito generador de responsabilidad; en este caso vendría a ser un delito.

Como segundo presupuesto de los hechos ilícitos tenemos que el efecto que ha de generar es el nacimiento de la responsabilidad extracontractual. Lo cual, de conformidad con lo analizado, es aquella que se genera sin la existencia de una obligación previa, que en estos casos se considera como una obligación de carácter genérica necesaria para la convivencia armónica en sociedad: *“no hacer daño a otro”*, que la doctrina ha considerado que no se trata de una obligación como tal, puesto que su carácter es universal y no específico, como ocurre en las obligaciones contractuales o de tipo legales.

“El deber jurídico de no excederse en el uso de un derecho subjetivo, de manera antisocial e inmoral, capaz de lesionar a otro o de no emplearlo adecuadamente en relación con su propia

finalidad socio – económica, se encuentra implantado en toda situación jurídica de poder o activa. Se trata, por ello, de un deber genérico” (Sessarego, 1992, p. 144)

Adicionalmente, entendemos que la posición en la que se encuentra el sujeto titular de un derecho es superior, ya que cuenta con el arma del derecho subjetivo amparado normativamente y cuyo ejercicio la ley apoya; por lo tanto, el usarlo de manera contraria a su función ya lo califica de un hecho ilícito, por cuanto contraviene el espíritu y el contenido del derecho ejercitado impropriamente.

Los hechos ilícitos son denominados como tales porque contravienen un determinado precepto legal o jurídico y que se los ha encuadrado y estudiado como fuentes de las obligaciones civiles. Ahora corresponde el estudio del efecto de los hechos ilícitos y de qué manera la figura del abuso del derecho cumple los requisitos para ser determinado un delito o cuasidelito. Antes de lo cual, es oportuna la distinción entre obligación y responsabilidad, aunque es angosto el trecho que las diferencia. Manuel Ossorio (2010, p. 846) nos presenta el siguiente criterio:

“En la doctrina el criterio de que en la obligación se ofrecen dos elementos que son, por una parte, la deuda considerada como deber, y por otra, la responsabilidad. La primera lleva en sí misma una relación jurídica válida, aun cuando pueda no ser exigible coactivamente, mientras que la segunda representa la posibilidad de exigir al deudor el cumplimiento de su obligación. Por eso se ha dicho que la responsabilidad constituye un elemento agregado al solo efecto de garantizar el cumplimiento del deber.”

Ante esta acertada aclaración, es importante determinar que los hechos ilícitos como tales ya son fuentes de obligaciones así como lo son las demás consagradas en la normativa: cuasicontratos, ley, etc. De tal forma que, la responsabilidad viene a ser un elemento posterior que es el resultado de la obligación nacida de los hechos ilícitos causantes de un daño determinado.

Por lo tanto, podemos determinar que el Abuso del Derecho es un ilícito civil y al haber establecido que como tal ya es una fuente de obligaciones, por lo tanto es una figura capaz de ocasionar un daño que como efecto tenga una responsabilidad del titular que la usa con la finalidad de perjudicar o bien para su provecho propio.

“La responsabilidad delictual y cuasidelictual civil no sólo proviene de hecho u omisiones materiales que, cometidos con dolo o culpa, dañen a otro. También puede derivar del ejercicio de un derecho. Así ocurre cuando este ejercicio es abusivo y causa daño. El abuso de un derecho, que perjudica a otro, es, pues, fuente de responsabilidad delictual y cuasidelictual civil.”

(Alessandri, 2005, p. 183)

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su fallo de 21 de febrero de 1938, al hacer referencia a la figura del Abuso del Derecho, considera que:

“Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad, quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o casi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con ese motivo su responsabilidad”

(Chapman, 2004, p. 180)

Es importante entonces analizar, como el Abuso del Derecho al ser un hecho ilícito, cumple con todos aquellos elementos que configuran la Responsabilidad Civil.

Recordemos que para que se genere la Responsabilidad Civil Extracontractual emanada desde un hecho ilícito, el hecho positivo del agente debe ser voluntario y contar con el elemento subjetivo de la intencionalidad (dolo o culpa), el mismo que en nuestra legislación y concepción jurídica, es el fundamento para responsabilizar a alguien. Ante esto, el autor IvalRocca citando a Dreyfus, en un estudio de Doctrinas Esenciales de Responsabilidad Civil dirigido por Félix Trigo Represas (2007, p. 295), manifiesta la culpa en el abuso del derecho es un elemento que se halla presente:

“... en el abuso actúa un designio o intención, la responsabilidad surge de esa intención que también existiría si al abusante no le importara el hecho de que está produciendo daño...”

El autor Arturo Alessandri (1943, p.266), establece que la culpa existirá particularmente en el ejercicio del derecho cuando aun existiendo varios medios para ejercerlo, con el mismo resultado o utilidad, se escoge el más perjudicial; mientras que existirá dolo en el ejercicio del derecho, cuando la finalidad principal haya sido la de perjudicar a un tercero.

Es importante determinar que el ámbito del abuso del derecho, ha de abarcar todos los derechos, sea cual fuere su fuente, reales o personales, patrimoniales o de familia y a{un las garantías constitucionales son susceptibles de un ejercicio abusivo (Alessandri, 1943, p.269). Así, nuestra legislación en la única norma que contempla al abuso del derecho es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional cuyo Art. 23 establece:

“Art. 23.- Abuso del derecho.- La jueza o juez podrá disponer de sus facultades correctivas y coercitivas, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, a quien, abusando del derecho, interponga varias acciones en forma simultánea o sucesiva por el mismo acto u omisión, por violación del mismo derecho y en contra de las mismas personas. En los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño, responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las juezas o jueces por el Código Orgánico de la Función Judicial y de las sanciones que puedan imponer las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura.”

El citado precepto, se refiere al abuso del derecho de acción o de acceso a la justicia, el cual castiga la simultaneidad en la interposición de acciones y/o

recursos con la finalidad de perjudicar a un tercero a través de estos medios otorgados por la ley. Por ejemplo, que se interponga una acción extraordinaria de protección contemplada como una garantía constitucional, con la finalidad de evitar la ejecución de un fallo ejecutoriado legalmente dictado; causando un perjuicio así a aquel a favor de quién se sentenció.

“El derecho a recurrir a las vías legales, ejercitando una acción en justicia, respondiendo a tal acción, ejercitando una vía de recurso, depositando una queja, recurriendo a la ejecución, ese derecho parece ser absoluto y particularmente sagrado. En realidad, es relativo y susceptible de abuso; debe ser ejercido honesta y prudentemente, con buena voluntad. De no ser así, se expone el culpable a una condena de daños y perjuicios.” (Joserrand, 2008, p. 247)

Con el análisis propuesto y habiendo determinado que las características de la figura denominada Abuso del Derecho se ajustan para calificarla como una especie de ilícito civil que al ser ocasionado y con la producción de un efecto dañoso que perturbe a otra persona, la responsabilidad del titular que lo ejerció se comprometerá; y consecuentemente corresponderá al poder jurisdiccional a través de un proceso legal, la determinación de dicha responsabilidad y la forma mediante la cual se responderá (indemnización), para cumplir con la finalidad de la Responsabilidad Civil: Restablecer la situación de la víctima al estado anterior al acaecimiento del daño.

CAPITULO IV

EL PROCEDIMIENTO EN EL ECUADOR

Una vez comprendido el hecho ilícito que, fuente de obligación, que da origen a la responsabilidad civil, es preciso comprender de qué manera la víctima ha de acceder al derecho que le asiste de exigir la respectiva reparación y/o indemnización por motivo del daño sufrido.

Aunque la responsabilidad surge por la producción de un perjuicio como tal, es menester que sea declarado por autoridad competente a través de un proceso de conocimiento y declarativo, pues de esta manera se realiza un análisis del hecho dañoso; de que el menoscabo sufrido cumpla con las características esenciales para ser indemnizable; pero sobretodo que el juez reconozca en sentencia los daños y perjuicios a ser pagados por motivo del hecho ilícito perjudicial.

Al respecto, el autor Arturo Alessandri Rodríguez (2005, p. 201, 202), nos manifiesta en caso del abuso del derecho de jurisdicción que:

“El ejercicio de las acciones judiciales y de los recursos que franquean las leyes del procedimiento no es abusivo por sí solo, aunque los tribunales no acojan esas acciones o recursos en definitiva y aunque con ese ejercicio se haya causado daño a la otra parte. Para que lo sea, es menester que se pruebe que el litigante, al ocurrir a la justicia, al persistir en defenderse, al promover incidentes dilatorios, al retardar la marcha y fallo del litigio,... en general, al utilizar los diversos recursos o derechos que las leyes del otorgan, sea como demandante o demandado, ha procedido con culpa o dolo, es decir con negligencia o imprudencia o con el deliberado propósito de dañar a su contraparte, sea por puro espíritu tinterillesco, por venganza, por rencor o para arrancarle una transacción que de otro modo no obtendría.”

Ante esto, en el caso enunciado, se evidencia la clara necesidad de la existencia de un proceso mediante el cual se pruebe de manera fehaciente que el abuso del derecho por parte de un titular es aquel hecho imputable dañoso del cual emana el deber de indemnizar.

Respecto de esto, el autor Gustavo Ordoqui Castilla (2010, p. 114) no manifiesta que en el evento de que por causa del ejercicio de un derecho de manera abusiva se ocasiona un daño, el mismo debe ser reparado en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

El acto abusivo, sea de acción u omisión, es capaz de provocar daños tanto patrimoniales como morales, debiendo los mismos ser reparados. El abuso del derecho, se lo califica dentro como un comportamiento de carácter ilícito que, al momento de relacionarse causalmente con el perjuicio, establece el nacimiento de la obligación de indemnizar.

El abuso del derecho se traduce en un hecho atribuible a su autor, cuando existe la relación causal con el daño ocasionado. Como se ha analizado previamente, **existe ilicitud cuando el ejercicio abusivo de un derecho se da por la desviación de los fines que ese determinado derecho, persigue.**

La importancia de contar con un procedimiento responde a la necesidad de que el abuso del derecho deba ser probado y calificado como la causal de un daño imputable a su titular. Ya que, es menester comprobar que en efecto, el autor del abuso del derecho es responsable.

Para lo cual, se ha de comprobar su intencionalidad, la existencia del abuso del derecho, la imputabilidad del efecto dañoso, así como que el daño en si cumpla con las características esenciales para ser calificado como indemnizable.

4.1.Trámite

Por tratarse de un hecho ilícito, contemplado en el Código Civil a través de la regla general establecida en su artículo 2229, la competencia del juez que sustancie la causa es en materia civil a través del proceso ordinario y sus

reglas establecidas en el Título II y en concordancia con lo manifestado en el artículo 59 del código adjetivo civil que dicta: *“Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario.”*

El proceso ordinario es un juicio de conocimiento y declarativo de derechos, en el que las partes a través de las pretensiones, las excepciones y las pruebas, hacen saber al juez el derecho controvertido para que en sentencia sea pronunciado.

Según el jurista DevisEchandía (2004, p.164), los procesos pueden ser mixtos, es decir que en su materia se combine el proceso declarativo y el de condena. Entendemos que en el caso de juicios de daños y perjuicios, no se trata simplemente de un proceso en el que el actor pretende que se declare en el fallo, su derecho a recibir la indemnización, sino que también se condene al pago de la misma.

“Proceso de condena o de prestación.

Tiene lugar cuando una parte pretende frente a la otra que ésta reconozca la existencia de un derecho de la primera, quede obligada por él y lo satisfaga, o que quede sujeta a las consecuencias del incumplimiento de una obligación y se le imponga la consecuente responsabilidad. Es decir, cuando se persigue que se imponga al demandado una condena cualquiera. Por ejemplo: se pide que se declare un hecho ilícito o una obligación y la responsabilidad del demandado. La condena del demandado va ligada, por lo tanto, a la declaración de que el derecho del demandante existe como base de aquélla” (Ibídem, p.162, 163)

Vale la pena realizar la aclaración y el análisis respectivo de a razón por la cual la determinación de responsabilidad civil extracontractual por abuso de derecho y la condena de pago de daños y perjuicios no ha de ventilarse en juicio verbal sumario cuando éste también se trata de un proceso de conocimiento donde su

característica principal es que es sumario, es decir que la sustanciación se lleva a cabo de forma abreviada.

El artículo 828 del Código de Procedimiento Civil hace referencia de manera taxativa a las causas que serán tramitadas por esta vía: En primer lugar menciona a aquellas en las que las partes previamente hayan acordado que este trámite sea por el cual se sustancie cualquier controversia que se suscite entre ambas, lo cual se refiere al caso en el que medie entre ellas un acuerdo previo con una cláusula especificando la jurisdicción y competencia a la que se someterán los contratantes; sin embargo, en lo que se refiere a la Responsabilidad Civil Extracontractual, tal y como se ha analizado previamente, este acuerdo previo no existe.

De igual manera se refiere a aquellas causas en las que legalmente se establezca el sometimiento a este trámite, como las reclamaciones sobre los incidentes relativos a la administración de la guarda o en divorcios que sea de un cónyuge en contra el otro, etc.

En lo que se refiere daños y perjuicios, únicamente la liquidación de estos se ventilará en juicio verbal sumario, es decir que posterior al trámite ordinario en el que se condene al pago de indemnizaciones y una vez ejecutoriada la sentencia, se han de liquidar en un proceso de este tipo, una vez que se ha determinado en el juicio ordinario la existencia de todos los componentes que configuran la responsabilidad civil extracontractual y consecuentemente se reconozca en sentencia, la obligación de indemnizar.

4.2 Etapas del Proceso

Una vez entendido el tipo de trámite que se dará para el conocimiento de este tipo de causas, es importante estudiar cada etapa propia del procedimiento y las cargas y obligaciones que cada parte procesal tiene en cada una de ellas.

4.2.1 Demanda

El jurista Couture, citado por Víctor Jüber Moscoso (2011, p. 4), nos explica la razón de ser de la acción judicial como:

“El primer impulso del alma rudimentaria es la justicia por mano propia. Sólo a expensas de grandes esfuerzos históricos ha sido posible sustituir en el alma humana la idea de la justicia por mano propia, por la idea de justicia a cargo de la autoridad”

La acción, es aquella potestad jurídica de reclamar la asistencia de la función jurisdiccional; es un derecho subjetivo procesal, contemplado en el artículo 86 de la Constitución vigente, y, por consiguiente, autónomo e instrumental, dirigido al juez, como autoridad estatal de la función judicial, con la finalidad de solicitar la activación de la actividad jurisdiccional para pedir la puesta en movimiento de la actividad judicial y conseguir un dictamen que sea apegado a derecho y justicia.

“Acción es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso” (Echandía, 2004, p.193)

La acción judicial es un derecho subjetivo que el ordenamiento respalda y que el sujeto titular de esta prerrogativa puede hacer uso para exigir de la autoridad competente e imparcial, su criterio vinculante y decisivo en una determinada causa, a través de la demanda, la misma que debe contener todos los requisitos contenidos en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil para que sea aceptada a trámite.

Todo proceso judicial inicia con la demanda presentada por el interesado, es decir que sin ella éste no existiría. Ésta debe indicar los antecedentes o fundamentos de hecho de manera detallada, pues son aquellos sucesos que motivan al actor a la presentación de la misma y que el juez ha de considerar al momento de analizar el proceso para la dictar el fallo correspondiente.

Los fundamentos de hecho son los elementos fácticos que el accionante expone a la autoridad judicial para que tome en cuenta y que deberán ser

probados dentro del proceso para que la sentencia emitida sea debidamente motivada.

En el caso de la causal del abuso del derecho, corresponde al accionante el enunciar el derecho supuestamente abusado y el perjuicio sufrido por medio de este evento, ya que será este el hecho ilícito que le corresponde probar al actor, así como el nexo causal de que ha sido víctima de un daño por motivo de este abuso.

La demanda además debe contener las bases normativas para solicitar el pronunciamiento judicial, así como el sustento que concatene con los elementos fácticos enunciados. Así en el caso del abuso del derecho, el demandante ha de fundamentarse en los artículos 2214, 2215, 2216, 2217 y del Código Civil, relativos a los cuasidelitos y delitos y el deber de indemnizar que nace de estos, pero sobretodo remitiéndose a la regla general contenida en el artículo 2229.

La pretensión es un elemento de gran trascendencia dentro del proceso así como para la calificación de la demanda, pues es aquello que pretende alcanzar el actor a través de la acción, es el objetivo final que solicita se declare en sentencia. En el caso que nos aborda, el demandante ha de solicitar la condena al pago de daños y perjuicios al demandado en una cantidad estimada del perjuicio sufrido. El actor debe colocar una cuantía precisa, pues es el valor económico que éste estima perdido por el perjuicio sufrido por causa del demandante que abusó de su derecho.

“El petitum de la demanda persigue una sentencia favorable que acceda a lo que en él se contiene; la acción tiene como objeto la sentencia, favorable o desfavorable. En cambio, objeto de la pretensión, es obtener la sentencia favorable que otorgue lo que en el petitum de la demanda se reclama” (Echandía, 2004, p.194)

La pretensión en el caso de juicios de daños y perjuicios debe cuantificarse en dinero o a su vez puede consistir en una reparación material del daño ocasionado, en caso que esto sea posible.

La pretensión económica del autor de recibir la indemnización a la que cree tener derecho, debe ser probada y para que en el fallo se apruebe, el juez debe realizar el ejercicio en base a los medios probatorios presentados por las partes, de que al haber existido un daño y una pérdida económica, se calcule el valor correspondiente a este menoscabo.

“El ciudadano tiene la facultad de exigir su supuesto derecho (pretensión) mediante el ejercicio de la acción, lo cual, pone en funcionamiento la maquinaria jurisdiccional para obtener un pronunciamiento a través del proceso. La pretensión es la declaración de voluntad de lo que se quiere o lo que se exige a otro sujeto” (Montilla, 2008, p.89)

Así por ejemplo, el abuso del derecho de asociación, cuando una persona utiliza a una persona jurídica para que sea propietaria de sus bienes, en caso de mantener deudas con el Estado por motivos de tributos, y que consecuentemente por la vía coactiva dichos bienes se puedan embargar para cubrir con ello las obligaciones correspondientes. El Estado como accionante podría demandar que el perjuicio que está sufriendo se debe a que no puede cobrar los montos adeudados ni actuar sobre los bienes del acreedor, ya que estos ya no pertenecen al deudor, sino a una persona jurídica distinta y adicionalmente le correspondería probar que la asociación realizada por el deudor no tuvo un fin legítimo, es decir que no fue con la finalidad que este derecho persigue, sino con el objeto de evitar el pago de obligaciones tributarias; así, en este caso, el derecho a la libre asociación está contemplado en la constitución y no es un acto ilícito per se, lo es sin embargo, la intencionalidad dolosa con la que se lo ejercite.

4.2.2 Citación y Contestación

La citación con la demanda, es una solemnidad sustancial que el Código Adjetivo Civil contempla como tal, pues es la fase en la que se pone en conocimiento del demandado acerca de la acción propuesta en su contra, con

la finalidad de que éste pueda ejercer su derecho a la defensa. El doctor José C. García Falconí, señala que:

“PARA QUE SE PUEDA EJERCITAR el derecho de defensa, la demanda debe ser citada al demandado o demandados, así se asegura la vigencia del principio de contradicción poniendo en conocimiento del demandado las pretensiones formuladas por el actor y para que conteste la demanda.”(Recuperado el 12 de junio de 2012 de http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=326)

La citación deberá realizarse por las formas prescritas en la ley, al ser un paso procesal necesario que debe realizarse sin omisión, ya que si se prescinde del mismo, acarrea la nulidad del proceso, de conformidad con lo prescrito en los art. 344 y 346 del código de procedimiento civil, puesto que no se puede sustanciar una causa sin que se haya dado la oportunidad al demandado de proponer las excepciones respectivas a la pretensión del autor.

En este tipo de juicios de conocimiento, donde existe una controversia y pugna de intereses, ha de citarse al demandado y no únicamente notificarle, ya que éste debe comparecer dentro del proceso y ejercer así su derecho a replicar. La diferencia entre ambos actos nos la define la segunda sala de la ex Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de 26 de abril del 2000:

“Notificación es el acto jurídico mediante el cual se comunica de una manera auténtica a una persona determinada o a un grupo de personas la resolución judicial o administrativa de una autoridad, con todas las formalidades preceptuadas por la ley; y la citación es la diligencia por la cual se hace saber a una persona el llamamiento hecho de orden del juez, para que comparezca en juicio a estar a derecho. Los conceptos doctrinarios transcritos, permiten desprender que notificación y citación son actos procesales que deben ser catalogados entre los actos de

comunicación, pero revisten diferencias sobre efectos, formalidades y básicamente respecto a las consecuencias que estos generan.” (Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3. Pág. 629)

La contestación a la demanda representa el derecho del demandado a contradecir lo que el actor alega en su contra y debe realizarlo en el término de 15 días desde que tomó conocimiento, es decir desde que se le citó legalmente. Es decir que con este acto, la Litis se traba y corresponde a ambos sustentar dentro del proceso lo invocado.

“El actor afirma la ilicitud de un hecho (se invadió mi esfera jurídica) y el demandado opone a esa pretensión la circunstancia de que esa lesión se produjo como consecuencia del ejercicio de un derecho del que es titular (causa de justificación)” (Gamarra, 2007, p.32)

En el caso que nos atañe, las excepciones que el demandado ha de colocar deben destinarse a desmentir las alegaciones del autor, es decir y tal como lo manifiesta la cita anterior: su defensa ante la afirmación de un abuso del derecho por parte de éste.

La excepción en lo principal se ha de referir a negar la intencionalidad dolosa o culposa y adicionalmente que el ejercicio del derecho no fue con el objeto de perjudicar al accionante ni que su derecho fue ejercido por su parte sin observancia a su función y que lo realizó con un interés legítimo.

En la contestación a la demanda, el accionado debe hacer constar su pretensión dentro del proceso, es decir lo que pide al juez que se sentencie, ya que la autoridad debe pronunciarse únicamente sobre la materia del proceso y acoger según su criterio, la pretensión del actor o el accionado. Esto es, que solicitará que en sentencia se deseche la demanda y las solicitudes impuestas en esta, en base a sus excepciones.

4.2.3 Audiencia de Conciliación

Puntualmente analizaremos las reglas aplicables para esta etapa procesal dentro del juicio ordinario contempladas en los artículos 400 al 405 del código de procedimiento civil. Esta diligencia tiene la finalidad de que las partes en presencia de la autoridad, puedan llegar a un acuerdo respecto de los puntos sobre los que se trabó la litis y existe controversia.

Al ser materia transigible, donde ambas partes pueden ceder en parte sus derechos y acceder a un acuerdo que sea conforme a sus intereses y satisfaga sus pretensiones.

En la audiencia las partes han de explicar sus posiciones, pero sobretodo expondrán las concesiones que estén dispuestos a hacer en pro a llegar a una conciliación, las cuales están supeditadas a ser aceptadas y en ningún caso se entenderán a modificaciones a la demanda o a la contestación. La función del juez en esta etapa es la de buscar que las partes lleguen a un acuerdo.

Sin embargo, aun cuando las partes hayan conciliado respecto del litigio, corresponderá al juez analizar que el acuerdo sea lícito y haya comprendido todos los puntos controvertidos, ya que será en sentencia donde lo aprobará y se dará por terminado el litigio. Este análisis sobre licitud y procedencia del acuerdo dado en la audiencia de conciliación que la autoridad judicial tiene que realizar, responde al mandato del art. 273 del cuerpo legal mencionado, que establece que la sentencia deberá decidir sobre los asuntos del litigio.

La responsabilidad civil extracontractual y el deber de indemnización generados por el abuso del derecho, es una materia transigible, puesto que el derecho a recibir la reparación y/o indemnización por un daño sufrido no versa sobre derechos que la ley determine como irrenunciables ni afecta a un interés ajeno, sino al de la víctima que ha sufrido el perjuicio, de conformidad con el artículo 11 del Título Preliminar del Código Civil que establece: *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”*

En caso de que el acuerdo sea parcial, es decir que haya resuelto solo alguna o algunas de las reclamaciones, el juez una vez analizada su licitud y verificar que deviene procedente, mediante un auto ha de aprobar lo acordado y el proceso continuará sobre aquellos asuntos donde no se ha llegado a acuerdo.

En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, el juez deberá sentarlo en acta y continuar con el proceso, para lo cual abrirá un término probatorio de diez días.

4.2.4 La Prueba

La prueba en el proceso es una actividad de carácter esencial, ya que es en esta etapa donde se han de demostrar las alegaciones aducidas en la demanda, así como las excepciones que el accionado afirma en su defensa.

La doctora Mirian Escobar en su estudio, nos presenta una muy acertada afirmación acerca de la función de la prueba y sus efectos dentro del proceso:

“La simple afirmación hecha por una persona, en interés propio no puede considerarse como una verdad plena por lo que es necesario que las afirmaciones estén respaldadas por todas las pruebas pertinentes conforme lo señala la Constitución y las leyes. Por lo que se puede decir que un derecho, aunque realmente exista, si no es posible probarse, es como si en realidad no existiera, y por consiguiente, si el actor no prueba el fundamento de su acción, se declarará absuelto el demandado y viceversa, si el demandado no prueba el fundamento de sus excepciones, se le condenará al cumplimiento de las obligaciones nacidas del ejercicio de la acción promovida por el actor en el supuesto caso de que previamente este haya probado los fundamentos de su acción.” (2010, p.16)

De tal forma que al ser, el juicio ordinario, un proceso en el cual lo que se busca es la declaración de un derecho, la prueba permite al juez encontrar

aquellos elementos para declararlo en sentencia o a su vez para no reconocerlo, de manera sustentada.

En el caso objeto de estudio, la prueba que el actor debe aportar al proceso debe consistir en todos aquellos medios que sustenten que el accionado ha abusado de un determinado derecho y que no actuó con un interés legítimo, sino que su objetivo era el de causar un daño a través de este acto, utilizando medios legales para fines perjudiciales, ya que como hemos observado, la responsabilidad civil extracontractual en el Ecuador es de carácter subjetiva, es decir que el juez para declararla, ha de contar con medios probatorios respecto de la intencionalidad del supuesto responsable.

Paralelamente el accionante debe proporcionar al proceso, aquellas pruebas que sustenten el daño sufrido, pues es necesaria la existencia de una afectación real, cierta, determinada y actual, para demandar la reparación o la indemnización, al ser esto la finalidad de la responsabilidad civil.

En caso del demandado, le corresponde contradecir las afirmaciones en base a los medios pertinentes, para evitar con ello una condena. Así, en el caso del abuso del derecho, el demandado debe probar que ha actuado con una finalidad lícita, sin ánimo de perjudicar, de buena fe y que el ejercicio de su derecho fue legítimo.

Así por ejemplo, en el ejemplo del caso mencionado previamente del derecho a la libre asociación, analizaremos las cargas probatorias que a ambas partes concierne:

En cuanto al Estado, como víctima que ha sufrido una pérdida por la falta de pago de los tributos del demandado y que no ha podido ejercer su facultad coactiva, por cuanto éste no cuenta con los bienes que puedan cubrir sus obligaciones; adicionalmente le corresponde comprobar que el ejercicio del derecho fue ilegítimo, ya sea porque la compañía no realiza operaciones, no cuenta con un establecimiento o porque no genera utilidades, etc.

En tanto que el accionado, le corresponde probar que su objetivo fue el de conformar una compañía que se dedicara a la consecución de un objeto social que generara los correspondientes réditos a su favor y que al no contar con la liquidez necesaria o con un flujo de dinero que pudiera aportar a la compañía, utilizó sus bienes como aportación de su parte; lo medular de su argumento debe consistir en manifestar y probar que su intencionalidad al momento de asociarse para la creación de una persona jurídica con el aporte de sus bienes, fue legítima y no con la intención de perjudicar al Estado.

La carga de la prueba es la obligación de una de las partes procesales, de probar los hechos que ha propuesto de su demanda. De conformidad con el artículo 113 de la norma adjetiva civil, la carga corresponde al actor, pues es este quien activa al aparato jurisdiccional y aquel que tiene el interés de conseguir el pronunciamiento favorable en base a sus afirmaciones.

En lo principal, el accionado a través de la contestación intenta descargarse de lo aducido en su contra. Y si lo realiza a través de una negativa pura y simple de los fundamentos legales y fácticos impuestos en la demanda, no tendrá carga probatoria, ni está en la obligación de reproducir pruebas a su favor (Art. 113 Código de Procedimiento Civil). En este punto, vale citar el fallo de la ex Corte Suprema de Justicia de 15 de mayo del 2002, que reza:

“Cuando el demandado o el imputado se contentan con negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o de la imputación o con afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión, pero no existe excepción, sino una simple defensa; por el contrario cuando el demandado afirma la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en ésta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones del demandante; en estos casos se dice que propone o formula excepciones. La defensa frente a la acción de reivindicación fue negar la propiedad del bien, la singularización del mismo y el

hecho de que el demandado se encontraba en posesión, con lo cual toda la carga de la prueba recaía en el actor.” (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. Página 2713)

El autor Gustavo Ordoqui Castilla, respecto de la prueba del abuso del derecho manifiesta lo siguiente:

“El abuso de derecho debe ser claro, real y con posibilidades de ser probado. La extralimitación del abuso no se presume y debe poder acreditarse en cada caso concreto. Lo que se presume es que los derechos se ejercitan correcta y normalmente. Si se entiende lo contrario, debe acreditarse, teniendo la carga de la prueba el que invoca dicho extremo” (2010, p.122)

Al momento de invocar a la causal del abuso del derecho, debe probarse tanto su existencia como lo que este ha ocasionado, es decir que se ha provocado efectivamente un daño o una disminución en el patrimonio del sujeto perjudicado, pero en general ha de probarse que existió una alteración en la situación de la víctima.

“Se debe probar, por ejemplo, el desvío del móvil perseguido en relación al fin del derecho que se ejerce y que con ello se causa un perjuicio. Si bien el actor tiene la carga de probar, ello no desplaza el deber del demandado de controvertir y aportar también pruebas y colaborar con el acceso a la verdad y la justicia” (Ibídem)

Lo anterior establece una dificultad, en cuanto a la prueba real y efectiva de daño y de la intencionalidad. En el caso del daño, se trata de un elemento objetivo y tangible o al menos que se percibe por los sentidos y que en el caso de probarlo se ha de realizar la debida comparación de situaciones del actor antes y después de la afectación y el grado de afectación o impacto de este.

En cuanto a la intencionalidad, al ser un elemento subjetivo que como lo menciona el jurista Ordoqui, se trata del móvil que persiguió el demandando al

momento de ejercitar determinado derecho, y que a consecuencia de ello se perjudicó.

Es así, que al momento de probar el abuso del derecho, el actor debe contribuir con elementos que evidencien tanto la intención de perjudicar como el manifiesto uso irregular y desviado de un derecho, a lo que deducimos que en este sentido para la determinación del abuso de derecho, se aplica el criterio mixto.

El autor Tamayo Jaramillo, citado en la obra de Gustavo Ordoqui (2010, p.125), considera que la prueba fundamental del abuso del derecho se halla en la falta de interés serio en el ejercicio de un derecho y que evidencia la intención de dañar.

“La falta de interés serio es lo que generalmente permite desenmascarar la intención dañina del que ejercita el derecho. Ejemplo: un periodista tiene el derecho – deber de publicar información cierta. Pero si es una información poco importante y el periodista la destaca en la primera plana del diario, consciente de que no tiene interés pero con la intención de dañar a la persona referida en la información, habrá abuso de derecho y responsabilidad. La prueba del dolo está implícita en el caso de la falta de interés serio” (Ibídem, p.125, 126)

Es muy clara y cierta la afirmación del autor cuando explica que el solo hecho de que haya existido una falta de interés legítimo por parte del titular, ya acredita que su intencionalidad fue apartada del espíritu propio del derecho y que por ende el ejercicio del mismo responde a un fin diferente, es decir es ilícito.

“Para ser lícito el ejercicio del derecho, debe respetar la norma en su contenido y la en forma como se ejercita, actuándose con razonabilidad y tolerancia” (Ibídem)

4.2.5 La Sentencia

Luego de concluido el término en el cual las partes han de probar debidamente sus alegaciones, el juez realizará el ejercicio respectivo y dictará la sentencia, en la que acepte o rechace la demanda interpuesta por el actor.

“...es el juez el que inicialmente debe marcar prioridades, analizando la conducta del que ejerció el derecho (Su posible accionar anormal, irregular, sin justa causa, sin interés, apartado de los fines de la norma) y los derecho e intereses del afectado. Si prioriza estos últimos, por las razones invocadas, el ejercicio del derecho sería abusivo y el daño que se pudiera causar, resarcible.” (Ibídem, p.127, 128)

La sentencia al ser la decisión del juez en su calidad de administrador de justicia, cuyo cumplimiento es obligatorio y su ejecución es de carácter forzosa, obliga a que ésta sea debidamente motivada con la finalidad de garantizar que la actuación judicial ha sido en apego al principio del debido proceso y no ha sido arbitrario y abusivo de poder. Lo que nos explica la sentencia de la ex Corte Suprema de Justicia de 9 de noviembre de 1999:

“Así, cuando un órgano jurisdiccional entra en la apreciación de las pruebas debe, no sólo establecer adecuadamente la estructura interna de la decisión, sino también el aspecto justificativo de la misma... La motivación es, en todo caso, uno de los elementos fundamentales en el control de la arbitrariedad. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y control frente a la arbitrariedad.”(Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. No. 2.Pág.363.)

El fallo es la decisión sobre la materia del litigio, y la cual debe pronunciarse sobre los puntos controvertidos, es decir tanto sobre las pretensiones del actor como las excepciones del demandado y regirse entre otros, por el principio de congruencia de la sentencia, es decir que el límite al actuar del juez en su dictamen son precisamente las cuestiones del litigio.

La sentencia de la ex Corte Suprema de Justicia de 25 de marzo de 2009, establece cuando una sentencia es incongruente y por lo tanto, improcedente:

“La incongruencia es un error in procedendo que consiste según lo explica Humberto Murcia Bailén, en “la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante como también se lo llama”. (Recurso de Casación Civil, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, p. 506). La incongruencia del fallo puede revestir tres formas: a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citrapetita).” (Gaceta Judicial. Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2316)

En el caso que nos aborda, cuando las pretensiones del demandante se refieren a solicitar el pago de una indemnización y/o la reparación de un daño generado por el delito o cuasidelitos; el juez, en el caso de considerar que las pruebas aportadas al proceso confirmen las alegaciones y habiendo determinado la presencia del abuso del derecho, su consecuencia dañosa y la existencia de un nexo causal; condenará la responsabilidad civil extracontractual del demandado a través del pago de daños y perjuicios. Por lo que reconocerá y declarará el derecho de la víctima de recibir el resarcimiento por la lesión sufrida.

Los Daños y Perjuicios, es una figura que comprende dos elementos: El daño emergente y el lucro cesante. Para lo cual, el diccionario de la Revista Judicial “Derecho Ecuador”, nos establece las siguientes definiciones:

“Daño Emergente.- Detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine. El daño

emergente, esto es, la pérdida sobrevenida al acreedor por culpa del deudor que no cumple su obligación, se traduce en una disminución de su patrimonio; mientras que el lucro cesante se configura principalmente por la privación de aumento patrimonial, por la supresión de la ganancia esperada.”

“LUCRO CESANTE Ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener por obra de otro, perjudicial para los propios intereses. Il Utilidad que se calcula por la que con el dinero dado en mutuo o empréstito podría haberse obtenido. El rendimiento del dinero durante el tiempo que lo ha tenido el deudor, mutuario o prestatario, se entiende que pertenece justamente al acreedor, mutuante o prestamista.” (Recuperado el 12 de julio de 2012, de http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4183)

Sin embargo, la responsabilidad civil extracontractual conlleva el deber de indemnizar por daños ocasionados, y estos a su vez pueden ser de carácter patrimonial o moral y cabe que sean exigidos en una misma acción; así lo manifiesta el fallo de 19 de marzo del 2007 de la ex Corte Suprema de Justicia:

“No existe contradicción ni incompatibilidad alguna en demandar indemnizaciones por daño emergente, lucro cesante y daño moral, al mismo tiempo, tanto más que el actual Art. 71 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil establece que se puede proponer, en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación.” (Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. Página 848.)

4.3 Análisis de casos en el Ecuador

Una vez conocido el proceso mediante el cual la víctima del daño ocasionado por la causal del abuso del derecho puede exigir el resarcimiento de este; para una comprensión práctica, enunciaremos dos causas en las que se demanda el

pago de daños y perjuicios por abuso del derecho, que se encuentran sustanciando en los juzgados de lo civil de la provincia de Pichincha.

Juicio signado con el número 2010-1647 que se encuentra ventilando en el juzgado octavo de lo civil y el proceso signado con número 2011-0165 sorteado al juzgado décimo tercero de lo civil de Pichincha.

Se realiza la aclaración de que aunque el proceso mencionado previamente no cuenta con la sentencia en la que se declare la existencia de la causal abusiva, el derecho del actor a recibir la indemnización, ni del demandado a pagarla; para efectos del presente estudio, realizamos un análisis de la demanda, los fundamentos de hecho y de qué forma podría constituirse el abuso del derecho y la posible consecuente responsabilidad.

4.3.1 Juicio No. 2010-1647

La demanda presentada en este proceso, se basa en los siguientes antecedentes y fundamentos:

- A) El actor presentó ante el señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha una demanda de medidas cautelares en contra del demandado, al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual, por razones de competencia desleal por el uso no autorizado por parte del demandado, de los datos de prueba de un medicamento "A" de propiedad del actor, en un medicamento "B" nuevo elaborado por el demandado en base a estos medios de prueba.
- B) En el proceso de medidas cautelares, el juez en razón de las evidencias aportadas en juicio, dispone el retiro de los circuitos comerciales del producto "B", por el uso no facultado de los datos de prueba del medicamento de propiedad del actor, hasta que el demandado pruebe que su producto cumple con los niveles, calidad y seguridad respectivos.

- C) Posteriormente, el actor presenta ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la respectiva demanda de declaratoria de competencia desleal, por ser competencia y jurisdicción de esta unidad.
- D) A pesar de que los dos procesos mencionados se encontraban inconclusos, es decir que no contaban con la respectiva resolución, el demandado paralelamente presenta una denuncia administrativa ante la Subsecretaría de Competencia, aduciendo que el demandado (ahora denunciado), ha utilizado de manera injusta a los órganos de justicia, para retirar del mercado por medio de la petición y admisión de medidas cautelares, a uno de sus competidores, en este caso al demandado (ahora actor de la denuncia). A lo que el actor manifiesta que se ha actuado de manera adelantada, puesto que aún están pendientes de resolución las dos causas que versan sobre la materia de la denuncia y no han sentenciado que el actor haya actuado de manera dolosa en el proceso o con abuso, lo cual evidenciaría que este ha usado de manera injusta a los órganos de justicia.
- E) El demandado (actor de la denuncia), pretende por medio de su denuncia que la autoridad de competencia resuelva “*el cese inmediato de la práctica anticompetitiva*”, en este caso sería que el actor (ahora denunciado), desista de su demanda de medidas cautelares o que el Juez se someta a una decisión de carácter administrativo, dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas. Lo cual, no es posible, ya que la jurisdicción del juez es independiente y no existe en el Ecuador norma alguna que acate la posibilidad de que los agentes de la función judicial, acaten decisiones ajenas.
- F) El actor en la demanda de daños y perjuicios en referencia, manifiesta que la denuncia presentada ante la Subsecretaría de Competencia, es **un uso abusivo del derecho de petición**, pues su finalidad inicial no ha sido otra sino la de obligar a que el Subsecretario de Competencia, como autoridad administrativo, deje sin efecto una decisión judicial, cuando esto no cabe dentro de la normativa y carece de procedencia y legitimidad.

En el presente caso, a nuestra consideración, el derecho subjetivo que se considera que se está abusando, es el de petición, que se encuentra consagrado en la Constitución. De conformidad como se manifiesta a lo largo de los antecedentes, constituye un hecho ilícito la presentación de la denuncia y la iniciación de un procedimiento sin el interés legítimo, sino por una influencia a la función judicial improcedente.

La denuncia en referencia, es el hecho ilícito generador de responsabilidad civil extracontractual, por las siguientes consideraciones:

- El autor ha actuado con culpa y dolo, con carencia de buena fe, puesto que ha utilizado su derecho de petición de manera negligente y desviándolo de su función, con la intencionalidad irregular e ilegítima de influir en la función judicial y sus decisiones. Ha mal usado su derecho, pretendiendo que la providencia que emane de este procedimiento administrativo iniciado, tenga la única finalidad de dejar sin efecto una decisión judicial adoptada de manera legítima y observando las evidencias aportadas al proceso.
- Los daños ocasionados y manifestados en la demanda, como consecuencia de este abuso del derecho de petición, son de dos tipos: materiales e inmateriales. En el primer tipo, porque la víctima ha incurrido en gastos de honorarios para su defensa y gastos que injustamente ha tenido que pagar por un proceso iniciado sin ninguna finalidad legítima; y adicionalmente de carácter inmaterial, puesto que ha afectado al buen nombre de la víctima.
- El nexo causal que se requiere para la determinación de la responsabilidad civil extracontractual, se encuentra en el presente caso en el hecho de que la denuncia presentada ante la Subsecretaría de Competencia, es la causa de los daños sufridos por el denunciado por el inicio injusto de un procedimiento administrativo, producto del abuso del derecho de petición de la denunciante.

4.3.2 Juicio 2011-0165

En el caso siguiente, el actor "A" presenta su demanda de daños y perjuicios en contra de varios demandados "BCD" por abuso de derecho, basada en los siguientes antecedentes y fundamentos:

- Los demandados "BCD" presentan una acción de protección en contra de autoridades del Ministerio de Relaciones Laborales por un acto de simple administración, en el que se absolvieron consultas formuladas por el actor "A" y se formalizaban acuerdos transaccionales en materia laboral en los que el actor "A" era parte.
- Siendo, estos actos administrativos, vinculantes respecto del actor "A"; los demandados en la acción de protección interpuesta, omiten deliberadamente contar con este, con la finalidad de que no exista oposición ni contradicción por parte de "A" y así que se facilite la consecución de los fines que no eran otros sino el cobrar al actor "A", indemnizaciones y supuestos haberes laborales en deuda.
- En el caso, se alega la existencia de un abuso del derecho de petición y un doloso proceder de los demandados "BCD", puesto que pretenden a través del uso abusivo del derecho a la garantía jurisdiccional de la acción de protección, dejar sin efecto un acto administrativo vinculante. Sin embargo, la finalidad de los demandados es de que se condene adicionalmente al pago de haberes e indemnizaciones por derechos laborales, en base a la acción de protección.
- La sentencia de la acción de protección fue desfavorable a los demandados "BCD", adicionalmente en su parte resolutive deja sin efecto los actos administrativos vinculantes mencionados, mas no condena al actor "A" al pago de ningún rubro por concepto de haberes e indemnizaciones de carácter laboral.
- A pesar de que la Corte en sentencia de la acción de protección no condenó a nada al actor; el juez ejecutor, en base a la acción de protección, manda al actor "A" al pago de rubros por concepto de utilidades, como derecho laboral.

- Los demandados “BCD”, promovieron una acción de protección de forma dolosa, pues con ello procuraron un medio que les permitiera que sin contar con el actor “A”, accedieran a cobrar supuestos beneficios laborales, cuando esta potestad es única y exclusivamente del juez de trabajo, ya que es éste el competente para declarar la existencia de derechos laborales y su correspondiente liquidación.

Análisis.- El abuso del derecho de los demandados “BCD” radica en el uso indebido, irregular y doloso que se dio de la garantía jurisdiccional de la acción de protección. Recordemos que la acción de protección, como su nombre lo indica, tiene la finalidad de amparar, salvaguardar los derechos constitucionales reconocidos, más no el reconocimiento y declaración de ningún derecho, así lo establece el Art. 2, numeral 5 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

“Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.”

Lo cual se viola claramente en el caso expuesto, pues los demandados “BCD” presentan la acción de protección con el objetivo de que se declaren derechos laborales a favor de estos, cuando tal facultad solo la ostentan los jueces laborales.

Constituye por lo tanto un uso abusivo del derecho de acción por parte de los demandados “BCD”, el hecho de promover un proceso sin un fin legítimo, sino con intención dolosa. El hecho ilícito se configura cuando los demandados “BCD” presentan la acción sin contar con la comparecencia de “A”, buscando el fin de que el juez de ejecución, condene a “A” al pago de haberes laborales a los que creen tener derecho (como fin principal), en base a la sentencia de la Acción de Protección. En ningún momento los demandados “BCD” lo hacen con el objeto de salvaguardar sus derechos constitucionales que sienten que se han infringido, sino con el fin de que se reconozcan derechos económicos a su favor.

El actor "A", por lo tanto presenta la demanda, con la finalidad de que se condene la responsabilidad civil extracontractual y el consecuente pago de daños y perjuicios por el abuso de derecho de petición y acceso a la justicia, en base a los antecedentes expuestos y al siguiente análisis:

- Los demandados "BCD" han actuado con dolo y sin buena fe, ya que han propuesto una acción de protección sin interés legítimo ni en apego a su espíritu, sino con la finalidad de que el actor "A" pague derechos laborales a favor de estos, sin que hayan sido reconocidos de manera legal a través de un proceso de conocimiento y declarativo y dejando en indefensión al actor "A", al omitir su citación, con el objeto de que no pueda defenderse y con ello conseguir sus objetivos.
- Los daños ocasionados se traducen en el pago de indemnizaciones y obligaciones pendientes de carácter laboral que debe realizar "A" de manera injusta, ya que no se ha declarado debidamente el derecho a través del proceso legal que corresponde y ante juez competente. Adicionalmente, el actor "A" ha incurrido en gastos de honorarios para su defensa.
- El nexo causal para la determinación de la responsabilidad civil extracontractual y que debe ser probado durante el proceso, consideramos que se trata de que la acción del protección presentada de forma dolosa e irrespetando su función, es el origen de los daños sobrellevados por "A".

Al respecto de la presentación de acciones judiciales de manera dolosa y la utilización de medios judiciales con fines dolosos e irregulares, constituye abuso del derecho y es un hecho ilícito. Así, lo respalda la sentencia de la ex Corte Suprema de Justicia de 20 de marzo de 1997:

"...CUARTO.-... Una demanda, por lo general, es ilegítima y no comporta responsabilidad civil para el actor, no obstante que pueda ser rechazada o causar daño a otro. Sin embargo el ejercicio de una acción judicial puede constituir abuso del derecho

en dos casos: 1. Cuando el titular del derecho lo ejerce maliciosamente, esto es con dolo, con la intención positiva o deliberada de irrogar injuria o daño a otro, y 2. Cuando el titular del derecho ejerce la acción con culpa, esto es sin aquella diligencia y cuidado con que lo ejercería un hombre prudente. Al respecto Arturo Alessandri Rodríguez dice: “En nuestro concepto, el abuso de derecho es la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil. Ese abuso no es sino una especie de acto ilícito, debe, por tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito. Habrá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza dolosa y culpablemente, es decir con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios. Así como el hombre debe hacer un uso juicio y prudente de las cosas y comete delito o cuasidelito si las utiliza con la mira de perjudicar a otro o sin la prudencia necesaria y con ello causa un daño, del mismo modo los derechos que la ley le otorga debe ejercerlos sin malicia y con la diligencia y cuidado debidos. Al no hacerlo, incurre en dolo o culpa.” (Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 8. Pág. 2078)

Es así, como observamos que nuestra jurisprudencia, considera y reconoce que el abuso del derecho es una especie de hecho ilícito cuando concurre la intencionalidad y el titular hace un uso malintencionado de las facultades y prerrogativas que el derecho objetivo le ha otorgado para su armonioso convivir en sociedad y que por lo tanto, se le dará el tratamiento de un delito o cuasidelito civil.

4.4 Análisis de sentencia extranjera

Es importante hacer un análisis sobre fallos en el derecho comparado, que nos permitan observar el tratamiento de la figura del abuso del derecho en

otras legislaciones, así como las consideraciones que realizan las autoridades judiciales ante causas de esta naturaleza.

La sentencia a ser analizada es la No. 44/2006 de la Sala de lo Civil, Sección: 1 del Tribunal Supremo de España, dictada el 25 de Enero del 2006, fallo es de tercera instancia, 1ue corresponde al siguiente caso:

1. Los actores demandan al Banco Bilbao Viscaya S.A, solicitando la nulidad de un proceso de ejecución hipotecaria seguida por el banco en contra de estos sobre un bien hipotecado a favor de la entidad financiera y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. El bien pertenece a "A" y el resto de los actores son los garantes que avalaron el crédito hipotecario.
2. La sentencia de primera instancia acepta parcialmente la demanda y condena al Banco B.V al pago de la indemnización.
3. Por su parte, el Banco B.V, presenta el correspondiente recurso de apelación, en el que se deja sin efecto la sentencia de primera instancia y se desecha la demanda de los actores.
4. Los demandados reclaman el pago de indemnizaciones por abuso del derecho cometido por el Banco B.V, en su derecho de acción, como acreedor de los actores, quienes fundamentan lo siguiente:

El Banco B.V concedió un crédito a "A" con garantía hipotecaria sobre un bien inmueble y cauciones personales de los garantes. Una vez vencido el mutuo y al no ser pagado, el Banco B.V, disponía de tres acciones judiciales frente a este hecho: juicio declarativo, juicio ejecutivo, y el proceso especial de ejecución de hipoteca.

Las acciones señaladas, aunque todas son procedentes, no tienen los mismos efectos dentro del proceso y no se sustancian de forma similar. Así, el juicio declarativo, en el presente caso no es la mejor opción, por cuanto es innecesaria la búsqueda de una declaración de un derecho a favor del Banco, puesto que la sola escritura de hipoteca, es un título ejecutivo en el que se

encuentra plasmado el derecho del acreedor. En cuanto a la acción ejecutiva, se la utiliza en casos de que el bien inmueble hipotecado no sea suficiente para cubrir la deuda contraída, ya que permite que además de embargar el bien gravado, también se pueda ir sobre otros bienes del deudor. En tanto, la acción de ejecución hipotecaria, a través de la cual el acreedor puede obtener inmediatamente la ejecución del objeto del contrato de hipoteca, para cubrir la deuda.

En el presente caso, el Banco B.V, como acreedor en uso legítimo de su derecho de acción, opta por reclamar el crédito a su favor a través de un juicio ejecutivo, obteniendo de esta manera el embargo y remate sobre el bien hipotecado a su favor y sobre distintos bienes tanto del deudor principal como de sus garantes.

Paralelamente, el Banco B.V inicia un proceso de ejecución de hipoteca sobre el bien gravado, desistiendo del juicio ejecutivo, cuando el deudor y sus garantes alegan la correspondiente duplicidad de procesos sobre la misma materia.

Análisis.- El abuso del derecho, en el presente caso se da en el Banco B.V, al tener tres opciones para ejecutar una deuda a su favor, escoge la más perjudicial para sus acreedores y cuando esta tampoco es la más conveniente ni eficaz.

En el caso observamos que el Banco B.V, tiene derecho a dos acciones para ejecutar el crédito a su favor, una en la que solo puede irse sobre el bien gravado y otra que le permita ampliar su ejecución, puesto que en juicio ejecutivo, existe la posibilidad de no restringirse solamente al bien obligado, sino a otro u otros bienes del deudor y sus garantes. Al momento en que el Banco B.V, utiliza la acción menos efectiva pero que más perjudica a sus deudores, incurre en abuso del derecho, ya que se observa que no existe un interés real y legítimo de hacer valer su derecho de acreedor, sino que actúa con negligencia y culpa al proponer una acción que afecta a los deudores y que

hubiera podido evitar en caso de que se hubiera incoado desde el inicio la acción de ejecución hipotecaria correspondiente.

El daño que padecen los deudores no es más que el hecho de que sus bienes fueron afectados sin forma justificada, puesto que el bien que garantizaba la deuda original era el único que debió haber sido objeto de ejecución, a través de la acción apropiada.

El fallo de casación del Tribunal, ratifica la sentencia de primera instancia y condena al pago de indemnizaciones por abuso de derecho al Banco B.V., para lo que en su considerando CUARTO, realiza la siguiente consideración en base a la cual toma su decisión final:

“Así, el objeto y circunstancias en que se pretende hacer valer el propio derecho rebasa los límites del ejercicio normal del mismo, siendo evidente el daño para los actores, cuyo patrimonio inmobiliario queda embargado a ningún efecto, con el perjuicio que supone la adición de tales embargos a otros anteriores, para posteriormente iniciar un nuevo proceso hipotecario en el cual la garantía no va a ir más allá de la ya obtenida en aquél proceso.

En consecuencia, ha de concluirse que existió el ejercicio abusivo del derecho que se denuncia por los recurrentes y que del mismo se ha derivado perjuicio para ellos...”(Sala de lo Civil, Sección: 1 del Tribunal Supremo de España, 25 de enero de 2006)

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Del desarrollo del trabajo se desprenden las siguientes conclusiones:

- Los hechos ilícitos son fuentes de obligaciones civiles y la norma establece que son los delitos y cuasidelitos, los mismos que se traducen en hechos voluntarios dolosos o culposos cuyo efecto es la provocación de un daño a un tercero. La característica esencial de estos hechos, es el inferir un perjuicio y la ilicitud de la que están revestidos.
- Aunque los hechos ilícitos se los ha clasificado en dos, la diferencia fundamental entre estos es la intencionalidad con la que se los comete; mientras los delitos son cometidos con dolo, los cuasidelitos son ejecutados con culpa. Aunque este elemento diferenciador está presente, en ambos hechos el efecto dañoso es el mismo y por ende la obligación de indemnizar nace de los dos hechos, sin distinción de la intencionalidad con la que se cometa.
- La responsabilidad civil extracontractual, es la consecuencia que se genera del daño ocasionado por un hecho ilícito y existen dos teorías para la determinación y existencia de la misma: de tipo objetivo o de riesgo creado, y subjetivo o de la culpa. En la primera, prepondera la existencia del daño sin observar la finalidad del autor del hecho ilícito; en la segunda, la intención (dolo o culpa) es el elemento clave para determinar la responsabilidad del agente.
- En el Ecuador, la tendencia aceptada y que los órganos jurisdiccionales acogen al momento de determinar la responsabilidad civil, es de tipo subjetiva. Se denomina también “de la culpa”, por cuanto esta teoría encuentra su fundamento en la intencionalidad con la que se actúa al

momento de cometer determinado hecho; para lo cual, equiparan al dolo y la culpa de forma análoga. Si bien en ambos, la forma de actuar difiere, en el campo civil se las trata de manera equivalente, por cuanto ambas intenciones provocan un daño.

- La responsabilidad civil es de dos tipos: contractual y extracontractual. Si bien, ambas pertenecen a un tronco común, se las ha distinguido por el hecho ilícito que da inicio a cada una de ellas. En la primera clasificación, la responsabilidad emana del incumplimiento parcial, defectuoso o total de una obligación contraída previamente entre las partes, de una convención expresa en la que la prestación a la que ambas partes se comprometen es determinada. En cuanto a la extracontractual, la responsabilidad nace de un hecho cualquiera que genere un daño, sin necesidad de la existencia de una obligación contractual específica celebrada entre ambas partes, sino de la violación a un deber jurídico genérico “no hacer daño a nadie”.
- Son cuatro los elementos que deben concurrir para que se pueda entender que la responsabilidad civil extracontractual, se ha configurado: el acto u omisión de carácter ilícito, el daño o perjuicio material o moral, la intencionalidad (dolo o culpa), y el nexo causal que conecte al acto con la consecuencia perjudicial.
- El abuso del derecho es un hecho ilícito que se apeg a la regla general establecida en el artículo 2229 del Código Civil, que manifiesta que cualquier hecho que ocasione un daño, debe ser reparado o indemnizado por parte de quien lo cometió. La responsabilidad civil que se genera a partir de este ilícito, es de carácter extracontractual, pues no se genera a partir del incumplimiento de una obligación contractual previa, ni un acuerdo entre las partes. Su nacimiento se da, a partir del ejercicio doloso y/o culposo del titular del derecho; o a su vez, del ejercicio irregular o desapegado de su función.

- La forma para determinar el abuso del derecho ha de apegarse al criterio doctrinario mixto. El mismo que manifiesta que existe abuso cuando el titular actúa con el objeto de usar el derecho como un medio para la consecución de un daño, o a su vez cuando se utiliza un derecho de forma separada de su función o de su espíritu. En ambas circunstancias, el ejercicio del derecho se convierte en un hecho ilícito que al ocasionar un perjuicio, compromete la responsabilidad civil extracontractual del titular que lo abusó.
- Los elementos configurativos de la responsabilidad civil extracontractual se encuentran presentes en el abuso del derecho, así tenemos: el acto, esto es el ejercicio doloso o culposo de un derecho; la intencionalidad, entendidos como el dolo y/o la culpa presentes al momento de ejercitar un derecho con fines perjudiciales o irregulares; el daño, que se ocasiona por consecuencia del acto dañoso; y el nexo causal, que permite atribuir el resultado perjudicial al titular del abuso del derecho.
- La responsabilidad civil extracontractual por abuso de derecho, debe ser declarada judicialmente, a través de un proceso declarativo de derechos y de condena. Debe ser en sentencia donde se pronuncie la existencia del hecho ilícito y los demás elementos constitutivos de la responsabilidad, luego de conocerse los fundamentos de hecho, pretensiones y excepciones aportadas al proceso.
- La prueba de los argumentos aducidos, es la forma mediante la cual las partes los evidencian y es en base a estos medios, que el juez ha de deliberar y emitir el correspondiente fallo. La prueba del abuso del derecho, es sin duda, la falta de interés legítimo en el ejercicio de la facultad otorgada por el ordenamiento jurídico; la ausencia de la finalidad lícita y el desapego al espíritu y la función para la cual fue creada.

RECOMENDACIONES

De la investigación realizada se pueden mostrar las siguientes recomendaciones:

a) A los titulares

- El uso mesurado de los derechos, observando siempre la funcionalidad de estos y la finalidad para la cual fueron creados por el legislador. Esto es, entender que los derechos otorgados por la ley son siempre para beneficio de sus titulares y no son mecanismos para causar daños ni mucho menos ser utilizados con miras de perjudicar a otra persona.
- Utilizar los medios legales consagrados legalmente, únicamente cuando el objetivo sea legítimo, es decir cuando se cuente con una pretensión fundada en hechos que evidencien la real afectación o un interés genuino en el ejercicio de un derecho.

b) A los profesionales del derecho

- No patrocinar en causas donde el objetivo de la utilización de los medios legales y los derechos que asisten a los titulares, sea con el propósito de evitar el retardo de la administración de justicia o a su vez, el irrogar un perjuicio a un tercero.
- Prevenir a sus clientes, como titulares de derechos, sobre las consecuencias del ejercicio doloso o culposo de un derecho; y asesorar sobre alternativas de solución del caso, que permitan excluir el uso de mecanismos legales para perjudicar y/o evitar o retrasar la ejecución de sentencias o medidas judiciales.
- Conocer y estudiar sobre la figura del abuso del derecho, para con ello entender el riesgo que el cliente tiene al momento de iniciar causas sin fines legítimos y de índole temeraria y maliciosa.
- Mantener un comportamiento leal en el proceso, no hacer uso doloso de medios procesales para retardar la correcta y breve sustanciación de las

causas. Es decir, evitar conductas dilatorias que conlleven a que el proceso se lleve a cabo con retardos injustificados.

c) A los Legisladores

- Considerar la tipificación del abuso del derecho como una conducta ilícita, si bien es cierto que se ajusta a la norma del artículo 2229 del Código Civil, merece un tratamiento intensivo respecto de la forma de configuración, sus características y naturaleza, para con ello facilitar al juzgador la norma en la cual motivar su fallo al momento de emitirlo.
- Discutir la contemplación de un principio general del derecho relativo a la “prohibición del abuso del derecho”, tal como lo han realizado en legislaciones comparadas, para con ello dar a esta figura un elevado nivel de importancia más allá de ser considerado un hecho ilícito generador de obligaciones civiles.

d) A las autoridades judiciales

- Comprender la realidad de que pueden llegar a concurrir a su conocimiento, causas que demanden de ellos, la consideración de la existencia de un abuso del derecho como hecho ilícito, como base de la responsabilidad civil extracontractual. Ante lo cual, deberán realizar el ejercicio de conocimiento y análisis de los fundamentos, pero sobretodo de la configuración de la figura como tal y la provocación de un perjuicio a raíz de este ilícito.

REFERENCIAS

ALESSANDRI, A. (1943). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Chile: Imprenta Universitaria

ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., VODANOVIC, H. (2001). *Tratado de las Obligaciones*. Chile: Editorial Jurídica de Chile

ALVAREZ, A. (1984). *Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano*. T.I. Guayaquil – Ecuador: Universidad de Guayaquil

BEJARANO, M. (1999). *Obligaciones Civiles*. (5ª ed.). México: Oxford University Press

Codificación al Código Civil del Ecuador, Registro Oficial Suplemento No. 46: 24 de junio de 2005

Codificación al Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento No. 58: 12 de julio de 2005

Constitución de la República del Ecuador 2008, Registro Oficial 449: 20 de octubre de 2008

DE TRAZEGNIES, F. (2001). *La Responsabilidad Extracontractual*. T.II. Vol. IV. Perú: Fondo Editorial.

ECHANDÍA, D. (2004). *Teoría General del Proceso*. (3ª ed.). Buenos Aires: Ed. Universidad

FERNÁNDEZ, C. (1992). *Abuso del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Astrea

Gaceta Judicial N.-10, Serie N.- 17

Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. No. 2.

Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3.

Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 4.

Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9.

Gaceta Judicial. Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6.

Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3.

Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 8.

GAMARRA, L., GAMARRA, J. (2007). *Responsabilidad Extracontractual*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria

GARCIA, M. (1995). *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría General de las Obligaciones y Contratos*. España: McGraw-Hill Interamericana de España S.A

GASPERI, L. (1964). *Tratado de Derecho Civil IV Responsabilidad Extracontractual*. Argentina: Tipográfica Editora Argentina

GHERSI, C.A. (2005). *Obligaciones civiles y comerciales*. (2ª ed.). Buenos Aires: Ed. Astrea

HESS, E., LOUGE, E., ZARATE. (s.f.). La Naturaleza Jurídica del Abuso del Derecho. *Universidad Nacional del Centro*. Recuperado el 15 de mayo de 2012, de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/rt/printerFriendly/1217/1487>

JOSSERAND, L. (1999). *Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos*. Bogotá: Ed. Temis

JOSSERAND, L. (2008). *Teoría General de las Obligaciones*. Chile: Ed. Parlamento Ltda.

LARREA, J.L. (2004). *Derecho Civil del Ecuador – Obligaciones Extracontractuales*. Vol. XV. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones

LARROUCAU, J. (2007). *Culpa y Dolo en la Responsabilidad Extracontractual – Análisis Jurisprudencial*. Chile: LexisNexis

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento No. 52: 22 de octubre de 2009

MEZA, R. (1979). *Manual de Derecho Civil – De las Fuentes de las Obligaciones*. T. II (6ª. ed.). Chile: Editorial Jurídica de Chile

MEZEAUD, H., MAZEAUD, L. (2008). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Chile: Ed. Parlamento

MOISSET DE ESPANÉS, L. (s.f.). El Abuso del Derecho. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado el 14 de mayo de 2012 de <http://www.acaderc.org.ar//doctrina/articulos/artabusodelderecho>

ORDOQUI, G. (2010). *Abuso de Derecho*. Bogotá: Ed. Ibañez

OSSORIO, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. (36ª ed.). Buenos Aires: Ed. Heliasta

RANGEL, J.A., SANROMAN, R. (2007). *Derecho de los Negocios: Tópicos de Derecho Privado*. (3ª ed.) México D.F: Ed. Cengage Learning

ROMERO, E. (1995). Los límites del Derecho. *Revista Jurídica Online*. 50-56. Recuperado el 11 de junio de 2012, de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=220&Itemid=63

SAMPER, D. (1983). *Requisitos y Fundamentos de la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas

SANTOS, J. (1970). *La Responsabilidad Civil Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*. Madrid: Ed. Montecorvo

SARMIENTO, M. (2002). *Estudios de Responsabilidad Civil*. Colombia: Universidad Externado de Colombia

- TAMAYO, A. (1998). *Manual de Obligaciones – La responsabilidad civil. Fuente de obligaciones*. Bogotá: Ed. Temis
- TORO DE NOGUERA, O.L. (1973). *La Responsabilidad Civil a la luz de la Jurisprudencia*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas
- TRIGO, F. (2007). *Responsabilidad Civil: Doctrinas Esenciales 1936 – 2007*. (1ª ed.). Buenos Aires: Ed. La Ley
- VELÁSQUEZ, H.D. (2010). *Estudio sobre Obligaciones*. Bogotá: Ed. Temis
- VISINTINI, G. (1999). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T.I. Buenos Aires: Ed. Astrea
- VISSER, D. (1986). *De la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual por el Hecho de otro*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas

BIBLIOGRAFÍA

- El Abuso del Derecho en el Ecuador*. (s.f.). Recuperado el 15 de junio de 2012, de <http://www.revista-laverdad.com/Paginas/Articulos.php?Codigo=584>
- GOZAÍNI, O.A. (2002). *Temeridad y Malicia en el Proceso*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal – Culzoni
- KELSEN, F. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México
- LLAMBÍAS, J., RAFFO, P., SASSOT, R. (2003). *Manual de Derecho Civil: Obligaciones*. Buenos Aires: LexisNexisAbeledoPerrot
- LÓPEZ, J. (1998). *Los Contratos Parte General*. T. I. (2ª ed.). Chile: Editorial Jurídica de Chile

OSTERLING, F., CASTILLO, M. (2005). *Tratado de las Obligaciones*. Vol. XVI. T.I. Perú: Fondo Editorial.

PACHECO. M. (1990). *Teoría del Derecho*. (4^a ed.). Chile: Editorial Jurídica de Chile

ROCHA, A. (2009). *Lecciones sobre Derecho Civil: Obligaciones*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario

ANEXOS



REPÚBLICA DEL ECUADOR

1647

2010

EMPLLEADO: LICDO. WILSON ZUMARRAGA

JUZGADO.....OCTAVO.....DE LO CIVIL
DE PICHINCHA

JUICIO:.....

INICIADO EL:.....

RECIBIDO EL: 02.DIC.2010

ACTOR:.....

DEMANDADO:.....

DOMICILIOS JUDICIALES

ACTOR: Mendez

ABOGADO JUDICIAL N° 1022

DEMANDADO:.....

ABOGADO JUDICIAL N°.....

SAN FRANCISCO DE QUITO D. M.
ECUADOR

NOTARIA DECIMO SEPTIMA
QUITO, DISTRITO METROPOLITANO



Dr. Remigio Poveda Vargas

Copia: SEPTIMA

De: PROTOCOLIZACION DE LA ESCRITURA DE PROCURA
JUDICIAL ELI LILLY INTERAMERICA INC.

Otorgado por:

A favor de:

El: 01 DE DICIEMBRE DEL 2008

Parroquia:

Cuánta: INDETERMINADA

Quito D.M., a 15 DE ABRIL DEL 2009

ESCRITURA No. 5683



042833

*Rec
13
ms*

PROTOCOLIZACION

PROTOCOLIZACION DE LA ESCRITURA DE PROCURACION JUDICIAL
"ELI LILLY INTERAMERICA INC"

INDETERMINADA

01 DE DICIEMBRE DEL DOS MIL OCHO

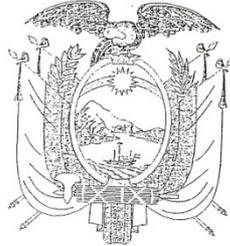
DI 3 COPIAS+3

942835



Handwritten initials and a signature at the top right.

NOTARIA DECIMO SEPTIMA
Savisa y Suciata Esq.
Calle Remigio Cordero



NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA

HR

DR. ROBERTO DUEÑAS MERA

COPIA PRIMERA

ESCRITURA PÚBLICA DE PROCURACIÓN
DE: JUDICIAL

OTORGADO POR: JULIO CESAR BUENDÍA SARDÓN, EN SU
CALIDAD DE APODERADO ESPECIAL DE ELI
LILLY INTERAMERICA INC.

A FAVOR DE: DOCTORES JOSÉ MEYTHALER BAQUERO Y
OTROS

EL: 16 DE JULIO DEL 2.008

PARROQUIA:

CUANTIA: INDETERMINADA

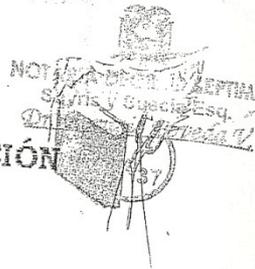
16 JULIO 2.008

Quito, adede

AV. REPUBLICA 476 Y DIEGO DE ALMAGRO
EDIFICIO: PRESIDENTE
4TO. Piso
TELEFONOS: 254 - 9425 / 222-2870
TELEFAX: 290 - 7122
E-mail: notaria37@access.net.ec



042836



ESCRITURA PÚBLICA DE PROCURACIÓN
JUDICIAL

OTORGADA POR JULIO CESAR BUENDÍA SARDÓN,
EN SU CALIDAD DE APODERADO ESPECIAL DE ELI
LILLY INTERAMERICA INC.

A FAVOR DEL DOCTORES JOSÉ MEYTHALER
BAQUERO Y OTROS

CUANTIA: INDETERMINADA

QUITO, A 16 DE JULIO DEL AÑO 2.008

DI: 02 COPIAS

HR.

942837



PROCURACION JUDICIAL

OTORGADO POR: JULIO CESAR BUENDIA SARDON
A FAVOR DE: DR. JOSE MEYTHALER BAQUERO y otros
CUANTIA: Indeterminada
DI: copias

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, Capital de la República del Ecuador hoy día, dieciséis de julio del dos mil ocho, ante mí, Doctor Roberto Dueñas Mera, Notario Trigésimo Séptimo de éste Cantón, comparece el señor Julio César Buendía Sardón, a nombre y en representación de ELI LILLY INTERAMERICA INC, en su calidad de Apoderado Especial, conforme lo acredita con el Poder que adjunta como habilitante. El compareciente es de nacionalidad peruana, con pasaporte número tres tres ocho cero cero dos nueve, domiciliado en Lima, República del Perú, de paso por ésta ciudad de Quito, mayor de edad, de estado civil soltero, de profesión empresario privado, capaz para contratar y obligarse a quien de conocer doy fe, en virtud de haberme exhibido su pasaporte, cuya copia fotostática debidamente certificada por mí el Notario se entrega. Advertido que fue el compareciente por mí el Notario de los efectos y resultados de la presente escritura, así como examinado que fue, en forma aislada, que comparece al otorgamiento de esta escritura sin coacción, amenazas, temor reverencial, ni promesa o seducción; y, me pide que eleve a escritura pública la siguiente minuta: "SEÑOR NOTARIO: - En el protocolo de escrituras públicas en su cargo, sírvase incorporar una de Procuración Judicial, al tenor de las siguientes cláusulas.- PRIMERA.- ANTECEDENTES.- Con fecha nueve de noviembre del dos mil siete, el señor David R. McAvoy, a nombre de ELI LILLY INTERAMERICA, INC., en su calidad de Secretario de la Compañía de

70220

Especial amplio y suficiente, como en derecho se requiere a favor del señor JULIO CESAR BUENDIA SARDON, a fin de que represente a la sucursal en Ecuador de ELI LILLY INTERAMERICA INC., autorizándole para que actúe como su verdadero y legítimo Representante y Gerente de País de la Sucursal Ecuatoriana de ELI LILLY INTERAMERICA INC., con el alcance indicado en el mencionado instrumento, el cual fue debidamente Apostillado y Certificado por el Estado de Indiana, y legalizado ante Notario Público de dicho Estado. **SEGUNDA.- PROCURACION JUDICIAL.**- El señor JULIO CESAR BUENDIA SARDON, a quien en adelante se le podrá denominar simplemente "MANDANTE", de nacionalidad peruana, domiciliado en Lima, República de Perú, de paso por ésta ciudad de Quito, de estado civil soltero, mayor de edad, de profesión empresario privado, por los derechos que representa de la Compañía ELI LILLY INTERAMERICA INC, en su calidad de Apoderado Especial, en forma libre y voluntaria otorga Procuración Judicial a favor del Dr. José Meythaler Baquero y Cristina González Camacho, parte a la que en adelante se podrá denominar simplemente "MANDATARIOS", quienes quedan facultados para que a nombre y en representación de ELI LILLY INTERAMERICA, INC en la República del Ecuador, puedan interponer ante los jueces competentes, ya sea individual o conjuntamente, acciones legales para la protección de la propiedad intelectual del MANDANTE y precautelar sus intereses en la defensa de mercado, por lo que haciendo uso del presente poder, los MANDATARIOS pueden, individual o conjuntamente, intervenir en representación de la MANDANTE, en todo tipo de procesos judiciales, extrajudiciales y de arbitraje, y en todas las actuaciones administrativas y de mediación que sean necesarias para dichos proceso, así como en la ejecución de actos y diligencias preparatorias.- En general los MANDATARIOS, quedan facultada para iniciar, continuar o contestar las acciones judiciales, administrativas o arbitraje a nombre de la MANDANTE relacionadas con asuntos de propiedad intelectual

Julio César
 Julio César
 Pasaporte

042833

NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA
Esq.
Quito

representación de la MANDANTE, todos los actos que se requieran a fin de llevar a cabo el encargo indicado, en especial representarle en toda la tramitación de los procesos judiciales, extrajudiciales y de arbitraje, y en aquellos actos administrativos y de conciliación; quedando expresamente facultados para comprometerse e investidos de las amplias facultades relacionadas y especificadas en el artículo cuarenta y cuatro del Código de Procedimiento Civil del Ecuador, por ello, ninguna autoridad pública o privada de este país podrá alegar insuficiencia de poder al respecto.- Asimismo, los MANDATARIOS, en caso de terminación del o los respectivos procesos, cumplir con las formalidades prevista en la Ley, recibir valores, y en general, realizar todos los actos de administración que fueren necesarios; así como también estarán facultados para reconocer firmas e iniciales del representante legal del MANDANTE en el desistimiento voluntario de un litigio .- T E R C E R A . - La presente Procuración Judicial se confiere por tiempo necesario para que la MANDATARIA cumpla con el mandato que se le ha encomendado.- Usted, señor Notario, se servirá agregar las demás cláusulas de estilo para la completa validez de la presente escritura.- f) Doctor Cristian Hermosa, Abogado-Inscripción número cinco siete cinco cinco del Colegio de Abogados de Pichincha. "H A STA A QUI LA MINUTA que queda elevada a escritura pública con todo su valor legal. El compareciente me presentó su respectivo documento de identificación personal. Se observaron todos los preceptos legales del caso y leída que le fue al señor compareciente, ésta escritura por mi el Notario íntegramente aquel se afirma y ratifica en su contenido firmando conmigo en unidad de acto de todo lo cual doy fe.-"

Julio César Buendía Sardón
 Julio César Buendía Sardón
 Pasaporte No. 3380029

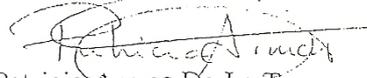
EL NOTARIO
Roberto Dueñas Mera
 Notaria 37mc
 NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA
 Dr. Roberto Dueñas Mera
 Quito - Ecuador

NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA
 Esq.
 Quito

042840

TRADUCCIÓN

Armas De La Torre, conocedora del idioma inglés y conforme lo faculta el
la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de
licos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial
de diciembre de 1993, procedo a traducir al idioma castellano el Poder
ado por Eli Lilly Interamerica, Inc. a favor del señor Julio César Buendía
on la apostilla y certificación notarial correspondientes.


Patricia Armas De-La-Torre
C.I. 171284038-6

NOTARÍA PÚBLICA SEPTIMA
C.I. 171284038-6

NOTARÍA PÚBLICA SEPTIMA
C.I. 171284038-6

1122330

NOTARIA TERCERA DEL CANTON QUITO

Dr. Roberto Salgado Salgado

Quito - Ecuador

CERTIFICACIÓN DE FIRMA



El suscrito Notario, certifica que la firma puesta en el pie del documento que antecede y que pertenece a la señora PATRICIA MARGARITA ARMAS DE LA TORRE, portadora de la cédula de ciudadanía número 171284038-6, es la que, según su propia declaración, utiliza en todos sus actos y contratos, públicos y privados. La compareciente es de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil divorciada, domiciliada en esta ciudad de Quito, y legalmente capaz para contratar y obligarse, de todo lo cual DOY FE.- Quito, hoy, día lunes diecisiete de diciembre del año dos mil siete.-



[Handwritten Signature]
ROBERTO SALGADO SALGADO
NOTARIO TERCERO
QUITO - ECUADOR

SECRETARIA DE ESTADO
ESTADO DE INDIANA

SELLO
Todd Rokita
Secretario de Estado

APOSTILLA

(Convención de la Haya del 5 de octubre de 1961)

1. País: Estados Unidos de América
2. Este documento público ha sido firmado por *Kathy A. Petrone*
3. actuando en calidad de notaria pública en & por el Condado de Hendricks
4. utilizando el sello/estampilla de notaria pública en & por el Estado de Indiana

Certificado

5. en Indianápolis, Indiana
6. el *14 de noviembre de 2007*
7. por el Secretario del Estado de Indiana
8. No. A2007 - 016004

9. Sello/Estampilla:

SELLO

10. Firma:

(firma ilegible)

Todd Rokita
Secretario del Estado de Indiana

* Desde Mayo 1, 2003, fecha efectiva, todas las apostillas del Secretario del Estado de Indiana tendrán un sello impreso electrónicamente.



042842

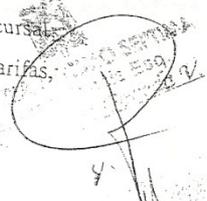
PODER ESPECIAL



DA A CONOCER LO SIGUIENTE:

David R. McAvoy, a nombre de ELI LILLY INTERAMERICA, INC. (Corporación"), una corporación organizada y existente bajo las leyes del Estado de Indiana, Estados Unidos de América, con su oficina principal en Lilly Corporate Center, Indiana, Estados Unidos de América, mediante el presente otorgo el siguiente poder legal al Sr. Julio César Buendía Sardón ("Representante"), ciudadano peruano, con pasaporte No. 3380029, para que represente a la sucursal en Ecuador de ELI LILLY INTERAMERICA INC., autorizándolo para que actúe como su verdadero y legítimo representante y Gerente de País de la Sucursal Ecuatoriana de ELI LILLY INTERAMERICA INC. ("la Sucursal"), y facultándolo para que actúe en la República del Ecuador administrando el negocio de la Sucursal, con los siguientes poderes:

1. Administrar todos los negocios de la Sucursal, interviniendo en todos los actos, negocios, asuntos y transacciones de cualquier naturaleza, presentes o futuros, con amplios poderes de administración y disposición.
 2. Celebrar toda clase de convenios, incluyendo como ejemplo, contratos de compra y venta de bienes personales, incluyendo automóviles y vehículos de cualquier tipo; cesión de derechos (incluyendo derechos relacionados a la posesión de automóviles y vehículos de cualquier tipo); contratos de seguros; contratos de transporte; contratos de arriendo sobre propiedad inmueble o bienes personales; contratos de garantía; de carga, fletamento, y de transporte, y en general para dar por terminado, renovar, extender, ceder, transferir, modificar o cancelar cualquiera de dichos convenios, así como cualquier otro que la Sucursal pueda haber celebrado, firmando cualquier instrumento público o privado y realizando cualquier acto relacionado que pueda ser requerido.
- Importar o exportar maquinaria o materia prima y toda clase de bienes, mercadería y productos comerciales relacionados con el negocio de la Sucursal.
- Interponer solicitudes y apelaciones en todos los asuntos relacionados con tarifas.



1567 JUZGADO CUARTO
Irra, Qui, Meythaler & Zambrano
ABOGADOS

5 NOV 2010

EH
EH 1567

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE PICHINCHA: /

DR. JOSE RAFAEL MEYTHALER BAQUERO, a nombre y en representación de ELI LILLY INTERAMERICA, INC., en mi calidad de Procurador Judicial, conforme aparece del poder adjunto, presento ante usted la siguiente demanda de responsabilidad civil extracontractual y pago de daños y perjuicios: /

I. IDENTIFICACION DE LA ACTORA:

La actora de la presente demanda, es ELI LILLY INTERAMERICA, INC., (en adelante "LILLY"), a cuyo nombre comparezco en la calidad enunciada. /

Mi nombre y apellidos quedaron indicados, de estado civil casado, de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de profesión Abogado. /

II. IDENTIFICACION DE LOS DEMANDADOS:

Los demandados, son: SUSEJ S.A., una compañía de comercio constituida bajo las Leyes de Ecuador, y el señor Aquiles Jarrín Escala, Gerente General de la misma, por sus propios y personales derechos. /

III. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA:

1. El 12 de septiembre del 2008, LILLY presentó ante el señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha la demanda de medidas cautelares identificada con el número 2008-0946 en contra de SUSEJ S.A., al amparo de lo dispuesto en los artículos 191, 284, 285, 286, 287, 305 y 306 de la Ley de Propiedad Intelectual, en razón de la existencia de actos de competencia desleal de SUSEJ S.A. en contra de mi representada por el uso no autorizado de los datos de prueba del medicamento OLANZAPINA y por promocionar SUSEJ S.A. su copia de OLANZAPINA (bajo la marca "TANSELL"), como si tratase de un medicamento aprobado por la Food and Drug Administration (FDA) de los Estados Unidos de Norteamérica (i); como si se tratase de un medicamento aprobado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) (ii); y, como si fuese un medicamento intercambiable con el original de OLANZAPINA, que lo comercializa LILLY bajo la marca "ZYPREXA" (iii); todos estos hechos falsos. /

El 19 de diciembre del 2008, el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, en razón de las evidencias aportadas al proceso y en uso de su sana crítica, dispuso medidas cautelares en contra de SUSEJ, ordenando a tal compañía que se abstenga de comercializar el medicamento copia "TANSELL" hasta cuando demuestre que es un medicamento con similares niveles de calidad, seguridad y eficacia que el producto "ZYPREXA" de LILLY, que es el medicamento original. /

El proceso de medidas cautelares no ha concluido hasta el día de hoy. /

Avenida 6 de Diciembre No. 2816 y Paúl Rivet, Edificio Josueth González 10mo Piso.
Telfs: PBX (593-2) 223-2720 Fax: (593-2) 256-8613
Web Site: www.lmzabogados.com Mail: info@lmzabogados.com
Quito - Ecuador

delegado (17)
dece 2009

2. El 9 de marzo del 2009 de 2008, LILLY presentó ante Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Quito, la demanda de declaratoria de competencia desleal en contra de SUSEJ, por los mismas causas señaladas en el numeral anterior. El juicio en cuestión, tiene el número 19257-LE./

De esta manera, LILLY dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 314 de la Ley de Propiedad Intelectual. /

Este juicio tampoco ha terminado a la presentación de esta demanda. /

3. A pesar de que el proceso de medidas cautelares y el juicio principal de declaratoria de competencia desleal en contra de SUSEJ se encuentran en curso ante el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha y ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, respectivamente; es decir, que no existe en ninguno de estos procesos una resolución definitiva de los Jueces competentes, SUSEJ ha decidido acusar a mi representada ante la Subsecretaría de Competencia, de que LILLY "ha utilizado de manera injusta a los órganos de justicia, para sacar del mercado mediante la solicitud y adopción de medidas cautelares, a uno de sus competidores, en este caso a la compañía SUSEJ S.A., monopolizando en el Ecuador la venta del principio activo OLANZAPINA, con su marca ZYPREXA. Dicho hecho se produjo el 25 de septiembre de 2008 habiendo sido admitida a trámite la demanda de medidas cautelares, las cuales fueron ordenadas por el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha el 19 de diciembre de 2008 y a la presente fecha todavía impiden injustamente la venta del medicamento TANSSEL por parte de SUSEJ S.A. sin poder prever el período aproximado de duración". /

El fundamento de la denuncia resulta prematuro, en razón de que en ninguno de los dos procesos los Jueces competentes han declarado en sentencia ejecutoriada que LILLY haya actuado con dolo procesal o con abuso procesal; única forma por la cual LILLY podría "usar de manera injusta a los órganos de justicia", tal como acusa la demandada. /

La aseveración antes transcrita, en la forma en la cual SUSEJ la ha expuesto en su denuncia, es absurda jurídicamente, en razón de que no puede ser usada como causa de una petición o reclamo dada la evidente intención que aquello conlleva de limitar las facultades de los Jueces competentes en cada caso; aspecto sobre el cual volveré más adelante. /

Esta denuncia ha sido presentada ante el señor Subsecretario de Competencia del Ministerio de Industrias y Competitividad, el 12 de agosto de 2009, y busca que el señor Subsecretario ordene a LILLY el "cese inmediato de la práctica anticompetitiva"; es decir, que desista de su demanda de medidas cautelares ante el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, o que el referido Juez acate una disposición directa del Subsecretario de Competencia, dejando sin efecto las medidas cautelares dispuestas. Obviamente, no hay norma legal alguna que justifique semejante pretensión, y deja entrever, más bien, el ánimo de subordinar las actuaciones de los Jueces y Magistrados de la Función Judicial a las órdenes y disposiciones de una Autoridad administrativa. /

La denuncia de SUSEJ, es constitutiva de cuasidelito civil por las siguientes razones: /

3.1. La Función Judicial es independiente y no existe norma alguna en el Derecho ecuatoriano que permita a un funcionario público ajeno al Poder Judicial analizar, condicionar, revisar, calificar o, de alguna manera, influir en la decisión de los Jueces de Derecho. La pretensión de SUSEJ, es ilegítima: /

La actividad de los Jueces de la República en general, y la del señor del Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, en particular, al conceder las medidas cautelares provisionales solicitadas por LILLY en contra de SUSEJ, es una decisión independiente; suficiente en Derecho; y, recurrible sólo en la forma señalada por el Código de Procedimiento Civil y por el Código Orgánico de la Función Judicial. /

Esta decisión del señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, debe ser respetada y acatada por toda Autoridad pública. Y ninguna Autoridad por fuera de la Función Judicial, en la forma que señala la ley, puede analizar, condicionar o revisar la misma. Esto lo dispone, de manera mandataria, el artículo 168 numerales 1ro. y 3ro. de la Constitución: /

"Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1.- Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley ... 3.- En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución..." (subrayado me pertenece). /

La denuncia de SUSEJ ante la Subsecretaría de Competencia, infringe estos principios rectores de la Administración de Justicia en Ecuador, porque pretende que la Subsecretaría de Competencia analice y eventualmente influya en la decisión del señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha. /

Es decir, se trata de un uso abusivo del derecho de petición que tiene SUSEJ, que determina la responsabilidad civil de SUSEJ y de su Gerente General, que firma el reclamo; así como la eventual responsabilidad penal de este último en la forma señalada en el artículo 255 del Código Penal, por pretender la influencia de la Función Ejecutiva en actos de la Función Judicial. /

3.2. El dolo procesal no puede ser analizado y declarado por una autoridad administrativa. Es un privilegio del Juez de la causa por tratarse de un hecho que es propio de la actividad judicial a cargo de los Jueces y Ministros competentes. La denuncia de SUSEJ, es ilícita: /

La petición de SUSEJ a la Subsecretaría de Competencia, implica la pretensión de que una Autoridad administrativa intervenga en dos procesos en curso ante la

19
die 19

Función Judicial para que juzgue si hay abuso del derecho por el actor de las demandas.

No hay norma alguna en el Derecho ecuatoriano, porque no lo puede haber en razón de la prohibición constitucional de interferir en los asuntos propios de la Función Judicial, que permita a un funcionario público analizar y pronunciarse sobre una providencia dictada en juicio por el Juez competente. Tampoco lo puede hacer respecto de la demanda que da origen a un juicio, porque el pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda, y la calificación referida a esas pretensiones de legítimas o ilegítimas, es decir que son constitutivas de abudo procesal, sólo le corresponde al Juez competente.

El propósito de SUSEJ con su denuncia, es que el funcionario público en cuestión analice la demanda de LILLY y las medidas cautelares dictadas por el señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha; y que, hecho el análisis, declare que hay "abuso del proceso".

Asimismo, Susej pretende evadir las consecuencias jurídicas de su incorrecta actuación, a través del análisis que pueda realizar una autoridad no jurisdiccional.

Para fundamentar esta absurda pretensión, SUSEJ ha citado en su apoyo los artículos 7 y 8 de la Decisión 608 de la Secretaría de la CAN; normas comunitarias que, en ningún caso, permiten la revisión de las decisiones judiciales, o el análisis de legitimidad o ilegitimidad de una demanda judicial, o la declaratoria en sede administrativa de dolo o de abuso procesal por actuaciones ante los Jueces de la Función Judicial. Se trata simplemente, de un acto de falta de técnica jurídica de la denunciante y de falta de prolijidad en el uso de los derechos que se derivan a su favor de las referidas normas comunitarias. Esto configura lo que la jurisprudencia ecuatoriana y la doctrina internacional califican como uso abusivo de los derechos y constitutivo de responsabilidad civil extracontractual.

El sistema ecuatoriano de Administración de Justicia, se basa en la no interferencia en la actividad judicial. El artículo 1ro del Código Orgánico de la Función Judicial, señala que "la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial". El artículo 7, señala que "la jurisdicción y competencia nacen de la Constitución y la ley. Sólo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados en conformidad con sus preceptos ...". El artículo 8, es aún más explícito: "Las juezas y jueces sólo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial". Y el artículo 27, señala que "Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes".

Estas normas revelan que SUSEJ busca extraer de la Función Judicial la decisión sobre elementos importantes de esos procesos; como, por ejemplo, la razón de ser de las medidas cautelares dispuestas y el supuesto abuso o dolo procesal de LILLY.

Pretende, asimismo, evadir sus obligaciones derivadas de las medidas cautelares impuestas en su contra por el señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha; evitar una resolución sobre el fondo de la cuestión en los procesos en curso; eliminar el efecto de las medidas cautelares dispuestas por el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha; y, lo más grave: pretende que la Función Ejecutiva invada la esfera de atribuciones exclusivas de la Función Judicial, lo cual podría, inclusive, configurar infracción penal según el tenor del artículo 8 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 255 del Código Penal. Según la Corte Suprema de Justicia, "que, en el país tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, existe acuerdo en el sentido de que "Nada hay en la doctrina ni en la jurisprudencia el que impida a la jurisdicción civil el conocimiento de hechos que pueden ser constitutivos de culpa o negligencia, aunque de ellos haya conocido también la jurisdicción penal en el aspecto que pueden ofrecer de delito o contravención (Gaceta Judicial Año LXXXI, Serie XIII, No. 12, Pág. 2827. Quito, 29 de mayo de 1981)".

Mi representada se reserva el iniciar la acción penal que corresponda, no obstante de lo cual solicita a usted que declare la responsabilidad civil extracontractual derivada del uso abusivo del derecho en que han incurrido las demandadas.

La actuación de SUSEJ es ilegítima.

3.3. Las demandas de LILLY no constituyen abuso del derecho mientras los Jueces y Ministros competentes no lo declaren así en sentencias ejecutoriadas. La denuncia de SUSES es ilegítima:

La denuncia de SUSEJ a la Autoridad administrativa busca de ésta última la declaratoria de "abuso procesal" de LILLY por la mera presentación de las demandadas.

Esta pretensión es arbitraria y es absurda: Tal como lo dice Arturo Alessandri Rodríguez, "el ejercicio de las acciones judiciales y de los recursos que franquean las leyes de procedimiento no es abusivo por sí solo, aunque los tribunales no acojan esas acciones o recursos en definitiva y aunque con ese ejercicio se haya causado daño a la otra parte. Para que lo sea, es menester que se pruebe que el litigante, al ocurrir a la justicia, al persistir en defenderse, al promover incidentes dilatorios, al retardar la marcha y fallo del litigio, ... en general, al utilizar los diversos recursos o derechos que las leyes le otorgan, sea como demandante o demandado, ha procedido con culpa o dolo, es decir, con negligencia o imprudencia o con el deliberado propósito de dañar a su contraparte, sea por puro espíritu tinterillesco, por venganza, por rencor o para arrancarle una transacción que de otro modo no obtendría. En defecto de esa prueba, que puede resultar de la actitud obstinada, tinterillesca, vejatoria o temeraria asumida por el litigante, el ejercicio de tales acciones o recursos, sin perjuicio de las costas y multas en que su titular pueda ser condenado, no le impone responsabilidad delictual o cuasidelictual, aunque con ello haya inferido un daño. Lo contrario sería coartar el

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- SALA DE CONJUECES.- Registro Oficial número 43, de 21 de junio del 2005.

*derecho de defensa y admitir la responsabilidad objetiva, que nuestro Código no reconoce*² (resaltados me pertenecen).

Si SUSEJ consideraba que las demandas de LILLY eran constitutivas de abuso procesal, entonces debía presentar su pretensión a cada uno de los Jueces y Ministros ante los cuales se ventilan los dos procesos en curso para que así lo declaren en auto y sentencia definitivos.

El ilustre tratadista ecuatoriano Víctor Manuel Peñaherrera, señala que *"el orden social, que protege y garantiza los derechos de los individuos, impone a cada uno de éstos el deber de comparecer ante los tribunales, cuando otro lo exija para la decisión de sus diferencias, y el de respetar la organización y economía de las jurisdicciones"*³.

SUSEJ ha incumplido este deber fundamental y más bien pretende, por el uso abusivo de sus derechos, que sea un funcionario administrativo el que se pronuncie sobre lo que es competencia privativa del Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, como es el supuesto dolo procesal de LILLY al presentar la demanda de medidas cautelares 946-2008. Un funcionario administrativo, por altas que sean sus funciones, no está en capacidad de administrar Justicia, valorando la prueba del supuesto dolo o abuso procesales y dictaminando si el dolo o el abuso procesal existen. Esto es propio y exclusivo de los Jueces de Derechos y SUSEJ lo sabe.

La pretensión de SUSEJ es un intento de romper el principio de unidad jurisdiccional y evadir el cumplimiento de la medida cautelar dispuesta por el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha en el proceso 946-2008, cuando lo que correspondía era que ante ese Juez, y en ese proceso, aporte los elementos probatorios que determinan su derecho a que levante la medida cautelar.

Es decir, es un acto contrario al ordenamiento jurídico de Ecuador.

3.4. La denuncia de SUSEJ y los daños causados a LILLY han configurado su responsabilidad civil extracontractual por cuasidelito civil:

Los antecedentes citados permiten concluir que el reclamo de SUSEJ ante la Autoridad administrativa, es un acto de abuso procesal; un acto con culpa, que daña moral y patrimonialmente a LILLY y que le genera a SUSEJ y a su Gerente General, en consecuencia, responsabilidad civil extracontractual. Se cumplen los supuestos de la ley para esta demanda, así como los recogidos en la propia jurisprudencia de la anterior Corte Suprema de Justicia, tal como aparece en el acápite undécimo de la sentencia 73-2003, que dice: *"Para que exista responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, se requiere que concurran los siguientes elementos: a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor*

² ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo.- DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO.- ED JURIDICA DE CHILE., Ed. 2005.- pp 201, 202.

³ PEÑAHERRERA, Víctor Manuel.- LECCIONES DE DERECHO PRACTICO CIVIL Y PENAL.- ED. EDINO.- ed. 1992.- p. 130.

22
Luz P.
do

determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral; y, d) Que medie una nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño⁴.

Una de las formas por las cuales se verifica la responsabilidad civil extracontractual, es por el uso abusivo, o culpable, de los derechos.

De acuerdo a Arturo Alessandri Rodríguez, "la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil no sólo proviene de hechos u omisiones materiales que, cometidos con dolo o culpa, dañen a otro. También puede derivar del ejercicio de un derecho. Así ocurre cuando este ejercicio es abusivo y causa daño. El abuso de un derecho, que perjudica a otro, es, pues, fuente de responsabilidad delictual y cuasidelictual civil"⁵ (resaltado me pertenece).

En este caso en particular, SUSEJ ha hecho uso abusivo de su derecho de petición ante la Subsecretaría de Competencia y ha promocionado el inicio de un proceso de investigación en contra de LILLY por supuesto "abuso procesal", cuando esa conducta sólo puede ser dictaminada por un Juez de Derecho en un proceso que esté dotado de todas las garantías que señala el artículo 76 de la Constitución sobre el debido proceso. La pretensión de SUSEJ, implica también un intento de intromisión en la Función Judicial de otra Función del Estado; y, la pretensión de evadir responsabilidades y cargas derivadas de disposiciones y providencias del señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha en un proceso en curso. Pretende finalmente, afectar el derecho de petición de LILLY, haciendo que la Autoridad administrativa le prive o le obligue a privarse del legítimo uso del derecho de petición, que es la base de la acción judicial de medidas cautelares ante el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha.

La actuación de SUSEJ es culposa, carente de buena fe. Implica un uso negligente de sus derechos, entre ellos el de petición. Hay desprolijidad en la denuncia. Y la invitación a la Autoridad administrativa para que juzgue hechos que sólo pueden hacerlo los Jueces y Ministros de la Función Judicial, podría determinar la comisión de un delito penal.

Como lo señala la Corte Suprema de Justicia, "la buena fe prohíbe, en primer lugar, que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger al deudor contra las exigencias impertinentes, que choquen contra el derecho y la equidad..."⁶.

Como consecuencia de este proceder, mi representada ha sufrido daños que no tiene la obligación jurídica de soportar, tal como lo indicaré más adelante.

Por todas las razones expuestas, la conducta abusiva de SUSEJ se adecua en el artículo 2214 del Código Civil, que señala que "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización...". Y hay

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- JUICIO 79-2003.- REGISTRO OFICIAL 87, de 22 de mayo del 2003.

⁵ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo.- op. cit.- p. 183.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Juicio 385.- Registro Oficial 521, de 25 de febrero de 2002.

Arturo Rodríguez
23
Vasquez
Jes

cuasidelito civil, en la forma explicada por Arturo Alessandri Rodríguez: "En este caso, el ejercicio abusivo de un derecho constituye cuasidelito civil (art. 2284) y bastará aplicar el art. 2314 para condenar a su titular a reparar el daño causado" (resaltado me pertenece).

4. Los daños causados a LILLY, que ameritan cuantificación y reparación, son de dos tipos: daños materiales consistentes en el pago de honorarios, gastos e indemnizaciones; y, daños inmateriales, referidos a la afección al buen nombre de mi representada. /
5. Los causantes de los daños que se reclaman en esta demanda, son SUSEJ S.A., y su Gerente General, señor Aquiles Jarrín Escala, quien firma la denuncia ante la Autoridad administrativa, en forma solidaria. /

IV. PRETENSION:

Con los antecedentes expuestos, solicito a usted que en conformidad con los artículos 2214, 2215, 22216 y 2217 del Código Civil, se declare la responsabilidad civil extracontractual de los demandados y se les condene de manera solidaria a pagar a mi representada los daños y perjuicios causados por cuasidelito civil, al haber abusado de su derecho de petición por presentar una denuncia en contra de mi representada ante la Subsecretaría de Competencia, pretendiendo con la misma interferir en la actividad propia y privativa de la Función Judicial y dejar sin efecto la medida cautelar dispuesta por el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha dentro del proceso 2008-0946, ahora en curso. Esto es abuso del derecho, constitutivo de responsabilidad civil extracontractual de los demandados, que usted los declarará en sentencia. /

Se seguirá el trámite previsto para el juicio ordinario. /

De haber indicios de que se ha cometido la infracción prevista en el artículo 255 del Código Penal, se enviará copias certificadas del proceso a la Fiscalía de la Nación. /

La cuantía supera los US \$ 2.000.000 (dos millones de dólares de Estados Unidos de América). /

A la demandada, SUSEJ S.A. se le citará con esta demanda en la siguiente dirección: calle "Santiago" número 238 y "Manuel Larrea", de la ciudad de Quito. Y al señor Aquiles Jarrín Escala, en la dirección que señalaré oportunamente. /

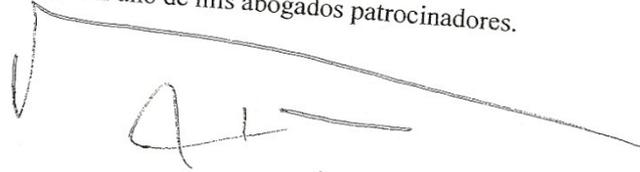
Recibiré notificaciones en el casillero judicial 1026, del Palacio de Justicia de esta ciudad. /

Quedan autorizados para intervenir conjunta o individualmente, los señores Doctores Catalina Vásquez Basante y/o y/o Lorena Villagómez Cabezas y/o Cristian Hermosa Sánchez y/o Patricia Villamarían y/o los abogados: Karina Loza, Gabriela Mendieta, Patricia Manotoa, Edith Muriel y/o María Fernanda Fabara. /

⁷ ALESSANDRI RODRIGUEZ.- Arturo.- op. cit.- p 191.
Avenida 6 de Diciembre No. 2816 y Paúl Rivet, Edificio Josueth González 10mo Piso.
Telfs: PBX (593-2) 223-2720 Fax: (593-2) 256-8613
Web Site: www.lmzabogados.com Mail: info@lmzabogados.com
Quito - Ecuador

Larreátegui, Meythaler & Zambrano
ABOGADOS

Firmo con uno de mis abogados patrocinadores.



Dr. José Meythaler
ABOGADO
Matrícula 3032 C.A.Q



Ab. Gabriela Mendieta

MAT. PROF. 17-2007-36

GDF480AD-0392-40B6-9CD9-F470505F58A8

**CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA
OFICINA DE SORTEOS Y CASILLEROS JUDICIALES**

Ingresado por: CANCHIGNIAR

Recibida el día de hoy, lunes quince de noviembre del dos mil diez, a las dieciséis horas y treinta y cinco minutos, el proceso seguido por: MEYTHALER BAQUERO JOSE RAFAEL REPRESENTANTE DE ELI LILLY INTERAMERICANA INC. en contra de JARRIN ESCALA AQUILES GERENTE DE LA COMPAÑIA SUSEJ S.A., en: 0 foja(s), adjunta ORIGINAL Y COPIA DE LA DEMANDA, UNA PROCURACION JUDICIAL. Por sorteo su conocimiento correspondió al JUZGADO CUARTO DE LO CIVIL y al número: 17304-2010-1567.

QUITO, Lunes 15 de Noviembre del 2010.

DR. WILSON ANDRADE DEL POZO
JEFE DE SORTEOS Y CASILLEROS JUDICIALES

ABG GUSTAVO VILLAMARIN C.
SECRETARIO ENCARGADO

Recibido hoy
17 de
ción (s) (s)
demanda se
ha cumplido
Certifico. E



15 de NOV. 2010 de
Las
en las Documenta-
25 fojas. Copia de la
por tasa de
()
Juzgado.

96/11
Voto Seco
-28

JUZGADO CUARTO DE LO CIVIL DE QUITO. QUITO, martes 23 de noviembre del 2010. las 11:39. MS. 08.- Avoco conocimiento de la presente causa, en mi calidad de Juez Suplente de esta judicatura, en virtud del Oficio No. 911-DP-DIP-JAR-07 de 3 de diciembre del 2007 y la razón de sorteos.- Por cuanto el suscrito, me encuentro conociendo la causa No. 946-2008, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 6o. del Art. 856 del Código de Procedimiento Civil, me limito del conocimiento de la presente acción, disponiéndose se remita originales a la oficina de sorteos, para que sea otro Juez quien conozca y resuelva.- Notifíquese.-

EDWIN ARGOTI REYES
JUEZ SUPLENTE

En Quito, martes veinte y tres de noviembre del dos mil diez, a partir de las diecisiete horas y treinta minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el DECRETO que antecede a: MEYTHALER BAQUERO JOSE RAFAEL, REPRESENTANTE DE ELI LILLY INTERAMERICANA INC, en el casillero No. 1026 del Dr./Ab. MEYTHALER BAQUERO JOSE RAFAEL.

ADOLFO BELTRAN RIVERA
OFICIAL MAYOR

JUZGADO OCTAVO
DE LO CIVIL DE PICHINCHA

JUZGADO CUARTO DE LO CIVIL
DE PICHINCHA

Quito, 30 de noviembre del 2010

Oficio No.1968

JCCP ehv

Señor Jefe
OFICINA DE SORTEOS
H. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE QUITO
Prescate.-

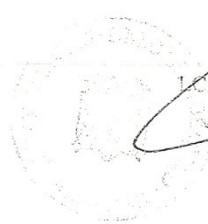
De mi consideración:

Con el presente, me permito remitir a usted, en veintiséis (26) folios, el juicio ORDINARIO No. 1567-10 E.H., que sigue "ELI LILLY INTERAMERICANA INC.", en contra de COMPAÑÍA SUSEI S.A., en virtud de lo dispuesto en auto anterior, a fin de que se proceda al sorteo respectivo.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines de Ley.

LCDO. LUIS BARAHONA MIRENO
SECRETARIO (E)

*rectificado
16/11/10
Juzgado civiles
al cuerpo
Inhibición
27/11/10*

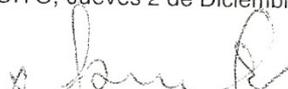


**CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA
OFICINA DE SORTEOS Y CASILLEROS JUDICIALES**

Ingresado por: ORDOÑEZC

Recibida el día de hoy, jueves dos de diciembre del dos mil diez, a las nueve horas y cuarenta y ocho minutos, el proceso seguido por: ELI LILLY INTERAMERICA, IN, MEYTHALER BAQUERO JOSE RAFAEL, PROCURADOR JUDICIAL, JUZGADO CUARTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA en contra de SUSEJ S.A., JARRIN ESCALA AQUILES, en: 27 foja(s), adjunta UN JUICIO DEL JUZGADO CUARTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA, DE PICHINCHA, CON EL NUMERO 1567-2010, EN UN SOLO CUERPO, CON VEINTE Y SIETE FJS INCLUYE EL OFICIO N.- 1968-2010. POR CUANTO EL JUEZ SE INHIBE DE SU CONOCIMIENTO. Por sorteo su conocimiento correspondió al JUZGADO OCTAVO DE LO CIVIL y al número: 17308-2010-1647.

QUITO, Jueves 2 de Diciembre del 2010.


DR. WILSON ANDRADE DEL POZO
JEFE DE SORTEOS Y CASILLEROS JUDICIALES

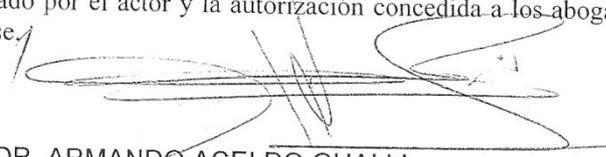

AB. GUSTAVO VILLAMARIN CORDOVA
SECRETARIO ENCARGADO

RAZON: Siento por tal que en esta fecha se archivó copia de la demanda al Libro respectivo. Se ACOMPAÑA: JUICIO ORDINARIO DEL JUZGADO 4 DE LO CIVIL DE PICHINCHA, INCLUYE EL OFICIO.- ORIGINAL Y COPIAS DE LA DEMANDA.- Quito, DICIEMBRE 02 del 2010. CERTIFICO.-


DR. FRANCISCO JUSTICIA
SECRETARIO

ECUADOR

JUZGADO OCTAVO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Quito, lunes 7 de febrero del 2011, las 11h56. Vistos: Avoco conocimiento de la causa en calidad de Juez Suplente de esta Judicatura, mediante Oficio Nro. DDP-JAR-1144., de 11 de Julio del 2007 y en virtud del sorteo realizado.- Actúe el Dr. Francisco Justicia Salgado, en calidad de Secretario Titular de la Judicatura, mediante Acción de Personal Nro. 642-DNP, de 09 de Abril del 2009.- La demanda que antecede es clara, precisa y reúne los requisitos de ley; en consecuencia, trátese la misma en la vía ordinaria.- Con el contenido del libelo de demanda y el presente auto, córrase traslado a la Compañía SUSEJ S.A., por el término de quince días, a fin de que por intermedio de su Gerente General señor Aquiles Jarrín Escala, proponga las excepciones que se crea asistida.- Cítese a la Compañía SUSEJ S.A., en la persona de su Gerente General señor Aquiles Jarrín Escala, en el lugar que se indica.- Agréguese al proceso el documento que se acompaña.- Téngase en cuenta el casillero judicial señalado por el actor y la autorización concedida a los abogados defensores.- Notifíquese.



DR. ARMANDO ACELDO GUALLI
JUEZ SUPLENTE

En Quito, lunes siete de febrero del dos mil once, a partir de las diecisiete horas y treinta minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el AUTO que antecede a: MEYTHALER BAQUERO JOSÉ RAFAEL (PROCURADOR JUDICIAL DE ELI LILLY INTERAMERICA INC.) en el casillero No. 1026 del Dr./Ab. MENDIETA GABRIELA AB..



DR. EDISON BARROS
OFICIAL MAYOR

Razón: En esta fecha se remiten las boletas respectivas a la Oficina de Citaciones para citar a la parte demandada.- Quito, a 14 de Marzo del 2011.- Certifico.


El Secretario

RAZON: Siento por tal no CITAR con la presente demanda al Señor (a) AQUILES JARRIN ESCALA en virtud de que en el inmueble singularizado como su domicilio, en el libelo de la demanda no ha sido posible ser localizado. Es necesario que se verifique y se singularice de modo actual el lugar de habitacion o residencia del demandado por lo que no se cumple con el acto citatorio.

Quito, a 06 de Abril del 2011.-Certifico





Ministerio de Industrias
y Productividad

Av. Eloy Alfaro y
Amazonas
Edificio MAGAP
PBX: 02 2 546886
Fax: 02 2 507818
www.mipro.gov.ec

Oficio Cir MIPRO-SC-2011-0011-MM

Quito D.M., a 28 de abril de 2011

Señores
JUEZ OCTAVO DE LO CIVIL DE PICHINCHA
Quito.

Señor Juez:

WZ

En cumplimiento a lo dispuesto en la providencia MIPRO-SC-2011-0313-SC emitida por la Subsecretaría de Competencia el día 27 de abril de 2011, dentro del correspondiente Caso de Investigación en trámite, mediante la cual se dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

"SEXTO.- Oficiar, a través de Secretaría a fin de que en el término de 5 días, el Juzgado Décimo de lo Civil de Pichincha remita copias certificadas del expediente 007-2007 sobre Providencias Preventivas Eli Lilly vs Susej SA; la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo remita copia certificada del expediente 19257-2009 Eli Lilly vs Susej SA; y el Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha remita copia certificada del expediente 1647-2010 Eli Lilly vs Susej SA."

En razón de lo anterior, solicito se sirva enviar copias del mencionado expediente en el término máximo de 5 días desde la recepción del presente requerimiento, a las oficinas administrativas de la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor, Ministerio de Industrias y Productividad, ubicada en la Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas, esquina, Edificio del MAG, 2do piso.

Esta solicitud la hago adicionalmente fundamentado en los artículos 83, numeral 1 de la Carta Magna⁷; 16 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina⁸; y 7 del Decreto Ejecutivo 1614-2009⁹.

Atentamente,

Nicole Srolis T.
Nicole Srolis Torres
Secretaria
SUBSECRETARIA DE LA COMPETENCIA
Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

[Handwritten signature]

⁷ Artículo 83, numeral 1. "Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente."

⁸ Artículo 19, párrafo 2do. "Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, de los Países Miembros, a las que se les solicite información, deberán colaborar con la investigación y suministrar la información que se les requiera; o aportar nueva información, pruebas o alegatos"

⁹ Artículo 7.- "Informes y documentación.- El Subsecretaría de Competencia, antes de abrir el expediente o en cualquier instancia del procedimiento, podrá requerir los informes o documentos que estime relevantes para realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate."

trabaja en el
2011

JUZGADO OCTAVO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Quito, lunes 9 de mayo del 2011, las 14h44. Atento el oficio remitido por la Subsecretaria de la Competencia y Defensa del Consumidor del Ministerio de Industrias y Productividad, confíranse por secretaria las copias certificadas del proceso que se solicitan.- Notifíquese.



DR. ARMANDO ACELDO GUALLI
JUEZ SUPLENTE

En Quito, lunes nueve de mayo del dos mil once, a partir de las diecisiete horas y treinta minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el DECRETO que antecede a: MEYTHALER BAQUERO JOSÉ RAFAEL (PROCURADOR JUDICIAL DE ELI LILLY INTERAMERICA INC.) en el casillero No. 1026 del Dr./Ab. MENDIETA GABRIELA AB..



DR. EDISON BARROS
OFICIAL MAYOR



\$ 4.00

REPÚBLICA DEL ECUADOR

165

V.G

2011

No:
EMPLEADO: VIRGINIA GARCIA MACIAS

ANO:

JUZGADO.....13.....DE LO CIVIL
DE PICHINCHA

ORDINARIO

JUICIO:

INICIADO EL:14 FEB. 2011.....

RECIBIDO EL:08 FEB. 2011.....

ACTOR:JAVIER CREMAS CORDERO.....

DEMANDADOS: ~~A ANDREA REDAÑO SALGADO, CAROLINE PAOLA MORA COBO,~~
~~OSCAR MAURICIO ISCHI DAVALOS, PABLO ANTONIO FLORES CUEVA,~~
~~CARLOS FERNANDO ENMANUEL CRUZ SEGUNDO GUTIERREZ CAY,~~
~~MARCA CALLE, PABLO EDUARDO SURAZ RAMOS Y ADOLFO CADRENA~~

DOMICILIOS JUDICIALES

ACTOR:DR. JOSE MEY TEALER.....

CASILLERO JUDICIAL N°1026.....

DEMANDADO:

CASILLERO JUDICIAL N°

SAN FRANCISCO DE QUITO D. M.

ECUADOR



55

REPÚBLICA DEL ECUADOR

No: MG

AÑO: 2011

EMPLEADO:

JUZGADO..... DE LO CIVIL
DE PICHINCHA

JUICIO: ORDINARIO (DAÑOS Y PERJUICIOS)

INICIADO EL:

RECIBIDO EL: 17 ENE 2011

ACTOR: GREMES CORDERO JAVIER
ECUADOR TLC S.A.

DEMANDADO: PAOLA ANDREA PROANO SALGADO; JANNESE PAOLA
MEJIA ROBO; OSCAR MAURICIO ISCHAVATE; PABLO ANTONIO FLORES;
CARLOS OPTIZ; SEGONDO CATAMARCA; PABLO SAAZ; ADOLFO CABERA

DOMICILIOS JUDICIALES

ACTOR: DR. JOSE MEYTHALER

CASILLERO JUDICIAL N° 1026

DEMANDADO:

CASILLERO JUDICIAL N°

SAN FRANCISCO DE QUITO D. M.

ECUADOR



MINISTERIO DE MINAS Y PETRÓLEOS
DIRECCIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS

REGISTRO DE HIDROCARBUROS

RAZON: Siento por tal, el documento inherente al nombramiento de Gerente General que la "COMPAÑÍA ECUADORTLC S.A.", a través de la Junta General de Accionistas en sesión celebrada el día 5 de marzo del 2009, eligió al señor Jorge Javier Gremes Cordero, como Gerente General de dicha Compañía, mismo que fue inscrito en el Registro Mercantil bajo el No. 3552, Tomo 140 el 2 de abril del 2009, queda inscrito en el Registro de Hidrocarburos en fecha trece de abril del dos mil nueve a folios 0001646 al 0001648.- CERTIFICO.- Quito, a 13 de abril del 2009.

Dr. Luis Ernesto Vergara Dueñas
COORDINADOR DE TRÁMITES DE INFRACCIONES
HIDROCARBURÍFERAS, ENC.



NOTARIA TRIGESIMA SEGUNDA DE QUITO
En aplicación a la Ley Notarial BOY FE
que la foto copia que antecede es igual
al documento que me fue presentado
en: 2 foja (s) útil (es)

Quito a, 27 JUL. 2010



DR. RAMIRO DAVILA SILVA
NOTARIO TRIGESIMA SEGUNDA DE QUITO

PETROBRAS

Quito D.M., 5 de marzo de 2009.

Señor
Jorge Javier Gremes Cordero
Ciudad.-

Estimado señor Gremes:

Por la presente tengo a bien en informar a usted que la Junta General de Accionistas de la compañía ECUADORTLC S.A., en sesión celebrada el día de hoy, acordó por unanimidad elegir a usted como Gerente General de la Compañía por el período estatutario de cinco años. En tal calidad, usted ejercerá individualmente la representación legal, judicial y extrajudicial de la Compañía.

ECUADORTLC S.A., se constituyó mediante escritura pública autorizada por el Notario Primero del Cantón Quito, Dr. Jorge Machado Cevallos, el 16 de enero del 2001, inscrita en el Registro Mercantil el 22 de enero del 2001.

Muy atentamente,

Santiago Ruales Laso
SECRETARIO AD-HOC

Acepto el cargo de GERENTE GENERAL de ECUADORTLC S.A., comprometiéndome a cumplirlo con sujeción a la Ley y al Estatuto Social. Quito, 5 de marzo de 2009.

Jorge Javier Gremes Cordero
C.I. No. 172319508-5

Certifico que la firma anterior del señor Jorge Javier Gremes Cordero es la que usa en todos sus actos públicos y privados. El señor Gremes, reemplaza en el cargo al señor Dirceu Abrahão, cuyo nombramiento anterior fue inscrito el 13 de marzo de 2008.

Santiago Ruales Laso
SECRETARIO AD-HOC

EcuadorTLC S.A.
Av. Amazonas N39-123 y José Arizaga - Quito - Ecuador
Teléfono: (5932) 2985-300



0055

1

1

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE PICHINCHA:

JAVIER GREMES CORDERO, a nombre y en representación de ECUADORTLC S.A., en mi calidad de Gerente General, conforme aparece del nombramiento adjunto, presento ante usted la siguiente demanda de responsabilidad civil extracontractual y pago de daños y perjuicios:

I. IDENTIFICACION DE LA ACTORA:

La actora de la presente demanda, es ECUADORTLC S.A. (en adelante "ECUADORTLC") a cuyo nombre comparezco en la calidad enunciada.

Mi nombre y apellidos quedaron indicados, de estado civil casado, de nacionalidad argentina, mayor de edad, de profesión empresario privado.

II. IDENTIFICACION DE LOS DEMANDADOS:

Los demandados, son: Paola Andrea Proaño Salgado, Jannise Paola Mejía Cobo, Osear Mauricio Isch Dávalos, Pablo Antonio Flores Cueva, Carlos Fernando Enmanuel Ortiz, Segundo Gerardo Cajamarca Calle, Pablo Eduardo Suárez Ramos y Adolfo Benito Cabrera Rivadeneira; todos, por sus propios y personales derechos.

III. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA:

1. El 18 de febrero de 2010, los demandados presentaron ante el señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha la ACCION DE PROTECCION identificada con el número 17301-2010-0212 en contra de las siguientes autoridades públicas: señor Ministro de Relaciones Laborales, Richard Espinosa Guzmán, señor Ministro del Trabajo, Abogado Antonio Gagliardo Valarezo, señor Director Regional del Trabajo de Quito, Doctor Genaro Cruz Abril y señor Inspector del Trabajo de Quito, Doctor Jorge Aguirre Rivadeneira.

La acción de protección tenía como propósito el que se deje sin efecto un acto de simple administración, el oficio número 029DRTO-09-CRC de 4 de febrero de 2009, firmado por el señor Genaro Cruz Abril, Director Regional del Trabajo de Quito, por el que se absolvieron ciertas consultas formuladas por ECUADORTLC (i); y, varios actos administrativos del señor Inspector de Trabajo de Pichincha, por los que se formalizaron ciertos acuerdos transaccionales en los que intervino ECUADORTLC como parte (ii).

A pesar de que el oficio del Director Regional del Trabajo de Quito y los actos administrativos del señor Inspector del Trabajo de Pichincha se originaban en peticiones de ECUADORTLC y/o se referían a derechos de ECUADORTLC y/o producían efectos que beneficiaban a ECUADORTLC y/o reconocían la validez de contratos transaccionales que generaban derechos y obligaciones a ECUADORTLC y/o afectaban los derechos y legítimos intereses de ECUADORTLC, los actores de la acción de protección omitieron deliberadamente contar en ese proceso con ECUADORTLC, con el propósito de facilitar la consecución de sus

pretensiones procesales, que envolvían un interés económico final consistente en cobrar a ECUADORTLC supuestos derechos laborales, evitando así que mi representada ejerza el derecho constitucional a la defensa en ese proceso, en el cual se disputaron a sus espaldas intereses y derechos que le eran propios.

Este accionar de los demandados es constitutivo de dolo procesal, pues envuelve un uso abusivo del Derecho con el propósito de eludir la disputa lícita en lo procesal con la única contraparte a la cual podían plantear un reclamo judicial para el cobro de supuestos derechos laborales, como lo es ECUADORTLC en su calidad de ex empleadora de los demandados.

La acción de protección no ha sido diseñada por el Legislador para sustituir la disputa en juicio de derechos laborales; ni mucho menos para disputar sobre derechos de personas que no son parte en la acción de protección.

Los demandados han cometido fraude procesal y abuso del Derecho; han omitido las garantías del debido proceso, con el solo propósito de adueñarse de dineros ajenos como son los dineros de ECUADORTLC.

Este uso abusivo del derecho procesal, o fraude procesal, es constitutivo de delito o cuasidelito civil en la forma señalada en el artículo 2214 del Código Civil, tal como lo demostraré más adelante.

2. El 1ro. de julio de 2010, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales dictó sentencia a favor de los actores de la acción de protección; pero exclusivamente con respecto al petitorio de la demanda que había sido planteada por éstos, y mas no con respecto a ordenar a ECUADORTLC que pague valor alguno a los reclamantes.

La sentencia declaró la nulidad del oficio y de los actos mencionados en el numeral anterior, y, a pesar de que no se mandó a mi representada a hacer o no hacer nada, sí se consumó la disputa procesal sobre intereses legítimos de ECUADORTLC, que fueron debatidos en juicio sin que ECUADORTLC haya llegado a tener conocimiento del proceso, ni mucho menos haber recibido la oportunidad de defenderse. La parte resolutive de la sentencia, dice:

“... se acepta la demanda; y se deja sin efecto el contenido del oficio No. 029DRTQ-09-CRC, de 04 de Febrero del 2009 y las providencias dictadas por el Señor Inspector del trabajo de 14 y 17 de Abril del 2009 que guardan relación con los Acuerdos transaccionales celebrados entre ECUADORTLC S.A. y SKANSKA ECUADOR; y, ECUADORTLC S.A. y DAIMIECUADOR S.A.; y, ECUADORTLC S.A. y CONCLINA; reparándose así el daño solicitado en la acción.- Notifíquese...”

Este debate y resolución judicial sobre derechos ajenos a los que representaron cada parte en juicio se encuentran proscritos por el ordenamiento jurídico de Ecuador, tal como lo sentenció la Corte Suprema de Justicia: *“... Al no haberse citado al Gerente, por sus propios derechos, se produjo su indefensión, la ausencia de defensa, esto es, un estado de desventaja jurídica en relación a la otra parte,*

ocasionando una injusticia cometida por el juez dentro del juicio, lo que, indudablemente, ha influido en la decisión de la causa y que en ningún caso ha quedado convalidado por el hecho de que la empresa demandada haya comparecido a juicio y aportado pruebas, con cuanta mayor razón si se condena al pago de una obligación a quien no la contrajo, ni ésta es solidaria, ni ha sido demandado en el proceso ni mucho menos citado" (resaltado me pertenece)¹.

3. No obstante que la sentencia de la Corte no condenó a ECUADORTLC a nada, el 24 de diciembre de 2010 el Juez de la ejecución, señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha, en acatamiento por una dolosa petición de los actores de la acción de protección, remitió a ECUADORTLC el oficio número 1581-2010-JPCP-DC, en el que dispone "... que en el término de cuarenta y ocho horas depósitate - ECUADORTLC- las utilidades que les corresponde de acuerdo a la minuta y valores que obran a fojas trece de los autos, reiterada en escrito de 1 de diciembre de 2010".

Este inexplicable acto del Juez de la ejecución, motivado en una petición dolosa de los actores de la acción de protección, es el paso que perfecciona un plan fraudulento que trazaron tales personas para apropiarse de los dineros de ECUADORTLC y que incluía disputar sobre los dineros de ECUADORTLC, pero sin contar con ésta. Esto es una aberración del Derecho Constitucional; una "sapada" en buen ecuatoriano; un acto de dolo y abuso del Derecho, respecto del cual la Corte Suprema de Justicia, citando al tratadista chileno Arturo Alessandri, manifestó:

"... CUARTO.- Cuando se produce un conflicto de intereses que no puede el interesado acudir ante el Juez competente para que, en sentencia, dirima dicho conflicto. Este derecho está garantizado por el artículo 23 numeral 15 de la Constitución Política de la República del Ecuador y las leyes procesales. Una demanda, por lo general, es legítima y no comporta responsabilidad civil para el actor, no obstante que pueda ser rechazada o causar daño a otro. Sin embargo el ejercicio de una acción judicial puede constituir abuso del derecho en dos casos: 1. Cuando el titular del derecho lo ejerce maliciosamente, esto es con dolo, con la intención positiva o deliberada de irrogar injuria o daño a otro, y 2. Cuando el titular del derecho ejerce la acción con culpa, esto es sin aquella diligencia y cuidado con que lo ejercería un hombre prudente. Al respecto Arturo Alessandri Rodríguez dice: "En nuestro concepto, el abuso de derecho es la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil. Ese abuso no es sino una especie de acto ilícito, debe, por tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito. Habrá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza dolosa y culpablemente, es decir con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios. Así como el hombre debe hacer un uso juicio y prudente de las cosas y comete delito o cuasidelito si las utiliza con la mira de perjudicar a otro o sin la prudencia necesaria y con ello causa un daño, del mismo modo los derechos que la ley le otorga debe ejercerlos sin malicia y con la diligencia

¹ SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 8. Pág. 2078. (Quito, 20 de marzo de 1997).

6 seis

Larreátegui, Meythaler & Zambrano

ABOGADOS

y cuidado debidos. Al no hacerlo, incurre en dolo o culpa. Los conceptos de dolo y culpa son amplios, aplicables a todos los actos humanos sean materiales o jurídicos. No se ve entonces por qué unos y otros actos no deben ser regidos por idénticos principios" (resaltado me pertenece)².

La acción de protección prevista en los artículos 88 de la Constitución y 39 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no podía ejercerse de manera dolosa como lo han hecho los actores.

El dolo procesal es constitutivo de ilícito o cuasidelito civil, y en la medida en la cual genere daños y perjuicios a terceros es reparable en la forma dispuesta por la Ley. Como lo señala la Corte Suprema de Justicia: " ... Para que exista responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, se requiere que concurran los siguientes elementos: a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral y d) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño"³ (resaltado me pertenece).

De acuerdo con el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Tomo X, página 3: " ... para que una persona se vea afectada a la responsabilidad delictual o cuasidelictual deben concurrir los siguientes requisitos: a) hecho doloso (delito) o culposo (cuasidelito) de una de las partes; b) que ese hecho doloso o culposo ocasione un perjuicio a la otra parte, la víctima; y c) que entre el hecho doloso o culposo y los perjuicios haya relación de causalidad, esto es, que los daños o perjuicios sean consecuencia directa e inmediata de aquél"⁴.

4. La actividad procesal de quienes promovieron la acción de protección es dolosa, pues buscó de manera premeditada la privación del derecho de defensa de ECUADORTLC para aligerar el camino en orden a cobrar supuestos beneficios laborales, pero eliminando el juicio laboral como forma lícita de disputa de intereses con ECUADORTLC y como mecanismo de declaración de derechos y liquidación de obligaciones de pago.

Los actores de la acción de protección lograron privar a ECUADORTLC de las garantías básicas del debido proceso, en especial del derecho a la defensa en cualquier etapa o grado del proceso; el ser escuchado en igualdad de condiciones; el presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; el ser juzgado por un juez competente; y, el recurrir del fallo o resolución. Todas estas garantías se encuentran establecidas en el artículo 76 de la Constitución.

Es decir, los actores hicieron uso doloso del proceso constitucional. Un uso que la ley no permite, y que la ley castiga por ser una forma de ilícito civil.

² De La RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL en el Derecho Civil Chileno. Segunda Edición. Tomo I, Ediar Editores Ltda. Santiago Chile, 1983, Pág. 261". Expediente 334, Registro Oficial 257, 18 de Agosto de 1999.

³ Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3730. (Quito, 19 de marzo de 2003).

⁴ Expediente 68, Registro Oficial 85, 20 de Mayo del 2003

En efecto, del resultado final de la acción de protección y, en especial, de la petición que atiende el oficio número 1581-2010-JPCP-DC, se colige que la intención de los actores era obtener la declaración y pago de un derecho laboral, esto es, la participación laboral en las utilidades de ECUADORTLC, cuyo conocimiento y resolución está atribuido de forma privativa al juez del trabajo y no al juez constitucional. A este respecto, el Art. 42, en su numeral 5, de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone que "La acción de protección de derechos no procede cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho" (El subrayado es mío).

Los actores hicieron uso de la acción de protección contra normas legales expresas, es decir, abusaron de la acción de protección para obtener el reconocimiento y pago de la participación en las utilidades de ECUADORTLC, cuya discusión y pago debió someterse al juez del trabajo, en virtud de lo que dispone el Art. 568 del Código del Trabajo: "Los jueces del trabajo ejercen jurisdicción provincial y tienen competencia privativa para conocer y resolver los conflictos individuales provenientes de relaciones de trabajo, y que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad" (El subrayado me pertenece), y al trámite oral, según lo dispuesto en los Arts. 575 del mismo Código: "Las controversias individuales de trabajo se sustanciarán mediante procedimiento oral". Los actores violaron estas disposiciones y sometieron su reclamación de forma ilícita y dolosa ante el juez constitucional a través de la acción de amparo.

El resultado dañoso de la falta de citación a ECUADORTLC y del uso abusivo de la acción de protección por parte de los accionantes fue que ECUADORTLC quede en TOTAL INDEFENSIÓN, con las consecuencias económicas que ello implica.

Como lo menciona Arturo Alessandri Rodríguez, "*la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil no sólo proviene de hechos u omisiones materiales que, cometidos con dolo o culpa, dañen a otro. También puede derivar del ejercicio de un derecho. Así ocurre cuando este ejercicio es abusivo y causa daño. El abuso de un derecho, que perjudica a otro, es, pues, fuente de responsabilidad delictual y cuasidelictual civil*"⁵ (resaltado me pertenece).

Y que lo ratifica la Corte Suprema de Justicia, "*la buena fe prohíbe, en primer lugar, que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger al deudor contra las exigencias impertinentes, que choquen contra el derecho y la equidad...*"⁶.

Como consecuencia de este proceder, mi representada ha sufrido daños que no tiene la obligación jurídica de soportar tal como lo indicaré más adelante.

Por todas las razones expuestas, la conducta abusiva de los demandados se adecua al artículo 2214 del Código Civil, que señala que "*el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización...*" En

8

Larreátegui, Meythaler & Zambrano
ABOGADOS

estricta concordancia con lo señalado, la Corte Suprema de Justicia, ha recogido esta afirmación y la ha transformado en sentencia:

*"... TERCERO: Según la doctrina, que se plasma en nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad civil extracontractual por daños es de dos clases: responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva. Si el autor del daño ha obrado con dolo o negligencia da origen a la denominada responsabilidad subjetiva. Si los daños causados han sido sin dolo o negligencia dan lugar a la responsabilidad objetiva o de pleno derecho. Estas dos clases de responsabilidades tienen como elemento común la existencia de un daño, o sea, todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia en los bienes o personalidad de la víctima. El daño es el requisito primario, sine qua non, para la responsabilidad civil, daño que puede ser material o moral. El daño debe ser cierto, real, efectivo, evidente. Asimismo, el daño puede ser presente o futuro. El futuro es cierto e indemnizable cuando necesariamente ha de realizarse, sea porque consiste en la prolongación de las cosas existentes, o porque se han realizado determinadas circunstancias que lo hacen inevitable. En el daño futuro puede ser incierta su cuantía, pero no ocurre lo mismo en su existencia, ya que dentro de las probabilidades humanas su realización aparece evidente. El elemento diferenciador entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva es la relación de causalidad. En la responsabilidad subjetiva debe mediar delito o cuasidelito y no solo eso, sino que es indispensable que entre el dolo o la culpa por una parte y el daño por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que sea efecto o consecuencia de ese dolo o culpa"*⁷ (resaltado me pertenece).

5. Los daños causados a ECUADORTLC que ameritan cuantificación y reparación, son de dos tipos: daños materiales consistentes en el pago de honorarios, gastos e indemnizaciones; y, daños inmateriales, referidos a la afección al buen nombre de mi representada. La Corte Nacional de Justicia así lo ha reconocido:

*"... OCTAVO: Toda acción dañosa, que pueda encasillarse jurídicamente en las categorías de infracciones como delitos (contravenciones) y cuasidelitos, ocasiona la obligación de indemnizar por daños y perjuicios. La lesión o daño causado, es una fuente de obligación, a la que es inmanente la responsabilidad de repararlo. La responsabilidad extracontractual, que la doctrina conceptúa y denomina como "Aquilina", en recuerdo a la Ley Aquilia, que es la que da origen al delito o cuasidelito, tomando aquí la palabra culpa en su más amplia acepción. En esta culpa no hay vínculo preexistente, a menos que se pudiera encontrarlo en la obligación negativa que tiene toda persona en no causar daño a los demás ..."*⁸ (resaltado me pertenece).

IV. PRETENSION:

Con los antecedentes expuestos, solicito a usted que en conformidad con los artículos 2214, 2215, 22216 y 2217 del Código Civil, se declare la responsabilidad civil

⁷ Expediente 20, Registro Oficial 411, 1 de Septiembre del 2004.

⁸ Expediente 325, Registro Oficial 600, 28 de Mayo de 2009

Avenida 6 de Diciembre No. 2816 y Paúl Rivet, Edificio Josueth González 10mo Piso.

Tel: PBX (593-2) 223-2720 Fax: (593-2) 256-8613

Web Site: www.lmzabogados.com Mail: info@lmzabogados.com
Quito - Ecuador

Larreátegui, Meythaler & Zambrano

ABOGADOS

extracontractual de los demandados por el uso abusivo de sus derechos y se les condene de manera solidaria a pagar a mi representada los daños y perjuicios causados por el delito cometido en contra de ECUADORTLC al haber hecho uso abusivo de su derecho a la acción de protección, dejando en total indefensión a ECUADORTLC, con las consecuencias económicas que tal proceder trae como consecuencia. En subsidio, se declarará que los actores han cometido cuasidelito civil por uso negligente de sus derechos procesales y se les condenará asimismo a pagar a mi representada los daños y perjuicios que se le han causado.

De haber mérito, se ordenará el enjuiciamiento penal de los actores.

V.- TRAMITE:

Se seguirá el trámite previsto para el juicio ordinario.

VI.- CUANTIA:

La cuantía supera los USD. 500.000 (Quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América).

VII.- CITACIONES Y NOTIFICACIONES:

A los demandados se les citará en sus respectivos domicilios, a continuación individualizados, todos ubicados en el Distrito Metropolitano de Quito:

A la señora Paola Andrea Proaño Salgado, en la calle Los Comicios 271 y Azcúnaga, Pent house del Edificio Escorial;

Al señor Oscar Mauricio Isch Dávalos, en la Urbanización La Fontana, casa 1, vía Santa Inés, sector Cumbayá;

Al señor Segundo Gerardo Cajamarca Calle, en el Conjunto Balcones del Bosque, casa B7, calle 1 y Av. Edmundo Carvajal, sector El Bosque;

Al señor Pablo Eduardo Suárez Ramos, en la Urbanización La Comarca, lote No. 79, departamento No. 4; y,

Al señor Adolfo Benito Cabrera Rivadeneira, en la calle Las Higueras No. 107, casa 8 y calle Buganvillas.

Una vez que tenga conocimiento de los domicilios de los señores Pablo Antonio Flores Cueva, Carlos Fernando Enmanuel Ortiz y Jannise Paola Mejía Cobo, se los indicaré para proceder con las respectivas citaciones.

Recibiré notificaciones en el casillero judicial 1026 del Palacio de Justicia de la H. Corte Provincial de Pichincha.

Quedan autorizados para intervenir conjunta o individualmente, los señores doctores José Meythaler Baquero, Catalina Vásquez Bassante y/o Lorena Villagómez Cabezas

Avenida 6 de Diciembre No. 2816 y Paúl Rivet, Edificio Josueth González 10mo Piso.

Tel: PBX (593-2) 223-2720 Fax: (593-2) 256-8613

Web Site: www.lmzabogados.com Mail: info@lmzabogados.com

Quito - Ecuador

Larreátegui, Meythaler & Zambrano
ABOGADOS

10 de

y/o Cristian Hermosa Sánchez y/o Patricia Villamarín y/o los abogados: Karina Loza, Gabriela Mendieta, Patricia Manotoa, Edith Muriel, María Fernanda Fabara y/o José Rubén Terán Naranjo.

Firmo con uno de mis abogados patrocinadores.

Atentamente,

(2)

Javier Gremes Cordero



Dr. José Meythaler
ABOGADO
Matricula 3032 C.A.Q

12 de marzo del 2010

JUZGADO PRIMERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA, QUITO, 01 de Marzo del 2010, las 16h49.-VISTOS: SEGUNDO GERARDO CAJAMARCA CALLE, PABLO ANTONIO FLORES CUEVA, CARLOS FERNANDO ENMANUEL ORTIZ, OSCAR MAURICIO ISCH DAVALOS, PABLO EDUARDO SUAREZ RAMOS, PAOLA ANDREA PROANO SALGADO, JANNISE PAOLA MEJIA COBO Y ADOLFO BENITO CABRERA RIVADENEIRA, expresando sus generales de ley comparecen y manifiestan: Que amparados en el Art. 88 de la Constitución de la República en concordancia con el numeral 3 del Art 11 del mismo cuerpo que señala que los derechos serán plenamente justiciables; y, en su procedimiento determinado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con la siguiente Acción de Protección: Las autoridades accionadas son el Señor Ministro de Relaciones Laborales Richard Espinosa Guzmán, el Señor Ministro del Trabajo Abogado Antonio Gagliardo Valarezo, el Señor Director Regional del Trabajo de Quito Doctor Genaro Cruz Abril y el Señor inspector del Trabajo de Quito Doctor Jorge Aguirre Rivadeneira. Los comparecientes son ex trabajadores de la Empresa ECUADORTLC S.A., quienes mantuvieron relación laboral directa y de dependencia con ECUADORTLC S.A., razón por la cual de acuerdo a lo que establece el Art. 328 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 97 del Código del Trabajo, tenían derecho al pago de utilidades por el ejercicio económico del año 2008, de la empresa ECUADORTLC S.A., Derecho Constitucional y fundamental que les ha sido conculcado debido a que el Señor Doctor Genaro Cruz Abril en calidad de Director Regional del Trabajo de Quito, absuelve una consulta realizada por ECUADORTLC S.A., mediante oficio No. 029DRTQ-09-CRC, de fecha 04 de febrero de 2009; y mediante otros actos administrativos (providencias y autos) conjuntamente con el Señor Inspector del Trabajo, aprueban y validan acuerdos transaccionales particulares, documentos que son utilizados por la empresa ECUADOR TLC S.A., para retener de manera ilegal, el pago de las utilidades que por derecho les corresponden. Mediante oficio No. 029DRTQ-09-CRC, de fecha 04 de febrero de 2009, el Señor Director del Trabajo de Quito, Dr. Genaro Cruz Abril, absuelve las consultas realizadas por el Señor XAVIER GREMES CORDERO, en calidad de Representante Legal de ECUADOR TLC, respecto del pago de las utilidades que correspondería pagar a la empresa ECUADORTLC, por el ejercicio del los años 2006 y 2007 a trabajadores de las empresas SKANSKA S.A., DAIMIECUADOR S.A. Y CONCLINA S.A. (ANEXO I FOJAS 1 y 2).

PRIMERA CONSULTA. "Eventualmente en el caso de arribar a un acuerdo. ¿Estaría facultada mi representada para imputar el valor que se determine por concepto de participación laboral a favor de los ex trabajadores de SKANSKA ECUADOR S.A., de DAIMIECUADOR S.A. y de CONCLINA S.A., correspondientes a los ejercicios 2006 y 2007, al monto equivalente al 15% de participación laboral en las utilidades del ejercicio 2008 y, por tanto, a debitar de ese monto global lo que determine como valor a pagarse a los indicados nuevos beneficiarios?. SEGUNDA CONSULTA. ¿Sería legítimo, entonces que la Compañía que represento distribuya a sus trabajadores y personas con derecho a participar en el 15% laboral correspondiente al ejercicio 2008, el saldo que quede después de realizar el débito antes indicado?.. ABSOLUCIONES.- PRIMERA CONSULTA Las resoluciones Administrativas dictadas por el Ministerio de Trabajo y empleo dentro de las reclamaciones formuladas por los ex trabajadores de las empresas SKANSKA S.A., DAIMIECUADOR S.A. y CONCLINA S.A., deben ser cumplidas por su representada en los términos fijadas en ellas, esto es, reconociéndoles y pagándoles la participación del 15% de utilidades generadas en los ejercicios económicos 2006 y 2007 y como efectivamente Usted ya lo reconoce en los puntos 1.5 y 1.6 de su comunicación al titular de esta Secretaría de Estado. Por lo tanto, en uso del derecho Constitucional de libertad empresarial que tienen las empresas para manejar sus recursos financieros, su representada está facultada para imputar el valor que se determine por

concepto de participación laboral en las utilidades a favor de las personas a quien considere trabajadores o ex trabajadores, correspondientes a los ejercicios 2006 y 2007, al monto equivalente al 15% de participación laboral en las utilidades del ejercicio 2008, pudiendo debitar de este monto global lo que se determine como valor a pagarse a quienes se considere beneficiarios, No obstante lo manifestado, es del caso puntualizarle que ante eventuales reclamos de trabajadores que no estuvieren conformes con la distribución de utilidades, será de su estricta responsabilidad resolverlos. SEGUNDA CONSULTA. El procedimiento que su representada adopte para efectos de distribuir las utilidades a favor de sus trabajadores y personas con derecho a participar en el 15% de utilidades correspondiente al ejercicio económico del 2008, sea redistribuyendo el saldo que quede después de realizar los débitos respectivos, sea considerando el exceso pagado como anticipo de utilidades por dicho año y de conformidad con lo que establece el Art. 108 del Código de Trabajo, será legítimo mientras no afecte derechos de terceros. Dentro del texto del oficio No. 029DRTQ-09-CRC, de 04 de febrero de 2009, el Señor Doctor Genaro Cruz Abril, fundamenta la absolución de las consultas realizadas con los siguientes artículos: Con relación a las utilidades, el Art. 328 de la Constitución Política establece que "Las personas trabajadores del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades liquidadas de las empresas, de acuerdo con la ley..." En la Constitución de la República del Ecuador el Art.326. El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: "Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, será nula toda estipulación" El Art. 4 del Código de Trabajo dice Irrenunciabilidad de derechos.- "Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será Nula toda estipulación en contrario".- El Art 542 del Código del Trabajo numeral 1 expresamente señala: Art. 542.- Atribuciones de las Direcciones Regionales del trabajo.- Además de lo expresado en los artículos anteriores, a las Direcciones Regionales del Trabajo, les corresponde: 1. Absolver las consultas de las autoridades y funcionarios del trabajo y de las empresas y trabajadores de su jurisdicción en todo lo que se relacione a las leyes y reglamentos del trabajo; Las consultas realizadas por la empresa ECUADORTLC S.A. al Director Regional del Trabajo no se refieren a la aplicación de alguna Ley o reglamento del ámbito laboral, por lo tanto el Director Regional del Trabajo no debía absolver las referidas consultas por no estar dentro de sus atribuciones el hacerlo; y, peor aún como lo hace en el Oficio No. 029DRTQ-09-CRC, de 04 de febrero de 2009, otorgar facultades a la empresa ECUADORTLC S.A. que le permitan que impute a las utilidades de los empleados y personas que tengan derecho por el ejercicio del año 2008, el pago de las utilidades reclamadas por ex trabajadores de las empresas SKANSKA ECUADOR S.A., DAIMECUADOR S.A Y CONCLINA C.A., por los ejercicios económicos 2006-2007, sugiriendo que se lo haga aplicando la figura de anticipo de utilidades de acuerdo al Art. 108 del Código del Trabajo. Este acto administrativo, violenta garantías y derechos constitucionales expresamente señalados en los Art. 326 y 328 de la Constitución de la República del Ecuador; así como también contraviene los Arts. 4 y 5 del Código del Trabajo. El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras. Art. 328.- Las personas trabajadores del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades liquidadas de las empresas, de acuerdo con la ley... El oficio No. 029DRTQ-09-CRC, de 04 de febrero de 2009, suscrito por el Señor Doctor Genaro Cruz Abril, carece en absoluto de motivación, requisito constitucional y formal que todo acto administrativo debe presentar para tener plena validez, dentro del contenido del referido oficio no se encuentra un solo Artículo de Ley vigente que justifique que el Señor Director del Regional del Trabajo pueda otorgar facultades para que se retengan las utilidades de los trabajadores. Por lo tanto en apego al Art. 76 numeral 7 literal I

13 hec - 673
seiscientos

de la Constitución de la República del Ecuador, es nulo de nulidad absoluta, más aún cuando mediante este instrumento la empresa ECUADORTLC S.A., ha retenido de manera indebida el pago de las utilidades que por derecho les corresponden. "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. 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. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".- Con fecha 13 de marzo del 2009, por una parte, Javier Gremes a nombre y representación de la Compañía ECUADORTLC S.A. y de la compañía PETROBRAS ENERGIA ECUADOR S.A., en las calidades de Presidente y Apoderado General respectivamente, por otra parte los ex trabajadores de las compañías CONCLINA C. A. DAIMIECUADOR S.A Y SKANSKA ECUADOR S.A., elaboran y suscriben entre si tres "ACUERDOS TRANSACCIONALES" documentos en los cuales se aprecian los siguientes puntos: Acuerdo con SKANSKA S.A. 1.9.- Acuerdo con DAIMIECUADOR S.A. 1.6.- Y Acuerdo con CONCLUSA C.A. 1.3.- De conformidad con la absolución de consulta emitida por el Señor Director Regional del Trabajo de Quito, mediante oficio No. 029DRTQ-09-CRC con fecha 4 de febrero de 2009, que se agrega como habilitante, la compañía ECUADORTLC S.A., está habilitada y tiene derecho a deducir los valores pagados en exceso en el reparto de utilidades de los ejercicios 2006 y 2007, a los trabajadores propios, directos o intermediados de ECUADORTLC S.A., a quienes ésta pagó directamente sin la intervención del Ministerio de Trabajo y Empleo. En consecuencia, en virtud del proceso de imputación que ha sido admitido y autorizado por las Autoridades del Trabajo. Conforme consta de la absolución de consulta antes aludida, la compañía ECUADORTLC S.A. está habilitada y tiene derecho a tomar de los fondos correspondientes al 15% de participación laboral generados en el ejercicio económico 2008, los recursos necesarios para atender los pagos relacionados con los reclamos de los ex trabajadores de CONCLINA C.A., DAIMIECUADOR S.A Y SKANSKA ECUADOR S.A. - Dado que el 15% de las utilidades de la compañía ECUADORTLC S.A. es una cantidad fija única y global que corresponde a cada ejercicio económico y que no puede variar por causas posteriores, las partes que suscribimos la presente acta manifestamos nuestro acuerdo en que los valores correspondientes al 15% de las utilidades liquidadas de ECUADORTLC S.A. por los ejercicios económicos 2006 y 2007 determinados en el anexo a la presente acta, sean reliquidados contra los valores correspondientes al 15% de la participación laboral del ejercicio 2008 y posteriores. En cualquier caso, las partes que suscribimos este escrito reconocemos el derecho que tiene ECUADORTLC S.A. a reliquidar el valor de la participación laboral en las utilidades de ejercicios anteriores con el valor de la participación laboral en las utilidades del ejercicio 2008 y posteriores y a proceder a las compensaciones necesarias respecto de las personas que recibieron esas participaciones en exceso respecto de los ejercicios económicos 2006 y 2007.- Ante la petición realizada por el Representante Legal de ECUADORTLC SA. PETROBRAS; y, los ex trabajadores de CONCLINA C.A., DAIMIECUADOR S.A. Y SKANSKA ECUADOR SA., al Ministro del Trabajo a fin de que apruebe y solemnice el acuerdo transaccional celebrado entre ellos; mediante oficio No. 00171 DMTE/2009, de fecha 07 de abril de 2009, dirigido al señor Javier Gremes Cordero, Representante Legal ECUADORTLC S.A. y PETROBRAS, el Abogado Tito Palma Caicedo Ministro del Trabajo y Empleo (e), responde en los siguientes términos: (ANEXO II) "2.- Los acuerdos transaccionales en mención han sido celebrados entre la empresa de su representación y un grupo de ex trabajadores de SKANSKA S.A.;

DAIMIECUADOR S.A. y CONCLINA S.A., no habiendo participado en dicho acuerdo los demás trabajadores activos que de conformidad con la ley tienen derecho a participar de dichas utilidades y que al parecer el acuerdo podría estar afectando a sus derechos e intereses, sin que en ninguna parte se deje a salvo tales derechos frente a eventuales reclamos que puedan formularse." 3.- Las partes que suscriben el acuerdo están en absoluta libertad de resolver sus diferencias, llegar a acuerdos y cumplir con las disposiciones emanadas de las autoridades de este Ministerio, pero de ninguna manera pueden soslayar o desconocer el derecho que pudiera asistirles a otros trabajadores o a terceros. 5.- Los acuerdos a los que han llegado las partes, solo las obliga a ellas y no a terceros, por lo que pueden ejecutar sus acuerdos bajo su absoluta responsabilidad sin que sea competencia de este Ministerio solemnizar ni aprobar el mismo, como se solicita." "7.- En mérito de lo expuesto, se deniega lo solicitado en sus respectivas comunicaciones de fecha 13 de marzo de 2009." El numeral 1 del Art. 326 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o Juez competente. En el presente caso los ACUERDOS TRANSACCIONALES CELEBRADOS ENTRE LOS REPRESENTANTES DE ECUADORTLC S.A. Y LOS EX TRABAJADORES SKANSKA ECUADOR S.A., DAIMIECUADOR S.A. Y CONCLINA C.A., violan de manera flagrante nuestros derechos constitucionales como bien el Ministro del Trabajo lo hace notar, es inadmisibles que las partes que intervinieron en la celebración de estas actas de mutuo acuerdo, solucionen sus diferencias comprometiendo los recursos económicos de terceros. Art. 10 del ESTATUTO DEL REGIMEN JURIDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA.- Subordinación jerárquica y política.- Todos los órganos y autoridades de la Administración Pública Central que conforman la Función Ejecutiva se hallan sometidos a la jerarquía del Presidente de la República y a la de los respectivos ministros de Estado. Sin embargo que el Ministro del Trabajo niega la petición de aprobar y solemnizar las actas transaccionales realizadas entre ECUADORTLC S.A. PETROBRAS; y, los ex trabajadores de CONCLINA C.A., DAIMIECUADOR S.A. Y SKANSKA ECUADOR S.A., de manera insólita la Inspección del Trabajo de Pichincha, y la Dirección Regional del Trabajo y Mediación Laboral, emiten sendas providencias y autos en las cuales desobedeciendo la negativa del Ministro del Trabajo; y, violentando lo que establece el Artículo 10 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, acoge el acuerdo transaccional y dispone se proceda a la distribución y pago de las utilidades de los años 2006 y 2007, providencias que para un mayor entendimiento me permito transcribir en sus partes pertinentes: "INSPECCION DEL TRABAJO DE PICHINCHA.- Quito, 14 de abril del 2009.- Las 16h30.- El Acuerdo transaccional al que han llegado ECUADORTLC S.A. y los ex trabajadores de SKANSKA ECUADOR S.A., que protocolizado por el Notario Público Trigésimo Segundo del Cantón Quito bajo el No. 1543 en esta fecha, ha sido presentado a esta autoridad para su aprobación. De la revisión del mismo se establece que el mencionado acuerdo no contraviene norma constitucional o legal alguna, ni conlleva renuncia de derechos de los trabajadores. En consecuencia, el suscrito Inspector del Trabajo de Pichincha, en estricta aplicación al mandato contenido en el artículo 326 numeral 11 de la República del Ecuador, el artículo 5 del Código del Trabajo y del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, lo acoge en todas sus partes " "INSPECCION DEL TRABAJO DE PICHINCHA.- Quito, 14 de abril del 2009.- Las 16h40.- El Acuerdo transaccional al que han llegado ECUADORTLC S.A. y los ex trabajadores de DAIMIECUADOR S.A., que protocolizado por el Notario Público Trigésimo Segundo del Cantón Quito bajo el No. 1543 en esta fecha, ha sido presentado a esta autoridad para su aprobación. De la revisión del mismo se establece que el mencionado acuerdo no contraviene norma constitucional o legal alguna, ni conlleva renuncia

de dere
Pichin
Repúbl
Jurídico
"INSP
El Acu
CONC
Quito
De la
constit
"DIRE
Quito,
trámite
Jorge
conten
Jurídico
del 15º
años 20
Bloque
a trave
REGIO
del 20º
visto e
Inspec
Const
Admin
de pa
2006
Bloque
a trave
I FOJ
QUITO
siguie
dictad
las ati
del R
distric
econó
Cons
referi
(ANE
Minis
negac
ECU
DAIM
QUE
confc
acue
autos

M. Cotarce - 6.74 -
jefe de oficina de la Inspección del Trabajo de Pichincha

de derechos de los trabajadores En consecuencia; el suscrito Inspector del Trabajo de Pichincha, en estricta aplicación al mandato contenido en el artículo 326 numeral 11 de la República del Ecuador, el artículo 5 del Código del Trabajo y del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, lo acoge en todas sus partes:

"INSPECCION DEL TRABAJO DE PICHINCHA.- Quito, 14 de abril del 2009.- Las 16h50.- El Acuerdo transaccional al que han llegado ECUADORTLC S.A. y los ex trabajadores de CONCUNA C.A., que protocolizado por el Notario Público Trigésimo Segundo del Cantón Quito bajo el No. 1543 en esta fecha, ha sido presentado a esta autoridad para su aprobación. De la revisión del mismo se establece que el mencionado acuerdo no contraviene norma constitucional o legal alguna, ni conlleva renuncia de derechos de los trabajadores"

"DIRECCION REGIONAL DEL TRABAJO Y MEDIACION LABORAL DE QUITO.- Quito, 15 de abril del 2009.- Las 15h2L- VISTOS.- Atento el estado de la causa y siguiendo el trámite de Ley, visto el acuerdo al que han llegado las partes providencia dictada por el Dr. Jorge Aguirre Inspector del Trabajo de Pichincha, esta autoridad en uso de las atribuciones contenidas en la Constitución de la República, Código del Trabajo y Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dispone se proceda a la distribución y pago del 15% de participación de las utilidades generadas durante los ejercicios económicos de los años 2006 y 2007 por las empresas PETROBRAS y ECUADORTLC, del Consorcio Petrolero Bloque 18, a favor de los trabajadores que prestaron sus servicios para las referidas empresas a través de la compañía DAIMIECUAPOR S.A.al tenor del acuerdo realizado"

"DIRECCION REGIONAL DEL TRABAJO Y MEDIACION LABORAL DE QUITO.- Quito, 15 de abril del 2009.- Las 15h37.- VISTOS.- Atento el estado de la causa y siguiendo el trámite de Ley, visto el acuerdo al que han llegado las partes y providencia dictada por el Dr. Jorge Aguirre Inspector del Trabajo de Pichincha, esta autoridad en uso de las atribuciones contenidas en la Constitución de la República, Código del Trabajo y Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dispone se proceda a la distribución y pago del 15% de participación de las utilidades generadas durante los ejercicios económicos de los años 2006 y 2007 por las empresas PETROBRAS y ECUADORTLC, del Consorcio Petrolero Bloque 18, a favor de los trabajadores que prestaron sus servicios para las referidas empresas a través de la compañía SKANSKA ECUADOR S.A.al tenor del acuerdo realizado (ANEXO I FOJAS 9)"

"DIRECCION REGIONAL DEL TRABAJO Y MEDIACION LABORAL DE QUITO.- Quito, 15 de abril del 2009.- Las 15h49.- VISTOS.- Atento el estado de la causa y siguiendo el trámite de Ley, visto el acuerdo al que han llegado las partes y providencia dictada por el Dr. Jorge Aguirre Inspector del Trabajo de Pichincha, esta autoridad en uso de las atribuciones contenidas en la Constitución de la República, Código del Trabajo y Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dispone se proceda a la distribución y pago del 15% de participación de las utilidades generadas durante los ejercicios económicos de los años 2006 y 2007 por las empresas PETROBRAS v ECUADOR TLC, del Consorcio Petrolero Bloque 18, a favor de los trabajadores que prestaron sus servicios para las referidas empresas a través de la compañía CONCLINA C.A .al tenor del acuerdo realizado (ANEXO I FOJAS 10)".- Como se puede apreciar con meridiana claridad funcionarios del Ministerio del Trabajo pasando por sobre la autoridad del Ministro del Trabajo quien había negado la petición de aprobar y solemnizar los acuerdos transaccionales realizados entre ECUADORTLC S.A.; y, los ex trabajadores de las empresas CONCLINA C.A., DAIMIECUADOR S.A. Y SKANSKA ECUADOR S.A., POR CUANTO SE CONSIDERO QUE: "no habiendo participado en dicho acuerdo los demás trabajadores activos que de conformidad con la ley tienen derecho a participar de dichas utilidades y que al parecer el acuerdo podría estar afectando a sus derechos e intereses, " al haber emitido las providencias y autos de manera ilegal, siendo estos actos administrativos (providencias y autos) carentes en

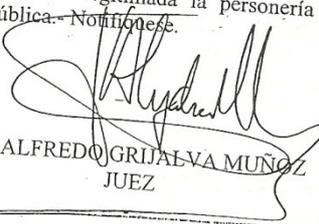
15 quinientos sesenta y siete

las utilidades de los trabajadores se deberá también reliquidar las utilidades recibidas por los accionistas de ECUADORTLC S.A.; y, esto será competencia de un juez quien deberá establecer los ingresos que en exceso han recibido trabajadores y accionistas, establecer liquidaciones y montos a ser devueltos para cancelar las utilidades reclamadas por los ex trabajadores de SKANSKA ECUADOR S.A., DAIMIECUADOR S.A. Y CONCLINA C.A.-
NORMAS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE HAN SIDO VULNERADOS.- Los actos administrativos emanados de los funcionarios del Ministerio del Trabajo, señalados en los antecedentes que se exponen en esta acción de protección, violan Derechos Constitucionales por acción y omisión, violaciones por las que deberán responsabilizarse los respectivos funcionarios y que son las siguientes: Se nos ha conculcado el derecho protegido por el Art. 75 de la Constitución de la República de Ecuador, en cuanto se nos ha negado una tutela efectiva, imparcial y expedita de nuestros derechos e intereses. El Oficio no.029DRTO-09-CRC, de fecha 04 de febrero de 2009; violenta los siguientes Derechos Garantías y Normas Constitucionales. Art. 326 de la Constitución de la República del Ecuador.- el derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. Art. 328 de la Constitución de la República del Ecuador señala en su último párrafo: "Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley... Art. 328 de la Constitución de la República de Ecuador, en concordancia con el Art. 109 del Código del Trabajo que de manera expresa señalan que la participación de utilidades tendrá las mismas garantías que la remuneración; y, que por mandato Constitucional es inembargable. * El Art. 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República del Ecuador, pues el oficio en referencia es carente en absoluto de motivación, al no existir norma legal que faculte la retención de los valores de utilidades de los trabajadores. Se ha violentado adicionalmente los que se establece en los Arts. 226, 227, 424, 425, 426 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador. LAS PROVIDENCIAS Y AUTOS EMITIDOS POR EL DIRECTOR REGIONAL DEL TRABAJO Y POR EL INSPECTOR DEL TRABAJO VIOLENTAN LOS SIGUIENTES DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES. Al haber emitido providencias y autos para validar actas de acuerdo que violentan normas constitucionales y violan derechos y garantías constitucionales de terceros se han violados los siguientes artículos de la Constitución de la República del Ecuador. "INSPECCION DEL TRABAJO DE PICHINCHA.- Quito, 14 de abril del 2009.- Las 16h30.- "INSPECCION DEL TRABAJO DE PICHINCHA.- Quito, 14 de abril del 2009.- Las 16h40.- "INSPECCION DEL TRABAJO DE PICHINCHA.- Quito, 14 de abril del 2009.- Las 16h50.- "DIRECCION REGIONAL DEL TRABAJO Y MEDIACION LABORAL DE QUITO.- Quito, 15 de abril del 2009.- Las 15h2L- Vistos.- "DIRECCION REGIONAL DEL TRABAJO Y MEDIACION LABORAL DE QUITO.- Quito, 15 de abril del 2009.- Las 15h37.- Vistos.- "DIRECCION REGIONAL DEL TRABAJO Y MEDIACION LABORAL DE QUITO.- Quito, 15 de abril del 2009.- Las 15h49.- Vistos.- Art. 326.- el derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 2. Los derechos laborales son irrenunciables e Intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente. Art. 328 de la Constitución de la República del Ecuador señala en su último párrafo: "Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley... Art. 328 de la Constitución de la República de Ecuador, en concordancia con el Art. 109 del Código del Trabajo que de manera expresa señalan que la participación de utilidades tendrá las mismas garantías que la remuneración; y, que por mandato Constitucional es Inembargable. El Art. 76 numeral 7 literal í de la Constitución de la República del Ecuador, pues el oficio en referencia

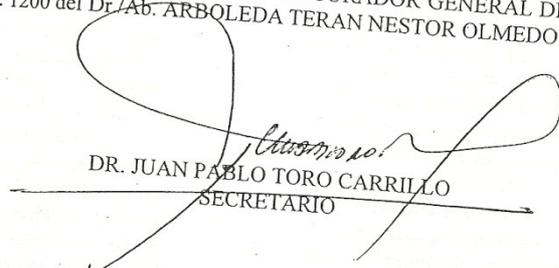
16
función pública y juez

mediante oficios No. 180-2010PT, 177-2010PT y 181-2010PT; de fecha: Quito, 23 de Febrero del 2010, de fs. 20 a 25 de los autos, dirigidos a los señores: Jefe de Inspectores de Trabajo de Quito, Director Regional del Trabajo, Ministro de Relaciones Laborales, y Procurador General del Estado.- Practicada la audiencia para resolver se considera: PRIMERO.- No se han omitido solemnidades sustanciales que motiven la nulidad procesal, en consecuencia se declara su validez.- SEGUNDO.- El Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone: Que "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.", En la especie los accionantes pretenden que se declare la nulidad del Oficio No. 029 DRTQ-09-CRC, de fecha 04 de Febrero de 2009, las providencias emitidas el 14 de Abril del 2009 por la Inspección de Trabajo de Pichincha y autos de la Dirección Regional del Trabajo y Mediación Laboral de Quito, mediante las cuales absolvió las consultas del Representante Legal de ECUADORTLC y aceptó los acuerdos transaccionales realizados entre ECUADORTLC S.A. PETROBRAS; y, los ex trabajadores de CONCLINA C.A. DAIMIECUADOR S.A. y SKANSKAECUADOR S.A. porque vulnera sus derechos protegidos en los Arts. 326, 328, 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 109 del Código de Trabajo.- TERCERO.- Del proceso se desprende que previo a los actos impugnados con esta acción, ante el reclamo de los ex empleados de las empresas DAIMIECUADOR S.A, SKANSKA y CONCLINA C.A, el Ministerio de Trabajo ordenó mediante Acta de juzgamiento No. 010-2008 (Fs. 318 a 324), Resolución de 24 de Octubre del 2007 (Fs. 476 a 479), Resolución No. 02-DRTQ-09GT de fecha 06 de Febrero del 2009 Fs. 641 a 645 que PETROBRAS ECUADOR TLC S.A. que estos trabajadores sean asumidos como trabajadores directos por lo que tienen derecho a participar del porcentaje legal de utilidades del ejercicio económico 2006 y 2007, debiendo la empresa realizar la liquidación. Por lo que los actos impugnados, emitidos dentro de estos expedientes fueron en ejecución de tales Resoluciones y en garantía de los derechos laborales de los reclamantes, quienes al ser asumidos como trabajadores directos de PETROBRAS ECUADOR TLC S.A. tenían también derecho a participar en el 15% de las utilidades líquidas de la empresa, de acuerdo a lo establecido en el Art. 97 del Código del Trabajo y Art. 328 inciso 6 de la Constitución de la República del Ecuador, entendiéndose por utilidad líquida la suma de los ingresos logrados por la empresa durante el ejercicio fiscal determinado, menos costos, gastos, egresos y deducciones ordenadas o autorizadas por la Ley, por lo que este valor seguiría siendo el mismo al ya calculado con el cual se liquidó a los accionantes de esta causa pero existiendo más beneficiarios, haciéndose imprescindible una reliquidación.- CUARTO.- El Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece: "La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado", en la especie se observa que existe otros mecanismos de defensa adecuados para proteger su presunto derecho vulnerado, esto es, la pertinente vía administrativa o judicial ordinaria, especialmente y conforme lo establece el Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo Contencioso Administrativo: 1. Conocer y resolver las controversia que se suscitaren entre la

administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales.... 2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos... 4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas;", Por lo expuesto y con fundamento en el Art. 42 numerales 3 y 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional "ADMINISTRANDOS JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", se rechaza la Acción de Protección, presentada por SEGUNDO GERARDO CAJAMARCÁ CALLE PABLO ANTONIO FLORES CUEVA, CARLOS FERNANDO ENMANUEL ORTIZ OSCAR MAURICIO ISCH DAVALOS, PABLO EDUARDO SUAREZ RAMOS, PAOLA ANDREA PROANO SALGADO, JANNÍSE PAOLA MEJIA COBO y ADOLFO BENITO CABRERA RIVADENEIRA en contra de los señores: Ministro de Relaciones Laborales, Inspector del Trabajo de Quito.- Se deja a salvo el derecho de los accionantes para recurrir en la vía que corresponda.- Se declara legitimada la personería de los profesionales que intervinieron en la Audiencia Pública.- Notifíquese.


DR. ALFREDO GRIJALVA MUÑOZ
JUEZ

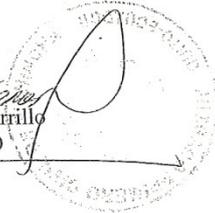
En Quito, a primero de Marzo del dos mil diez, siendo las diecisiete horas con treinta minutos, notifiqué con la sentencia que antecede; a CAJAMARCA CALLE SEGUNDO GERARDO en el casillero Nro. 3897; FLORES CUEVA PABLO ANTONIO, ENMANUEL ORTIZ CARLOS FERNANDO, ISCH DAVALOS OSCAR MAURICIO, SUAREZ RAMOS PABLO EDUARDO, PROANO SALGADO PAOLA ANDREA, MEJIA COBO JANNISE PAOLA, CABRERA RIVADENEIRA ADOLFO BENITO en el casillero Nro. 3897 del Dr./Ab. VILLARRUEL RAMIREZ ROBERT OSWALDO, MINISTRO DE RELACIONES LABORALES-ESPINOSA GUZMAN RICHARD, MINISTRO DE TRABAJO-GAGLIARDO VALAREZO ANTONIO, DIRECTOR GENERAL DE TRABAJO DE QUITO-CRUZ ABRIL GENARO, INSPECTOR DEL TRABAJO DE QUITO-AGUIRRE RIVADENEIRA JORGE en el casillero Nro. 1473 del Dr./Ab. VISCARRA TORRES VICTOR GABRIEL; PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO en el casillero Nro. 1200 del Dr./Ab. ARBOLEDA TERAN NESTOR OLMEDO. - Certifico.


DR. JUAN PABLO TORO CARRILLO
SECRETARIO

17 Decifit

Razón: Las 5 (cinco), foto copias de la Sentencia que antecede, es igual a su original, la misma que se encuentra dentro del juicio ACCION DE PROTECCION No.212-2010-PT, propuesto por Segundo Gerardo Cajamarca Calle, Pablo Antonio Flores Cueva, Carlos Fernando Emmanuel Ortiz, Oscar Mauricio Isch Dávalos, Pablo Eduardo Suarez Ramos, Paola Andrea Proaño Salgado, Jannise Paola Mejía Cobo y Adolfo Benito Cabrera Rivadeneira, en contra de señor Richard Espinosa Guzman, en su condición de Ministro de Relaciones Laborales; del Ab. Antonio Gagliardo Valarezo, en su condición de Ministro de Trabajo; de Dr. Genaro Cruz Abril, Director Regional de Trabajo de Quito; y del Dr. Jorge Aguirre Rivadeneira, Inspector de Trabajo de Quito. Quito, 1 de Febrero de 2011. Certifico.

Dr. Juan Pablo Toro Carrillo
EL SECRETARIO

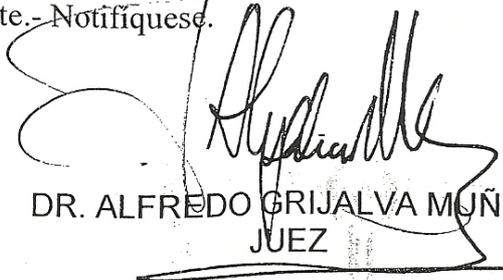


derechos
Conoce
Administrativo
gado que
personas
s 3 y 4 de
RANDO
Y. POR
e rechaza
CALLE,
ORTIZ,
PAOLA
BENITO
aborales,
Quito; e
ocurrir en
ales que

treinta
GUNDO
MANUEL
RAMOS
ANNISE
397 del
SIONES
DE
L DE
NO DE
Dr./Ab.
DO en
fifico.

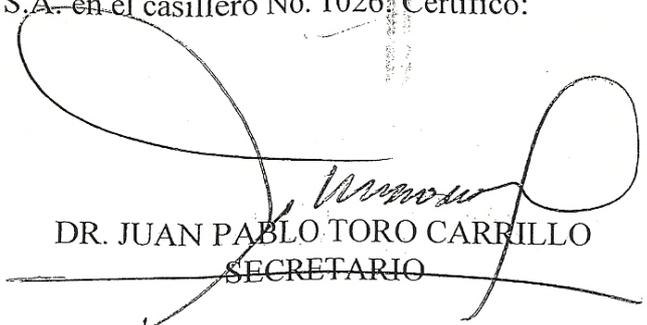
18 dic

JUZGADO PRIMERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Quito, martes 1 de febrero del 2011, las 10h56. **VISTOS:** En mérito de la copia certificada que adjunto justifico haber resuelto una acción conexas con la que es materia de la presente litis. En tal virtud y de conformidad al Art. 856 numeral sexto del Código de Procedimiento Civil, me excuso del conocimiento del juicio ORDINARIO N° 55-2011-MG, propuesto por Gremes Cordero Javier en calidad de Gerente General y representante legal de ECUADORTLC S.A., en contra de Paola Andrea Proaño Salgado, Jannise Paola Mejía Cobo, Oscar Mauricio Isch Dávalos, Pablo Antonio Flores Cueva, Carlos Fernando Enmanuel Ortiz, Segundo Gerardo Cajamarca Calle, Pablo Eduardo Suárez Ramos y Adolfo Benito Cabrera Rivadeneira. En consecuencia, se dispone que por Secretaría se remita en forma inmediata el aludido proceso, a la Oficina de Sorteos de esta jurisdicción, a fin de que previo sorteo, se radique la competencia para tramitar y resolver esta causa, ante otro de los señores Jueces de lo Civil de Pichincha con residencia en el cantón Quito.- Para descargo de Archivo y Secretaría, el Sr. Actuario obtenga fotocopias certificadas de todo el expediente.- Notifíquese.



DR. ALFREDO GRIJALVA MUÑOZ
JUEZ

En Quito, martes primero de febrero del dos mil once, a partir de las diecisiete horas y treinta minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el AUTO que antecede a: GREMES CORDERO JAVIER, REPRESENTANTES DE ECUADORTLC S.A. en el casillero No. 1026. Certifico:



DR. JUAN PABLO TORO CARRILLO
SECRETARIO

JUZGADO DECIMO TERCERO
DE LO CIVIL DE PICHINCHA

*Recibí en el D' 18
165*

JUZGADO PRIMERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.

Quito, 02 de Febrero del 2011
OF. No. 83-2011-JPCP-MG.

13

Señor.

JEFE DE SORTEOS Y CASILLEROS JUDICIALES,
Presente.

*Juzgado 5 Civil
Excmo Jefe
19 de febrero
01 cuerpo*

De mis consideraciones:

En dieciocho fojas útiles (18 fs), remito a usted el Juicio Ordinario No. 55-2011-MG., propuesto por Javier Gremes Cordero, Gerente General de ECUADORTLC S.A., en contra de Paola Andrea Proaño Salgado, Jannise Paola Mejía Cobo, Oscar Mauricio Isch Dávalos, Pablo Antonio Flores Cueva, Carlos Fernando Enmanuel Ortíz, Segundo Gerardo Cajamarca Calle, Pablo Eduardo Suárez Ramos y Adolfo Benito Cabrera Rivadeneira, en virtud de la providencia emitida el 01 de Febrero del 2011, a las 10h56, para los fines legales pertinentes.

Atentamente,

[Firma]
Dr. Juan Pablo Toro Carrillo
SECRETARIO

CABRERA RIVANEIRA, por cuanto habiéndome dirigido a la calle que consta en el libelo de la demanda, pude constatar que la numeración del inmueble no existe, la parte actora deberá presentar por escrito la dirección y nomenclatura actual impuesta por el Ilustre Municipio del Distrito Metropolitano, para realizar la diligencia en forma legal

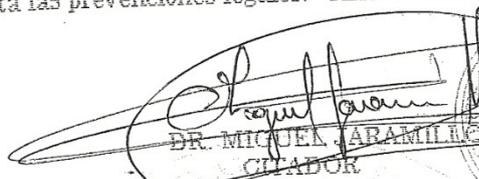
Quito, 02 de Mayo del. 2011. - Certifico.

~~AB. Henry Chavez Carrillo~~
CITADOR



cuente ytes 23

En Quito, hoy veintiseis de Abril del dos mil once, a las nueve horas diecisiete minutos CITE con el contenido de la presente Demanda, Providencia y todo lo actuado que antecede recaída al Señor (a) PAOLA ANDREA PROAÑO SALGADO en la calidad invocada, mediante PRIMERA BOLETA que le fije en la puerta de habitación en el interior del inmueble número 271 en la calle Los Comicios y la calle Azcunaga, departamento PH, bloque Escorial, lugar indicado personalmente por la parte actora. En la boleta consta las prevenciones legales. - CERTIFICO. -


DR. MIGUEL JARAMILLO
CIUDADOR

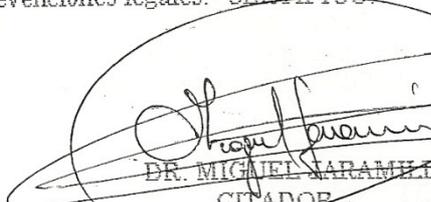


En Quito, hoy tres de Mayo del dos mil once, a las nueve horas cincuenta y seis minutos CITE con el contenido de la presente Demanda, Providencia y todo lo actuado que antecede recaída al Señor (a) PAOLA ANDREA PROAÑO SALGADO en la calidad invocada, mediante SEGUNDA BOLETA que le fije en la puerta de habitación en el interior del inmueble número 271 en la calle Los Comicios y la calle Azcunaga, departamento PH, bloque Escorial, lugar indicado personalmente por la parte actora. En la boleta consta las prevenciones legales. - CERTIFICO. -


DR. MIGUEL JARAMILLO
CIUDADOR

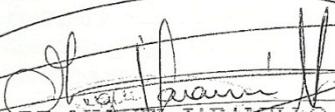


En Quito, hoy cuatro de Mayo del dos mil once, a las nueve horas cincuenta y siete minutos CITE con el contenido de la presente Demanda, Providencia y todo lo actuado que antecede recaída al Señor (a) PAOLA ANDREA PROAÑO SALGADO en la calidad invocada, mediante TERCERA BOLETA que le fije en la puerta de habitación en el interior del inmueble número 271 en la calle Los Comicios y la calle Azcunaga, departamento PH, bloque Escorial, lugar indicado personalmente por la parte actora. En la boleta consta las prevenciones legales. - CERTIFICO. -


DR. MIGUEL JARAMILLO
CIUDADOR



En Quito, hoy veintiséis de Abril del dos mil once, a las quince horas quince minutos, CITE con el contenido de la presente Demanda, Providencia y todo lo actuado que antecede recaída al Señor (a) SEGUNDO GERARDO CAJAMARCA CALLE, en la calidad invocada, mediante PRIMERA BOLETA que le fije en la puerta de habitación en el interior del Conjunto Habitacional Balcones del Bosque, casa B 7 ubicado en la calle 1 y Av. Edmundo Carvajal, lugar indicado personalmente por la parte actora. En la boleta consta las prevenciones legales. - CERTIFICO. -


DR. MIGUEL JARAMILLO
CITADOR

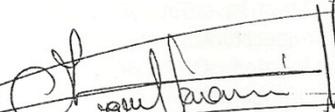


En Quito, hoy veintisiete de Abril del dos mil once, a las once horas siete minutos, CITE con el contenido de la presente Demanda, Providencia y todo lo actuado que antecede recaída al Señor (a) SEGUNDO GERARDO CAJAMARCA CALLE, en la calidad invocada, mediante SEGUNDA BOLETA que le fije en la puerta de habitación en el interior del Conjunto Habitacional Balcones del Bosque, casa B 7 ubicado en la calle 1 y Av. Edmundo Carvajal, lugar indicado personalmente por la parte actora. En la boleta consta las prevenciones legales. - CERTIFICO. -


DR. MIGUEL JARAMILLO
CITADOR



En Quito, hoy veintinueve de Abril del dos mil once, a las catorce horas cuarenta y cinco minutos, CITE con el contenido de la presente Demanda, Providencia y todo lo actuado que antecede recaída al Señor (a) SEGUNDO GERARDO CAJAMARCA CALLE, en la calidad invocada, mediante TERCERA BOLETA que le fije en la puerta de habitación en el interior del Conjunto Habitacional Balcones del Bosque, casa B 7 ubicado en la calle 1 y Av. Edmundo Carvajal, lugar indicado personalmente por la parte actora. En la boleta consta las prevenciones legales. - CERTIFICO. -


DR. MIGUEL JARAMILLO
CITADOR





Dr. Mauricio Estrella C.

SEÑOR JUEZ DECIMO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.-

CAUSA No. 0165-2011-VIRGINIA GARCIA

SEGUNDO GERARDO CAJAMARCA CALLE, ecuatoriano, de 52 años de edad, de estado civil casado, de profesión Ingeniero Eléctrico, domiciliado en esta ciudad de Quito, en el infundado, malicioso y temerario juicio de responsabilidad civil extracontractual y pago de daños y perjuicios propuesto por JORGE JAVIER GREMES CORDERO, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de ECUADORTLC S.A., tanto en mi contra como de otros, dentro del término legal que tengo para contestar la demanda lo hago en los siguientes términos:

Niego total, rotunda y enfáticamente los fundamentos de hecho y de derecho que ha plasmado en su seudo demanda el actor de este malicioso juicio conforme voy a demostrar.

En la primera parte de su demanda el actor manifiesta: " El 18 de Febrero de 2010, los demandados presentaron ante el Señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha la ACCION DE PROTECCION identificada con el número 17301-2010-0212 en contra de las siguientes autoridades públicas: Señor Ministro de Relaciones Laborales, Richard Espinosa Guzmán, señor Ministro del Trabajo, Abogado Antonio Gagliardo Valarezo, señor Director Regional del Trabajo de Quito, Doctor Genaro Cruz Abril y señor Inspector del Trabajo de Quito, Doctor Jorge Aguirre Rivadeneira. La acción de protección tenía como propósito el que se deje sin efecto un acto de simple administración, (las negrillas me pertenecen), el oficio número 029DRTO-09-CRC de 4 de febrero del 2009, firmado por el señor Genaro Cruz Abril, Director Regional del Trabajo de Quito, por el que se absolvieron ciertas consultas formuladas por ECUADORTLC (i);y, varios actos administrativos del señor Inspector de Trabajo de Pichincha, por los que se formalizaron ciertos acuerdos transaccionales en los que intervino ECUADOR TLC como parte (ii). A pesar de que el oficio del Director Regional del Trabajo de Quito y los actos administrativos del señor Inspector del Trabajo de Pichincha se originaban en peticiones de ECUADORTLC y/o se referían a derechos de ECUADORTLC y/o producían efectos que beneficiaban a ECUADORTLC y/o reconocían la validez de contratos transaccionales que generaban derechos y obligaciones a ECUADORTLC y/o afectaban los derechos y legítimos intereses de ECUADOR TLC, los actores de la acción de protección omitieron deliberadamente contar en ese proceso con ECUADORTLC, con el propósito de facilitar la consecución de sus pretensiones procesales, que envolvían un interés económico final consistente en cobrar a ECUADORTLC supuestos derechos laborales, evitando así que mi representada ejerza el derecho constitucional a la defensa en ese proceso, en el cual se disputaron a sus espaldas intereses y derechos que le eran propios"

En esta primera parte Señor Juez, cabe revisar la disposición contenida en el Art. 88 de la Constitución Ecuatoriana que dice: " La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y, cuando la

violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación". Del análisis de esta disposición y de lo manifestado por el actor se puede apreciar claramente la mala fé e incongruencia con la que actúa en calidad de supuesto actor. Si la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y puede interponerse cuando existe una vulneración de derechos constitucionales; y, la Acción de Protección propuesta por el compareciente y por los demás demandados ha sido aceptada en sentencia; entonces, ha sido reconocido que se ha vulnerado derechos constitucionales. Nuestra pretensión de que se deje sin efecto los actos administrativos que violaron nuestros derechos ha sido recogida por parte de los Señores Jueces de la H. Corte Provincial; y no hemos tenido ningún interés de tipo económico como quiere hacer aparecer el actor; detrás de esa pretensión no ha existido ninguna otra, que no sea dejar sin efecto los actos administrativos mediante los cuales funcionarios del Ministerio de Relaciones Laborales (Ministerio del Trabajo y Empleo de aquella época) facultaron a la Empresa ECUADORTLC S.A. para que retenga los valores que por utilidades del ejercicio del año económico 2008 nos correspondían; y, solemnizaron y legalizaron acuerdos transaccionales suscritos entre particulares como son ECUADORTLC S.A. y los EX - TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS SKANSKA ECUADOR S.A., DAIMIECUADOR S.A. Y CONCLINA C.A., pasando por encima de la máxima autoridad de esa cartera de estado quien anteriormente había negado las peticiones realizadas por ECUADORTLC S.A., debido a que la normativa laboral no contemplaba la posibilidad de que se pueda exigir la devolución de utilidades ya pagadas a los trabajadores en años anteriores; y, por cuanto el contenido de los acuerdos transaccionales era atentatorio a los derechos de terceros que no habían sido tomados en cuenta al momento de la celebración de los referidos acuerdos, puesto que nosotros somos titulares de los derechos laborales como trabajadores que fuimos de ECUADORTLC S.A.; y, que al haber generado estos actos administrativos, las autoridades administrativas laborales, habían violado nuestros derechos constitucionales; es decir que quienes violaron las disposiciones constitucionales fueron las autoridades administrativas del Ministerio de Relaciones Laborales (Ministerio del Trabajo), en contubernio con ECUADORTLC S.A. para perjudicar intereses y derechos legítimos de los trabajadores, por lo tanto resulta que ahora los pájaros contra las escopetas, puesto que como reclamamos la reivindicación de nuestros derechos y fue aceptada nuestra Acción de Protección, lo que se dejó sin efecto precisamente fueron esos actos administrativos que eran producto de la violación de una serie de derechos constitucionales, entre los que también se debe contar aquel, que se refiere a que nos dejaron en indefensión, puesto que ECUADORTLC al suscribir acuerdos transaccionales y el Ministerio de Relaciones Laborales al solemnizar dichos acuerdos transaccionales respecto de derechos de terceros (en este caso) de nuestros derechos; sin que nosotros hayamos sido partícipes de tales acuerdos. Cómo es esto?: Cuando perjudicamos a los demás no contamos con su presencia y menos con su anuencia. Negociamos derechos de terceros sin importar las consecuencias. Pero cuando mediante sentencia judicial, el Señor Juez dispone que aquellos actos violatorios de derechos constitucionales quedan sin efecto tenemos las agallas para demandar porque no hemos

STRELLA
Abogados

sido
Por
El
pro
dis
rech
EC
cert
juic
para
dere
den
Mir
Insp
ning
rete
acue
máx
pro
dere
todo
al at
La
segu
de P
los r
auto
dem
S.A.
paga
anál
acue
deja
Repr
abus
func
se c
reter
esto
Cort
por c
refer
que
que
artí
en e

... sido parte de una Acción de Protección y nos declaramos anticipadamente inocentes?. Por favor Señor Juez, es la perogrullada más audaz que se pueda observar. El actor del juicio habla de que el accionar de los demandados es constitutivo de dolo procesal, pues envuelve un uso abusivo del Derecho con el propósito de eludir la disputa lícita en lo procesal con la única contraparte a la cual podían plantear un reclamo judicial para el cobro de supuestos derechos laborales, como lo es ECUADORTLC en su calidad de ex empleadora de los demandados. Creo con toda certeza de que el uso abusivo del Derecho lo ha hecho y lo sigue haciendo el actor del juicio. No hemos de ninguna manera evitado comparecer ante la autoridad competente para demandar y solicitar la reparación integral, material e inmaterial de nuestros derechos constitucionales vulnerados. No hemos violado el debido proceso; hemos demandado al legítimo contradictor que en el caso que nos ocupa son las autoridades del Ministerio del Trabajo, Ministerio de Relaciones Laborales, Director del Trabajo e Inspector General del Trabajo, de ellos nacen los actos administrativos ilegítimos, pues ninguna de las autoridades mencionadas podían, facultar a un particular para que retenga las utilidades de los trabajadores; así como tampoco para legalizar y solemnizar acuerdos transaccionales celebrados entre particulares, menos aún cuando al respecto, la máxima autoridad de la época que era el Ministro de Trabajo y Empleo ya se había pronunciado negando las peticiones, puesto que podían perjudicar y vulnerar los derechos de los trabajadores, conforme dentro del término de prueba lo justificaré; en todo caso quienes violaron la Constitución fueron los servidores públicos mencionados al atribuirse funciones que no les compete.

La lección de Derecho Constitucional que trata de explicar en el párrafo tercero de la segunda hoja de la demanda, debería entenderla y practicarla el actor, ya que la Acción de Protección nos permite a los ciudadanos comunes y corrientes que no contamos con los medios económicos con que cuentan las grandes empresas para poder acudir ante las autoridades judiciales y pedir que se imparta justicia. Nosotros, el compareciente y demás demandados no tenemos ningún tipo de litigio con la empresa ECUADORTLC S.A., la mencionada empresa en calidad de empleadora nuestra tiene la obligación de pagar las utilidades anuales conforme dispone la Ley; eso no es materia de ningún análisis, ni controversia.-Lo que ECUADORTLC S.A. pretendió al suscribir los acuerdos transaccionales mencionados en líneas anteriores es violar nuestros derechos y dejar de reconocer tales utilidades que por derecho contemplado en la Constitución de la República del Ecuador y por obligación legal nos correspondía. El fraude procesal y abuso del derecho; la omisión de garantías del debido proceso, lo cometieron los funcionarios del Ministerio de Relaciones Laborales que permitieron que estos abusos se cometan al otorgar mediante actos administrativos facultades a la empresa para que retenga las utilidades y al legalizar y solemnizar acuerdos transaccionales cuando ya esto se había negado anteriormente, esto lo reconocieron los Señores Jueces de la H. Corte Provincial de Justicia, en sentencia que obligatoriamente tiene que ser ejecutada por disposición constitucional. La enunciación del Art. 2214 del Código Civil que hace referencia el actor en su demanda dispone: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito". De la simple lectura de este artículo podemos inferir que se trata de una disposición legal de la que vamos hacer uso en el momento oportuno; ya que si nuestra Acción de Protección fue aceptada en

empresa, lo que no acepta es que, los trabajadores hayan obtenido sentencia favorable, y ahora como la Ley dispone, una vez que los actos administrativos han quedado sin efecto, las cosas vuelvan a su estado anterior y ellos tengan que cumplir con la obligación de pagar las utilidades, y por lo tanto reembolsar los valores que fueron retenidos.

En relación al Numeral 2. De la demanda que se refiere a la Sentencia dictada el 1º de Julio del 2010, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales en que se dictó sentencia a favor de los actores de la acción de protección; pero exclusivamente con respecto al petitório de la demanda que había sido planteada por éstos, y mas no con respecto a ordenar a ECUADORTLC que pague valor alguno a los reclamantes. Es por demás obvio Señor Juez, que si se deja sin efecto los actos que violaron nuestros derechos constitucionales, se regresa al estado anterior y por lo tanto el hecho de que ECUADORTLC S.A., pague nuestras utilidades, no es consecuencia de ninguna Acción; ese es el DERECHO que nosotros en calidad de trabajadores tenemos por mandato constitucional; no es a los Señores Jueces Provinciales a quienes les corresponde disponer que se pague nuestras utilidades; ese es un derecho constitucional por haber prestado nuestros servicios personales en calidad de trabajadores de ECUADORTLC S.A.; derecho que fue conculcado por los actos administrativos generados por los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Empleo, actual Ministerio de Relaciones Laborales y que se han dejado sin efecto mediante sentencia constitucional dictada por los Señores Jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales dentro de la Acción de Protección signada con el número 369-2010 (segunda instancia) y que se encuentra debidamente ejecutoriada.

Cuando manifiesta que no se ha citado al Gerente de ECUADORTLC; y, que así se produjo su indefensión, debo manifestar a su autoridad que, el Acto Administrativo nace de los servidores públicos; y son ellos los legítimos contradictores en la Acción de Protección propuesta. ECUADORTLC S.A. no ha quedado en indefensión porque no se ha intentado ninguna acción en contra de la mencionada empresa. Cuando se deja sin efecto los actos administrativos, las cosas regresan a su estado anterior; y, en ese estado lo que corresponde constitucional y legalmente hablando es que la Empresa ECUADORTLC S.A. honre sus obligaciones en calidad de empleadora. El actor habla de una injusticia. LA INJUSTICIA se estaba cometiendo cuando a espaldas de los comparecientes, funcionarios públicos permitieron que mediante actos administrativos se vulneren nuestros derechos constitucionales, violando expresas disposiciones constitucionales y legales.

Señor Juez no cabe bajo ninguna circunstancia, la pretensión de ECUADORTLC S.A., de que se le debía haber citado dentro de la Acción de Protección que se propuso, puesto que ellos como particulares no realizaron acto alguno que vulneren nuestros derechos constitucionales, quienes dieron lugar a los actos administrativos que conculcaron nuestros derechos fueron funcionarios públicos del Ministerio del Trabajo; si se hubiese dado el caso que ECUADORTLC S.A., hubiera retenido nuestras utilidades sin contar con los actos administrativos que lo facultaron para poder hacerlo.

Dr. Mauricio Estrella C.

En el numeral 3 de la demanda el actor dice: "No obstante que la sentencia de la Corte no condenó a ECUADORTLC a nada, el 24 de diciembre de 2010 el Juez de la ejecución, señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha, en acatamiento por una dolosa petición de los actores de la Acción de protección, remitió a ECUADORTLC el oficio número 1581-2010-JPCP-DC, en el que dispone "...que en el término de cuarenta y ocho horas deposite -ECUADORTLC- las utilidades que les corresponde de acuerdo a la minuta y valores que obran a foja trece de los autos, reiterada en escrito de 1 de diciembre de 2010". Que absurda aseveración hace el actor de este infundado juicio. Si él, al exigirle el cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, basada en disposiciones constitucionales y legales, presenta esta perogrullada, cuanto más el Señor Juez de ejecución tiene la obligación de hacer cumplir la sentencia dictada por la Corte Provincial, que es producto de una acción de protección basada en las garantías constitucionales y apegada a derecho; que se ha ventilado cumpliendo todas las garantías del debido proceso. Las obligaciones que mantiene ECUADORTLC S.A. respecto al pago de nuestras utilidades, deben ser cumplidas de manera inmediata porque se refieren a utilidades que debían pagarse en el año 2009; es decir que a la fecha llevan dos años de mora; y, por lo tanto deberían cumplir con el 100% de recargo por incumplimiento. La acción constitucional de protección, está para reparar de manera inmediata el daño irrogado por la vulneración de derechos a los ciudadanos, por lo tanto no existe la dolosa petición de parte del compareciente y demás demandados al Señor Juez de primera instancia, que es el juez de ejecución de la sentencia; el Señor Juez, ni siquiera debía esperar que nosotros solicitemos tal pago, la reparación inmediata del daño causado es el pago inmediato de nuestros derechos consagrados en la Constitución; y el Señor Juez Constitucional, tiene la obligación de velar por el fiel cumplimiento de las garantías constitucionales.

Al referirme a la jurisprudencia a la que hace alusión el actor en relación a la falta de citación al Gerente, por sus propios derechos, y en la que se manifiesta que esta falta de citación produce indefensión, causando desventaja jurídica en relación a la otra parte, ocasionando una injusticia cometida por el juez, etc. Etc., realmente no merece siquiera la pena observarlo, porque dicha jurisprudencia no es aplicable al presente caso; con este aseveración lo que pretende el actor del juicio es inducir a engaño al juzgador lo cual está sancionado por la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y demás leyes pertinentes. En la Acción de protección propuesta por el compareciente y demás demandados se lo hizo en contra de los servidores públicos accionados, quienes son los responsables de los actos administrativos ilegítimos que vulneraron los derechos constitucionales. Al tratarse de una sentencia obviamente que no condena a NADIE, simplemente deja sin efecto tales actos administrativos, esto lo sabe un estudiante; con mucho más razón el profesional que patrocina la defensa del supuesto actor de este juicio, el resultado de la acción constitucional es reparar el derecho constitucional y humano violado y/o vulnerado; por lo tanto, la consecuencia jurídica es que ECUADORTLC S.A. reconozca los derechos violados es decir pague las utilidades que por ley correspondía a los trabajadores que prestaron sus servicios lícitos y personales a la EMPRESA.

En esta demanda se está cuestionando la actuación de los Señores Jueces tanto Provinciales como de primera instancia; y, en ninguna parte de esta demanda vemos que

hayan sido demandados también, como debían haberlo hecho si se sienten perjudicados por tal actuación.

Cuando el actor del juicio habla de una "petición dolosa", vale la pena recordarle la jurisprudencia contenida en la Gaceta Judicial No.- 11-IX-2000 (Resolución No. 350-2000, Primera Sala, R.O. 203, 14-XI-2000) que dice: "...

SEGUNDO.- Según nuestro ordenamiento legal, el que ha cometido un hecho ilícito que ha inferido daño a la persona o propiedad de otro incurre en la responsabilidad civil de pagar indemnización al agraviado. El hecho ilícito puede constituir las figuras jurídicas del delito o del cuasidelito. Delito es el hecho cometido con la intención de dañar, esto es, con dolo o malicia, que según la definición del último inciso del Art. 29 del Código Civil es la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Cuasidelito es el hecho ilícito cometido con culpa, que según el inciso tercero del mismo artículo es la falta de aquella diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. El mismo hecho ilícito, entonces, puede constituir delito o cuasidelito, de acuerdo con la circunstancia de haber sido cometido con malicia o dolo o sin él. De otro lado, el delito o cuasidelito puede ser penal o civil. El delito o cuasidelito es penal cuando el hecho ilícito está tipificado como infracción penal por la ley, y es civil en los demás casos. Por lo común el delito es penal, puesto que el dolo o malicia es uno de los elementos constitutivos de la acción penal; sin embargo, existen hechos dolosos que no están tipificados como infracciones por la ley penal, en cuyo caso, el hecho ilícito no obstante ser malicioso o doloso constituye únicamente delito civil.

TERCERO.- El ejercicio abusivo del derecho que ocasiona daño a la persona o patrimonio de otro puede constituir delito si dicho ejercicio se lo ha hecho con malicia y cuasidelito si lo ha hecho con culpa. Dentro del abuso del derecho, el Código de Procedimiento Penal contempla los casos de la denuncia y de la acusación particular maliciosas o temerarias. El Tribunal o Juez de lo Penal, en la sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento definitivo está obligado a calificar si la denuncia o acusación particular han sido maliciosas o temerarias, según corresponda. Así lo disponen expresamente los Arts. 245, 248 y 330 del Código de Procedimiento Penal. El condenado por temeridad pagará las costas judiciales así como las indemnizaciones y perjuicios y si el Juez también las hubiere calificado de maliciosas, el acusador o el denunciante responderá además con la infracción prevista en el Art. 494 del Código Penal, esto es prisión de dos meses a dos años y multa de 40 a 160 sucres (Art. 445 del Código de Procedimiento Penal).

CUARTO.- De acuerdo con la doctrina, consagrada por nuestro derecho positivo, los daños que puede sufrir una persona por un hecho ilícito se clasifican en dos grandes categorías: daños patrimoniales y daños morales, que no es sino la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en patrimoniales y extrapatrimoniales. Son derechos patrimoniales aquellos que poseen un valor pecuniario, o sea los que son susceptibles de ser apreciados adecuadamente en dinero. Son derechos extrapatrimoniales aquellos inherentes a la personalidad, como los de integridad física, integridad moral, afecciones, etc.; se adquieren o pierden con independencia a la voluntad y no admiten apreciación adecuada en dinero, así como también son inalienables e imprescriptibles. En cuanto a las características de los daños patrimoniales no hay discrepancias en la doctrina, no así en cuanto a los daños extrapatrimoniales en que las opiniones de los tratadistas se hallan divididas; algunos las caracterizan por los efectos que produce el hecho ilícito, otros, por la naturaleza del

bien lesionado y, los más, con el criterio de que son daños morales todos aquellos que no pueden ser patrimoniales. Nuestro Código Civil, en el art. 2241 establece la regla general de que: 'El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de que la pena que le impongan las leyes por el delito o el cuasidelito'. En el Art. innominado incorporado por la Ley No. 171, Título XXXIII del Libro Cuarto, De los Delitos y Cuasidelitos, caracteriza a los daños morales como los que provoquen sufrimiento psíquicos o físicos, como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Enumera, especialmente, entre los delitos y cuasidelitos que ocasionan daño moral a aquellos que manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación, las lesiones, la violación, el estupro, los atentados contra el pudor, los arrestos ilegales o arbitrarios y los procedimientos injustificados. QUINTO.- Al tratarse de una sentencia o auto en que el Juez o Tribunal Penal declara la denuncia o la acusación particular de temeraria, que es el caso sub lite, es necesario dilucidar cuál es el Juez competente para conocer y resolver la demanda en que se pretenda el pago de indemnización por daño moral. Según la definición del Art. 1 del Código de Procedimiento Civil: 'La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes. Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados'. La jurisdicción o potestad de administrar justicia es única, por tanto lo ideal sería que exista un solo Tribunal y Juez para administrar justicia en todo el territorio nacional; pero esto es prácticamente imposible, de allí que el Legislador haya tenido que distribuir la jurisdicción en numerosas porciones. Esta medida o porción de la jurisdicción distribuida entre los jueces y tribunales es lo que se llama competencia. La ley señala con precisión los límites del ámbito, esfera o campo de acción dentro del cual el Juez o Tribunal ha de ejercer su potestad jurisdiccional. Para Chiovenda, 'Competencia es el conjunto de causas sobre las cuales puede el órgano ejercer la fracción de jurisdicción'. Una de las fracciones o porciones en que se distribuye la jurisdicción es por razón de la materia, que se refiere a la naturaleza del asunto sometido al Juez o Tribunal; naturaleza que, a su vez, está determinada por las leyes sustanciales o materiales. La porción de jurisdicción por razón de la materia se subdivide a su vez en: competencia civil y penal; y en virtud de la cual los jueces civiles deben conocer los asuntos civiles y mercantiles y los jueces de lo penal, los asuntos penales. La indemnización por daños morales es un asunto eminentemente civil, sin embargo, por excepción a la regla, a los jueces de lo penal les corresponde conocer la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio abusivo del derecho por parte del denunciante o acusador particular. Así lo dispone clara y categóricamente, el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, que dice: 'En caso de sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo, si la acusación o denuncia han sido calificadas de temerarias, la demanda de indemnización de daños y perjuicios se sustanciará en la vía verbal sumaria y en cuaderno separado, ante el Presidente del Tribunal Penal o ante el Juez Penal, según el caso' SEXTO.- La Ley No. 171, publicada en el R.O. 779 de 4 de julio de 1984, que mandó a agregar tres artículos innominados al Título XXXIII, de los delitos y cuasidelitos, del Libro Cuarto del Código Civil, llenó el vacío que existía en nuestra legislación concerniente al daño moral; pero todas estas

disposiciones son de carácter sustantivo o material; en ninguna de sus partes reguló la competencia para conocer y resolver las demandas por daño moral, así como tampoco lo hizo acerca del procedimiento a seguirse. Es decir dejó intocadas las disposiciones procesales vigentes acerca de la competencia y el procedimiento a seguirse. Es sabido que la jurisdicción legal nace de la ley y ni en la Ley No. 171 ni en otro cuerpo legal se otorga competencia al Juez de lo Civil para conocer y resolver las demandas de indemnización por daño moral en el caso de que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento definitivo hubiesen calificado como temeraria la denuncia o la acusación particular. SÉPTIMO.- Se ha argumentado que las demandas por indemnización por daños materiales en el caso del abuso del derecho de la referencia deben ser conocidas por un Juez de lo Penal, y las denominadas indemnizaciones por daño moral deben ser conocidos por un Juez de lo Civil. Estos argumentos son completamente deleznable por estas razones: a) El Art. 162 del Código de Procedimiento Penal se refiere, en forma general a la indemnización de daños y perjuicios, no lo limita exclusivamente a los daños materiales, y donde la ley no distingue no puede distinguir el juzgador; b) Un mismo hecho ilícito, por lo común ocasiona simultáneamente daño material y daño moral, la frontera entre el uno y el otro frecuentemente es difícil de diferenciar porque el daño material o patrimonial coexiste comúnmente con el daño moral o extrapatrimonial. Una lesión o menoscabo en la integridad física, en el honor o en otro bien inherente a la personalidad, no sólo produce inevitablemente y de manera directa un daño moral, sino que es susceptible de ocasionar perjuicios de manera mediata sobre el patrimonio de la misma. Al respecto Roberto H. Brebbia dice: 'la extrapatrimonialidad de los daños morales deben entenderse en el sentido de que son susceptibles de incidir de una manera indirecta sobre el patrimonio de las personas, en cuanto a los bienes personales menoscabados por el hecho ilícito poseen generalmente un determinado valor económico y como tal influyen en la capacidad productiva del sujeto pasivo del agravio. La distinción entre valor económico y valor pecuniario viene a constituir la clave de la clasificación de los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien con valor pecuniario, es decir, de un bien patrimonial; en cambio, los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales que no poseen traducción adecuada en dinero y, por tanto, carecen de valor pecuniario, pero, en cambio, son susceptibles de tener valor económico porque suelen incidir sobre la capacidad productiva del sujeto. Los agravios patrimoniales inciden de una manera directa sobre el patrimonio del sujeto, formado exclusivamente por bienes con valor pecuniario; los daños morales inciden indirectamente sobre el patrimonio por cuanto los bienes con valor pecuniario que forman el mismo sólo se ven influidos por la lesión a un bien personal en la medida de que este menoscabo redunde en desmedro de la capacidad del sujeto para producir o conservar esa clase de bienes' (El Daño Moral, segunda edición, Editorial Orbir Córdoba, Argentina, 1967, Pág. 83). Por lo dicho en la sentencia pronunciada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito, no existe transgresión de las normas de derecho contenidas en la Ley No. 171, publicada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984 y, por lo mismo, no procede casar la sentencia por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. En mérito de las consideraciones expuestas, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA

Oc. 11 octubre 99



Dr. Mauricio Estrella C.

REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación interpuesto por J. L. ...".

De todo lo expuesto se puede desprender fácilmente que en el caso que nos ocupa no existe ni siquiera culpa, menos aun dolo en los derechos reclamados mediante Acción de Protección. Cómo puede demandar, el representante legal de ECUADOR TLC S.A., el pago de daños y perjuicios aduciendo que se ha abusado del derecho y que se ha cometido un cuasidelito, habiendo como antecedente una Acción de Protección?. La respuesta es simple, lo único que pretende ECUADOR TLC S.A. a quien nadie a calumniado, injuriado, menos aun ha causado perjuicio económico alguno ni pecuniario – económico, ni moral, es dejar de cumplir su obligación de pagar las utilidades a las que por ley correspondía a sus trabajadores; y, que acudiendo a órganos administrativos incompetentes y fraguando actas ilegítimas violó expresas disposiciones constitucionales y legales, vale decir vulneró nuestros legítimos derechos consagrados en la Constitución y la Ley.

No existen conflicto de intereses, lo único que existen son derechos constitucionales violados, así lo determinó la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la H. Corte Provincial de Justicia de Quito en sentencia. ECUADOR TLC S.A. no puede pretender que se cambie la figura jurídica e induciendo a engaño a la autoridad tratar de hacer aparecer un conflicto de intereses. El Art. 33 de la Constitución del Estado Ecuatoriano dispone: "El trabajo es un derecho y un deber social; y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado"; el Art. 328 de la Constitución de la República en su último inciso señala: ".....Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables. En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades. Todo fraude o falsedad en la declaración de utilidades que perjudique este derecho se sancionará por la ley." y, por su parte el Art. 97 reformado del Código de Trabajo dispone que "El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince (15%) de las utilidades líquidas." Este es el derecho que se conculco mediante los actos administrativos que facultaron a ECUADORTLC S.A. a retener las utilidades, en perjuicio de todos los trabajadores de la mencionada empresa; y, que fueron reconocidos y reparados por la sentencia ejecutoriada dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la H. Corte Provincial de Quito. Por lo tanto ni el compareciente, ni ninguno de los demás demandados han cometido delito, ni cuasidelito alguno en perjuicio de la Empresa ECUADOR TLC S.A., que merezcan un reconocimiento de pago por daños y perjuicios, pues cuando se reclaman daños y perjuicios ocasionados por un actuar ilícitos, éstos deben aparecer plenamente probados en el proceso. Esto es apenas natural, pues teniendo por objeto la acción de indemnización de perjuicios el resarcimiento de los daños causados, estos deben aparecer probados; y; más bien Señor Juez, se debe poner en su conocimiento que dentro de los acuerdos transaccionales que ECUADORTLC S.A. suscribió con los EX – TRABAJADORES de las empresas SKANSKA ECUADOR S.A., DAIMIECUADOR S.A. Y CONCLINA C.A. en el numeral "2. OBJETO DEL ACUERDO

TRANSACCIONAL", se estableció la forma en la que ECUADORTLC S.A. debía realizar los pagos señalándose:

- 1) El 40% a la firma de la presente acta, y una vez que esté aprobada por el Señor Ministro de Trabajo y Empleo;
- 2) El 45% al 30 de abril del año 2009; y
- 3) El 15% al 30 de abril del año 2010, siempre que no se acepten nuevos reclamos, de acuerdo a lo estipulado expresamente en el numeral 4.3. del presente instrumento

De acuerdo a los montos de pago que se establecieron, el último pago del 15% que se debía realizar hasta el 30 de abril de 2010, representa la suma de **DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO 85/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA (USD. 2'246.668,85)**, cantidad que sin embargo de que ECUADORTLC S.A., la retuvo de las utilidades de los trabajadores en abril del año 2009, hasta la presente fecha no ha sido depositada en el Ministerio de Relaciones Laborales ni ha sido pagada a los trabajadores tercerizados, manteniéndose esta suma de dinero retenida por ECUADORTLC S.A., Por lo tanto Señor Juez es inadmisibles que se pretenda afirmar maliciosamente que si ECUADORTLC S.A. paga los valores que se le ha requerido por la ejecución de la sentencia de la Acción de Protección dentro del juicio 0212-2010 por parte del Señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha, que asciende a la suma **QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS 71/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA**, se la cause grave perjuicio económico, puesto Señor Juez que lo único que ECUADORTLC S.A. tiene que hacer es someterse a la sentencia y obedecer los requerimientos judiciales que se le han realizado y **DEVOLVER** la cantidad requerida de los valores que tiene retenidos, y que son dinero de las utilidades de los trabajadores y no dinero del patrimonio de la empresa. Por lo expuesto Señor Juez, una vez que concluya este juicio, me reservo el derecho de iniciar las acciones judiciales a las que tengo derecho por los términos injuriosos y mal intencionados en los que se ha propuesto la presente demanda, por lo que sin más análisis de ésta infundada y maliciosa demanda propongo las siguientes excepciones:

- 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho.
- 2.- Falta de competencia de su autoridad, Señor Juez, la supuesta acción de daños y perjuicios no nace ni de un delito ni de un cuasidelito conforme queda demostrado del simple análisis de la demanda; sin embargo, en el término de prueba que corresponde agregaré la documentación que respalda mi aseveración.
- 3.- Falta de legítimo contradictor activo y pasivo. No existe nexo causal entre actor y demandados.
- 4.- Plus petition, ya que pretende hacerse beneficiario de una cantidad, sin que exista causa ni objeto lícitos en su demanda.
- 5.- No me allano a ninguna de las nulidades que puedan devenir del desarrollo de este írrito proceso.

Una vez que su autoridad compruebe que no existen razones de hecho y menos de derecho para esta absurda demanda, tomando en consideración las excepciones propuestas y la demostración de la realidad real y jurídica, la desechará en sentencia y condenará al pago de costas procesales en las que se incluirán los honorarios de mis abogados patrocinadores.

Tratado 2008
D
Dr. Mauricio Estrella C.

Solicito Señor Juez, que en el desenvolvimiento de este proceso su autoridad haga cumplir la disposición del Art.26 del Código Orgánico de la Función Judicial, es decir que el Abogado del actor litigue con buena fé y lealtad procesal; y, si el caso lo amerita que se sancione especialmente la prueba deformada, y todo modo de abuso del derecho, como es el que se está cometiendo con esta arbitraria y abusiva demanda.

A su vez Señor Juez, RECOVENGO al actor de este juicio JAVIER GREMES CORDERO, por sus propios derechos y por los derechos que representa en su calidad de Gerente y Representante Legal del ECUADOR TLC S.A., al pago de daños y perjuicios; y, daño moral que se me está causando con esta demanda, que está plagada de una serie de injurias graves, como aquella que manifiesta en su demanda cuando dice que: "Este accionar de los demandados es constitutivo de dolo procesal, pues envuelve un uso abusivo del Derecho con el propósito de eludir la disputa lícita en lo procesal con la única contraparte a la cual podían plantear un reclamo judicial para el cobro de supuestos derechos laborales, como lo es ECUADORTLC en su calidad de ex empleadora de los demandados". Esta aseveración conlleva una gran responsabilidad. El actor del juicio sabe que no puede hacer aseveraciones y menos por escrito en contra del buen nombre y dignidad de las personas, so pena de responder civil y penalmente por esas palabras cargadas de mala fé y ensañamiento. La palabra responsabilidad que es la capacidad de una persona para responder sobre los hechos propios, en materia jurídica no es otra cosa que la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. Es sabido por todos que en nuestro ordenamiento jurídico, los juicios son públicos, por lo tanto, lo que se diga en la demanda debe considerarse cierto, para que tenga el respaldo legal de reclamarlo; y, al hacer una aseveración falsa como es el presente caso, nos está haciendo víctimas de un delito de injurias graves en forma pública y por escrito, lo cual está tipificado y sancionado por el Art. 490 y 491 del Código Penal en actual vigencia; y, que acudiremos a los jueces competentes para hacer valer nuestros derechos. El compareciente y los demás demandados somos personas honorables, honestas, de buena fama; profesionales, que hemos ido ganando nuestro prestigio a través de nuestro trabajo digno y dedicación; y, éstas virtudes desarrolladas a lo largo de nuestra vida no pueden ser mancilladas por parte de una persona, por el simple hecho de que se niega a cumplir una sentencia constitucional dictada por la H. Corte Provincial de Justicia de Quito, la misma que se encuentra ejecutoriada; y, que de acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional debe ser ejecutada de manera inmediata; no obstante no lo ha hecho, no ha cumplido hasta la presente fecha con una orden judicial, esa es la clara demostración de que se trata de una persona que lo que pretende es burlar la Constitución, la Ley y la Justicia ecuatorianas.

Al haber presentado esta infundada demanda; el actor del juicio Jorge Javier Gremes Cordero, nos ha obligado a acudir ante su autoridad y emprender una defensa, sin que exista razón ni causa justa; este si constituye un abuso del Derecho por parte del actor del juicio, quien a través de esta demanda pretende que se le reconozca el pago de daños y perjuicios por una omisión de su parte, cual es la falta de cumplimiento en el mandato constitucional y legal que tiene relación al pago de las utilidades de las Empresas a sus trabajadores. El uso abusivo del Derecho por parte del Actor de este juicio debe ser sancionado, porque además de distraer la atención de Usted Señor Juez, en una causa que no tiene razón, mediante este accionar está causando daños irreparables en el orden

moral y económico de todos los demandados, especialmente por sus maliciosas aseveraciones plasmadas en la demanda. Por lo expuesto, conforme a los fundamentos de hecho expresados; y, amparada en lo dispuesto en los Arts. 2214, 2215, 2216; y, 2217; así como los Arts. 2231, 2232, y siguientes del Código Civil en actual vigencia, RECONVENGO a JORGE JAVIER GREMES CORDERO, por sus propios derechos y por los derechos que representa en calidad de Gerente General y Representante Legal de ECUADOR TLC S.A., al pago de daños y perjuicios y daño moral a favor de la compareciente.

La cuantía la fijo en \$ 500.000,00 que es la misma cantidad que exige el actor en esta causa, cantidad que se justificará en forma oportuna, puesto que mi patrimonio se ha visto afectado no solo en forma material o pecuniaria sino también en el orden moral, ya que he sido víctima de un daño moral irreparable con esta demanda que daña mi buen nombre y dignidad por las falsas aseveraciones que contienen.

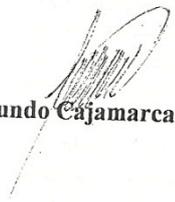
El trámite a darse a la presente reconvencción es aquel que está determinado en el Art. 398 del Código de Procedimiento Civil.

Al reconvenido se le notificará con mi Reconvencción en el Casillero Judicial que tiene señalado para tal efecto.

Mis notificaciones las recibiré en el Casillero Judicial No. 3897 del Palacio de Justicia de Quito. Nombro como mis Abogados patrocinadores a los Dres. Germánico Maya Rivadeneira; y Dr. Mauricio Javier Estrella, profesionales a quienes autorizo suscribir los escritos necesarios en defensa de mis intereses con su sola firma conjunta o separadamente.

Espero se provea conforme a lo solicitado por ser de Justicia.

Firmo con mis Abogados patrocinadores:


Segundo Cajamarca Calle


Dr. Mauricio Javier Estrella C.
ABOGADO
Mat. Prof. 8544 C.A.P.

No. 17313-2011-0165

Presentado en el día de hoy jueves diecinueve de mayo del dos mil once, a las diecis horas y cuarenta y nueve minutos, con 01 copia(s) igual(es) a su original, sin anexos. Certifico.

ESTRELLA
Abogado
S
C
P
ci
in
de
ca
co
ha
Ni
pla
de
En
de
AC
de
Esp
señ
Ins
pro
ada
4 d
Tra
EC
Pio
inte
Reg
Tra
den
yo
obli
EC
con
con
fin
ev
es
pro
En

SEÑOR JUEZ DECIMO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.-

CAUSA No. 0165-2011-VIRGINIA GARCIA

PAOLA ANDREA PROAÑO SALGADO, ecuatoriana, de 33 años de edad, de estado civil casada, de profesión Abogada, domiciliado en esta ciudad de Quito, en el infundado, malicioso y temerario juicio de responsabilidad civil extracontractual y pago de daños y perjuicios propuesto por JORGE JAVIER GREMES CORDERO, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de ECUADORTLC S.A., tanto en mi contra como de otros, dentro del término legal que tengo para contestar la demanda lo hago en los siguientes términos:

Niego total, rotunda y enfáticamente los fundamentos de hecho y de derecho que ha plasmado en su seudo demanda el actor de este malicioso juicio conforme voy a demostrar.

En la primera parte de su demanda el actor manifiesta: "El 18 de Febrero de 2010, los demandados presentaron ante el Señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha la ACCION DE PROTECCION identificada con el número 17301-2010-0212 en contra de las siguientes autoridades públicas: Señor Ministro de Relaciones Laborales, Richard Espinosa Guzmán, señor Ministro del Trabajo, Abogado Antonio Gagliardo Valarezo, señor Director Regional del Trabajo de Quito, Doctor Genaro Cruz Abril y señor Inspector del Trabajo de Quito, Doctor Jorge Aguirre Rivadeneira. La acción de protección tenía como propósito el que se deje sin efecto un acto de **simple administración**, (las negrillas me pertenecen), el oficio número 029DRTO-09-CRC de 4 de febrero del 2009, firmado por el señor Genaro Cruz Abril, Director Regional del Trabajo de Quito, por el que se absolviere ciertas consultas formuladas por ECUADORTLC (i); y, varios actos administrativos del señor Inspector de Trabajo de Pichincha, por los que se formalizaron ciertos acuerdos transaccionales en los que intervino ECUADOR TLC como parte (ii). A pesar de que el oficio del Director Regional del Trabajo de Quito y los actos administrativos del señor Inspector del Trabajo de Pichincha se originaban en peticiones de ECUADORTLC y/o se referían a derechos de ECUADORTLC y/o producían efectos que beneficiaban a ECUADOR TLC y/o reconocían la validez de contratos transaccionales que generaban derechos y obligaciones a ECUADORTLC y/o afectaban los derechos y legítimos intereses de ECUADOR TLC, los actores de la acción de protección **omitieron deliberadamente** contar en ese proceso con ECUADORTLC, con el propósito de **facilitar la consecución de sus pretensiones procesales, que envolvían un interés económico final consistente en cobrar a ECUADORTLC supuestos derechos laborales,** evitando así que mi representada ejerza el derecho constitucional a la **defensa en ese proceso, en el cual se disputaron a sus espaldas intereses y derechos que le eran propios**"

En esta primera parte Señor Juez, cabe revisar la disposición contenida en el Art. 88 de la Constitución Ecuatoriana que dice: "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y, cuando la

sido parte de una Acción de Protección y nos declaramos anticipadamente inocentes?. Por favor Señor Juez, es la perogrullada más audaz que se pueda observar.

El actor del juicio habla de que el accionar de los demandados es constitutivo de dolo procesal, pues envuelve un uso abusivo del Derecho con el propósito de eludir la disputa lícita en lo procesal con la única contraparte a la cual podían plantear un reclamo judicial para el cobro de supuestos derechos laborales, como lo es ECUADORTLC en su calidad de ex empleadora de los demandados. Creo con toda certeza de que el uso abusivo del Derecho lo ha hecho y lo sigue haciendo el actor del juicio. No hemos de ninguna manera evitado comparecer ante la autoridad competente para demandar y solicitar la reparación integral, material e inmaterial de nuestros derechos constitucionales vulnerados. No hemos violado el debido proceso; hemos demandado al legítimo contradictor que en el caso que nos ocupa son las autoridades del Ministerio del Trabajo, Ministerio de Relaciones Laborales, Director del Trabajo e Inspector General del Trabajo, de ellos nacen los actos administrativos ilegítimos, pues ninguna de las autoridades mencionadas podían facultar a un particular para que retenga las utilidades de los trabajadores; así como tampoco para legalizar y solemnizar acuerdos transaccionales celebrados entre particulares, menos aún cuando al respecto, la máxima autoridad de la época que era el Ministro de Trabajo y Empleo ya se había pronunciado negando las peticiones, puesto que podían perjudicar y vulnerar los derechos de los trabajadores, conforme dentro del término de prueba lo justificaré; en todo caso quienes violaron la Constitución fueron los servidores públicos mencionados al atribuirse funciones que no les compete.

La lección de Derecho Constitucional que trata de explicar en el párrafo tercero de la segunda hoja de la demanda, debería entenderla y practicarla el actor, ya que la Acción de Protección nos permite a los ciudadanos comunes y corrientes que no contamos con los medios económicos con que cuentan las grandes empresas para poder acudir ante las autoridades judiciales y pedir que se imparta justicia. Nosotros, el compareciente y demás demandados no tenemos ningún tipo de litigio con la empresa ECUADORTLC S.A., la mencionada empresa en calidad de empleadora nuestra tiene la obligación de pagar las utilidades anuales conforme dispone la Ley; eso no es materia de ningún análisis, ni controversia.-Lo que ECUADORTLC S.A. pretendió al suscribir los acuerdos transaccionales mencionados en líneas anteriores es violar nuestros derechos y dejar de reconocer tales utilidades que por derecho contemplado en la Constitución de la República del Ecuador y por obligación legal nos correspondía. El fraude procesal y abuso del derecho; la omisión de garantías del debido proceso, lo cometieron los funcionarios del Ministerio de Relaciones Laborales que permitieron que estos abusos se cometan al otorgar mediante actos administrativos facultades a la empresa para que retenga las utilidades y al legalizar y solemnizar acuerdos transaccionales cuando ya esto se había negado anteriormente, esto lo reconocieron los Señores Jueces de la H. Corte Provincial de Justicia, en sentencia que obligatoriamente tiene que ser ejecutada por disposición constitucional. La enunciación del Art. 2214 del Código Civil que hace referencia el actor en su demanda dispone: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito". De la simple lectura de este artículo podemos inferir que se trata de una disposición legal de la que vamos hacer uso en el momento oportuno; ya que si nuestra Acción de Protección fue aceptada en

STREL
Alp

sentencia y dejó sin efecto los actos administrativos, se desprende que los PERJUDICADOS somos nosotros y no la empresa ECUADORTLC S.A. la referida empresa, lo que no acepta es que, los trabajadores hayan obtenido sentencia favorable, y ahora como la Ley dispone, una vez que los actos administrativos han quedado sin efecto, las cosas vuelvan a su estado anterior y ellos tengan que cumplir con la obligación de pagar las utilidades, y por lo tanto reembolsar los valores que fueron retenidos.

En relación al Numeral 2. De la demanda que se refiere a la Sentencia dictada el 1º de Julio del 2010, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales en que se dictó sentencia a favor de los actores de la acción de protección; pero exclusivamente con respecto al petitorio de la demanda que había sido planteada por éstos, y mas no con respecto a ordenar a ECUADORTLC que pague valor alguno a los reclamantes. Es por demás obvio Señor Juez, que si se deja sin efecto los actos que violaron nuestros derechos constitucionales, se regresa al estado anterior y por lo tanto el hecho de que ECUADORTLC S.A., pague nuestras utilidades, no es consecuencia de ninguna Acción; ese es el DERECHO que nosotros en calidad de trabajadores tenemos por mandato constitucional; no es a los Señores Jueces Provinciales a quienes les corresponde disponer que se pague nuestras utilidades; ese es un derecho constitucional por haber prestado nuestros servicios personales en calidad de trabajadores de ECUADORTLC S.A.; derecho que fue conculcado por los actos administrativos generados por los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Empleo, actual Ministerio de Relaciones Laborales y que se han dejado sin efecto mediante sentencia constitucional dictada por los Señores Jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales dentro de la Acción de Protección signada con el número 369-2010 (segunda instancia) y que se encuentra debidamente ejecutoriada.

Cuando manifiesta que no se ha citado al Gerente de ECUADORTLC; y, que así se produjo su indefensión, debo manifestar a su autoridad que, el Acto Administrativo nace de los servidores públicos; y son ellos los legítimos contradictores en la Acción de Protección propuesta. ECUADORTLC S.A. no ha quedado en indefensión porque no se ha intentado ninguna acción en contra de la mencionada empresa. Cuando se deja sin efecto los actos administrativos, las cosas regresan a su estado anterior; y, en ese estado lo que corresponde constitucional y legalmente hablando es que la Empresa ECUADORTLC S.A. honre sus obligaciones en calidad de empleadora. El actor habla de una injusticia. LA INJUSTICIA se estaba cometiendo cuando a espaldas de los comparecientes, funcionarios públicos permitieron que mediante actos administrativos se vulneren nuestros derechos constitucionales, violando expresas disposiciones constitucionales y legales.

Señor Juez no cabe bajo ninguna circunstancia, la pretensión de ECUADORTLC S.A., de que se le debía haber citado dentro de la Acción de Protección que se propuso, puesto que ellos como particulares no realizaron acto alguno que vulneren nuestros derechos constitucionales, quienes dieron lugar a los actos administrativos que conculcaron nuestros derechos fueron funcionarios públicos del Ministerio del Trabajo; si se hubiese dado el caso que ECUADORTLC S.A., hubiera retenido nuestras utilidades sin contar con los actos administrativos que le facultaron para poder hacerlo, entonces nosotros habríamos iniciado acciones judiciales en contra de ECUADORTLC S.A.

En el numeral 3 de la demanda el actor dice: "No obstante que la sentencia de la Corte no condenó a ECUADORTLC a nada, el 24 de diciembre de 2010 el Juez de la ejecución, señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha, en acatamiento por una dolosa petición de los actores de la Acción de protección, remitió a ECUADORTLC el oficio número 1581-2010-JPCP-DC, en el que dispone "...que en el término de cuarenta y ocho horas deposite -ECUADORTLC-las utilidades que les corresponde de acuerdo a la minuta y valores que obran a foja trece de los autos, reiterada en escrito de 1 de diciembre de 2010". Que absurda aseveración hace el actor de este infundado juicio. Si él, al exigirle el cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, basada en disposiciones constitucionales y legales, presenta esta perogrullada, cuanto más el Señor Juez de ejecución tiene la obligación de hacer cumplir la sentencia dictada por la Corte Provincial, que es producto de una acción de protección basada en las garantías constitucionales y apegada a derecho; que se ha ventilado cumpliendo todas las garantías del debido proceso. Las obligaciones que mantiene ECUADORTLC S.A. respecto al pago de nuestras utilidades, deben ser cumplidas de manera inmediata porque se refieren a utilidades que debían pagarse en el año 2009; es decir que a la fecha llevan dos años de mora; y, por lo tanto deberían cumplir con el 100% de recargo por incumplimiento. La acción constitucional de protección está para reparar de manera inmediata el daño irrogado por la vulneración de derechos a los ciudadanos, por lo tanto no existe la dolosa petición de parte del compareciente y demás demandados al Señor Juez de primera instancia, que es el juez de ejecución de la sentencia; el Señor Juez, ni siquiera debía esperar que nosotros solicitemos tal pago, la reparación inmediata del daño causado es el pago inmediato de nuestros derechos consagrados en la Constitución; y el Señor Juez Constitucional, tiene la obligación de velar por el fiel cumplimiento de las garantías constitucionales.

Al referirme a la jurisprudencia a la que hace alusión el actor en relación a la falta de citación al Gerente, por sus propios derechos, y en la que se manifiesta que esta falta de citación produce indefensión, causando desventaja jurídica en relación a la otra parte, ocasionando una injusticia cometida por el juez, etc. Etc., realmente no merece siquiera la pena observarlo, porque dicha jurisprudencia no es aplicable al presente caso; con este aseveración lo que pretende el actor del juicio es inducir a engaño al juzgador lo cual está sancionado por la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y demás leyes pertinentes. En la Acción de protección propuesta por el compareciente y demás demandados se lo hizo en contra de los servidores públicos accionados, quienes son los responsables de los actos administrativos ilegítimos que vulneraron los derechos constitucionales. Al tratarse de una sentencia obviamente que no condena a NADIE, simplemente deja sin efecto tales actos administrativos, esto lo sabe un estudiante; con mucho más razón el profesional que patrocina la defensa del supuesto actor de este juicio, el resultado de la acción constitucional es reparar el derecho constitucional y humano violado y/o vulnerado; por lo tanto, la consecuencia jurídica es que ECUADORTLC S.A. reconozca los derechos violados es decir pague las utilidades que por ley correspondía a los trabajadores que prestaron sus servicios lícitos y personales a la EMPRESA.

En esta demanda se está cuestionando la actuación de los Señores Jueces tanto Provinciales como de primera instancia; y, en ninguna parte de esta demanda vemos que

hayan sido demandados también, como debían haberlo hecho si se sienten perjudicados por tal actuación.

Cuando el actor del juicio habla de una "petición dolosa", vale la pena recordarle la jurisprudencia contenida en la Gaceta Judicial No.- 11-IX-2000 (Resolución No. 350-2000, Primera Sala, R.O. 203, 14-XI-2000) que dice: "...

SEGUNDO.- Según nuestro ordenamiento legal, el que ha cometido un hecho ilícito que ha inferido daño a la persona o propiedad de otro incurre en la responsabilidad civil de pagar indemnización al agraviado. El hecho ilícito puede constituir las figuras jurídicas del delito o del cuasidelito. Delito es el hecho cometido con la intención de dañar, esto es, con dolo o malicia, que según la definición del último inciso del Art. 29 del Código Civil es la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Cuasidelito es el hecho ilícito cometido con culpa, que según el inciso tercero del mismo artículo es la falta de aquella diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. El mismo hecho ilícito, entonces, puede constituir delito o cuasidelito, de acuerdo con la circunstancia de haber sido cometido con malicia o dolo o sin él. De otro lado, el delito o cuasidelito puede ser penal o civil. El delito o cuasidelito es penal cuando el hecho ilícito está tipificado como infracción penal por la ley, y es civil en los demás casos. Por lo común el delito es penal, puesto que el dolo o malicia es uno de los elementos constitutivos de la acción penal; sin embargo, existen hechos dolosos que no están tipificados como infracciones por la ley penal, en cuyo caso, el hecho ilícito no obstante ser malicioso o doloso constituye únicamente delito civil.

TERCERO.- El ejercicio abusivo del derecho que ocasiona daño a la persona o patrimonio de otro puede constituir delito si dicho ejercicio se lo ha hecho con malicia y cuasidelito si lo ha hecho con culpa. Dentro del abuso del derecho, el Código de Procedimiento Penal contempla los casos de la denuncia y de la acusación particular maliciosas o temerarias. El Tribunal o Juez de lo Penal, en la sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento definitivo está obligado a calificar si la denuncia o acusación particular han sido maliciosas o temerarias, según corresponda. Así lo disponen expresamente los Arts. 245, 248 y 330 del Código de Procedimiento Penal. El condenado por temeridad pagará las costas judiciales así como las indemnizaciones y perjuicios y si el Juez también las hubiere calificado de maliciosas, el acusador o el denunciante responderá además con la infracción prevista en el Art. 494 del Código Penal, esto es prisión de dos meses a dos años y multa de 40 a 160 sucres (Art. 445 del Código de Procedimiento Penal). CUARTO.- De acuerdo con la doctrina, consagrada por nuestro derecho positivo, los daños que puede sufrir una persona por un hecho ilícito se clasifican en dos grandes categorías: daños patrimoniales y daños morales, que no es sino la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en patrimoniales y extrapatrimoniales. Son derechos patrimoniales aquellos que poseen un valor pecuniario, o sea los que son susceptibles de ser apreciados adecuadamente en dinero. Son derechos extrapatrimoniales aquellos inherentes a la personalidad, como los de integridad física, integridad moral, afecciones, etc.; se adquieren o pierden con independencia a la voluntad y no admiten apreciación adecuada en dinero, así como también son inalienables e imprescriptibles. En cuanto a las características de los daños patrimoniales no hay discrepancias en la doctrina, no así en cuanto a los daños extrapatrimoniales en que las opiniones de los tratadistas se hallan divididas; algunos las caracterizan por los efectos que produce el hecho ilícito, otros, por la naturaleza del

bien lesionado y, los más, con el criterio de que son daños morales todos aquellos que no pueden ser patrimoniales. Nuestro Código Civil, en el art. 2241 establece la regla general de que: 'El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de que la pena que le impongan las leyes por el delito o el cuasidelito'. En el Art. innominado incorporado por la Ley No. 171, Título XXXIII del Libro Cuarto, De los Delitos y Cuasidelitos, caracteriza a los daños morales como los que provoquen sufrimiento psíquicos o físicos, como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Enumera, especialmente, entre los delitos y cuasidelitos que ocasionan daño moral a aquellos que manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación, las lesiones, la violación, el estupro, los atentados contra el pudor, los arrestos ilegales o arbitrarios y los procedimientos injustificados. QUINTO.- Al tratarse de una sentencia o auto en que el Juez o Tribunal Penal declara la denuncia o la acusación particular de temeraria, que es el caso sub lite, es necesario dilucidar cuál es el Juez competente para conocer y resolver la demanda en que se pretenda el pago de indemnización por daño moral. Según la definición del Art. 1 del Código de Procedimiento Civil: 'La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes. Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados'. La jurisdicción o potestad de administrar justicia es única, por tanto lo ideal sería que exista un solo Tribunal y Juez para administrar justicia en todo el territorio nacional; pero esto es prácticamente imposible, de allí que el Legislador haya tenido que distribuir la jurisdicción en numerosas porciones. Esta medida o porción de la jurisdicción distribuida entre los jueces y tribunales es lo que se llama competencia. La ley señala con precisión los límites del ámbito, esfera o campo de acción dentro del cual el Juez o Tribunal ha de ejercer su potestad jurisdiccional. Para Chioyenda, 'Competencia es el conjunto de causas sobre las cuales puede el órgano ejercer la fracción de jurisdicción'. Una de las fracciones o porciones en que se distribuye la jurisdicción es por razón de la materia, que se refiere a la naturaleza del asunto sometido al Juez o Tribunal; naturaleza que, a su vez, está determinada por las leyes sustanciales o materiales. La porción de jurisdicción por razón de la materia se subdivide a su vez en: competencia civil y penal; y en virtud de la cual los jueces civiles deben conocer los asuntos civiles y mercantiles y los jueces de lo penal, los asuntos penales. La indemnización por daños morales es un asunto eminentemente civil, sin embargo, por excepción a la regla, a los jueces de lo penal les corresponde conocer la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio abusivo del derecho por parte del denunciante o acusador particular. Así lo dispone clara y categóricamente, el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, que dice: 'En caso de sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo, si la acusación o denuncia han sido calificadas de temerarias, la demanda de indemnización de daños y perjuicios se sustanciará en la vía verbal sumaria y en cuaderno separado, ante el Presidente del Tribunal Penal o ante el Juez Penal, según el caso'. SEXTO.- La Ley No. 171, publicada en el R.O. 779 de 4 de julio de 1984, que mandó a agregar tres artículos innominados al Título XXXIII, de los delitos y cuasidelitos, del Libro Cuarto del Código Civil, llenó el vacío que existía en nuestra legislación concerniente al daño moral; pero todas estas

disposiciones son de carácter sustantivo o material; en ninguna de sus partes reguló la competencia para conocer y resolver las demandas por daño moral, así como tampoco lo hizo acerca del procedimiento a seguirse. Es decir dejó intocadas las disposiciones procesales vigentes acerca de la competencia y el procedimiento a seguirse. Es sabido que la jurisdicción legal nace de la ley y ni en la Ley No. 171 ni en otro cuerpo legal se otorga competencia al Juez de lo Civil para conocer y resolver las demandas de indemnización por daño moral en el caso de que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento definitivo hubiesen calificado como temeraria la denuncia o la acusación particular. SÉPTIMO.- Se ha argumentado que las demandas por indemnización por daños materiales en el caso del abuso del derecho de la referencia deben ser conocidas por un Juez de lo Penal, y las denominadas indemnizaciones por daño moral deben ser conocidos por un Juez de lo Civil. Estos argumentos son completamente deleznable por estas razones: a) El Art. 162 del Código de Procedimiento Penal se refiere, en forma general a la indemnización de daños y perjuicios, no lo limita exclusivamente a los daños materiales, y donde la ley no distingue no puede distinguir el juzgador; b) Un mismo hecho ilícito, por lo común ocasiona simultáneamente daño material y daño moral, la frontera entre el uno y el otro frecuentemente es difícil de diferenciar porque el daño material o patrimonial coexiste comúnmente con el daño moral o extrapatrimonial. Una lesión o menoscabo en la integridad física, en el honor o en otro bien inherente a la personalidad, no sólo produce inevitablemente y de manera directa un daño moral, sino que es susceptible de ocasionar perjuicios de manera mediata sobre el patrimonio de la misma. Al respecto Roberto H. Brebbia dice: 'la extrapatrimonialidad de los daños morales deben entenderse en el sentido de que son susceptibles de incidir de una manera indirecta sobre el patrimonio de las personas, en cuanto a los bienes personales menoscabados por el hecho ilícito poseen generalmente un determinado valor económico y como tal influyen en la capacidad productiva del sujeto pasivo del agravio. La distinción entre valor económico y valor pecuniario viene a constituir la clave de la clasificación de los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien con valor pecuniario, es decir, de un bien patrimonial; en cambio, los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales que no poseen traducción adecuada en dinero y, por tanto, carecen de valor pecuniario, pero, en cambio, son susceptibles de tener valor económico porque suelen incidir sobre la capacidad productiva del sujeto. Los agravios patrimoniales inciden de una manera directa sobre el patrimonio del sujeto, formado exclusivamente por bienes con valor pecuniario; los daños morales inciden indirectamente sobre el patrimonio por cuanto los bienes con valor pecuniario que forman el mismo sólo se ven influidos por la lesión a un bien personal en la medida de que este menoscabo redunde en desmedro de la capacidad del sujeto para producir o conservar esa clase de bienes' (El Daño Moral, segunda edición, Editorial Orbir Córdoba, Argentina, 1967, Pág. 83). Por lo dicho en la sentencia pronunciada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito, no existe transgresión de las normas de derecho contenidas en la Ley No. 171, publicada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984 y, por lo mismo, no procede casar la sentencia por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. En mérito de las consideraciones expuestas, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA

ESTRELLA

Abogados

RE

int

De

exi

de

el

cor

res

cal

- e

que

inc

con

en l

No

viol

de l

pue

trat

Este

econ

a la

rem

libre

últir

dere

ley

reco

habr

perju

del

sus

conc

reten

y, q

Prim

Quit

com

S.A.,

recla

plene

acció

debe

dentr

TRA

S.A.

Handwritten: *Hechos y Causas*
D 35 #

Dr. Mauricio Estrella C.

REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación interpuesto por J. L. ...".

De todo lo expuesto se puede desprender fácilmente que en el caso que nos ocupa no existe ni siquiera culpa, menos aun dolo en los derechos reclamados mediante Acción de Protección. Cómo puede demandar, el representante legal de ECUADOR TLC S.A., el pago de daños y perjuicios aduciendo que se ha abusado del derecho y que se ha cometido un cuasidelito, habiendo como antecedente una Acción de Protección?. La respuesta es simple, lo único que pretende ECUADOR TLC S.A. a quien nadie a calumniado, injuriado, menos aun ha causado perjuicio económico alguno ni pecuniario - económico, ni moral, es dejar de cumplir su obligación de pagar las utilidades a las que por ley correspondía a sus trabajadores; y, que acudiendo a órganos administrativos incompetentes y fraguando actas ilegítimas violó expresas disposiciones constitucionales y legales, vale decir vulneró nuestros legítimos derechos consagrados en la Constitución y la Ley.

No existen conflicto de intereses, lo único que existen son derechos constitucionales violados, así lo determinó la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la H. Corte Provincial de Justicia de Quito en sentencia. ECUADOR TLC S.A. no puede pretender que se cambie la figura jurídica e induciendo a engaño a la autoridad tratar de hacer aparecer un conflicto de intereses. El Art. 33 de la Constitución del Estado Ecuatoriano dispone: "El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado"; el Art. 328 de la Constitución de la República en su último inciso señala: ".....Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables. En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades. Todo fraude o falsedad en la declaración de utilidades que perjudique este derecho se sancionará por la ley." y, por su parte el Art. 97 reformado del Código de Trabajo dispone que "El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince (15%) de las utilidades líquidas." Este es el derecho que se conculco mediante los actos administrativos que facultaron a ECUADORTLC S.A. a retener las utilidades, en perjuicio de todos los trabajadores de la mencionada empresa; y, que fueron reconocidos y reparados por la sentencia ejecutoriada dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la H. Corte Provincial de Quito. Por lo tanto ni el compareciente, ni ninguno de los demás demandados han cometido delito, ni cuasidelito alguno en perjuicio de la Empresa ECUADOR TLC S.A., que merezcan un reconocimiento de pago por daños y perjuicios, pues cuando se reclaman daños y perjuicios ocasionados por un actuar ilícitos, éstos deben aparecer plenamente probados en el proceso. Esto es apenas natural, pues teniendo por objeto la acción de indemnización de perjuicios, el resarcimiento de los daños causados, estos deben aparecer probados; y; más bien Señor Juez, se debe poner en su conocimiento que dentro de los acuerdos transaccionales que ECUADORTLC S.A. suscribió con los EX-TRABAJADORES de las empresas SKANSKA ECUADOR S.A., DAIMIECUADOR S.A. Y CONCLINA C.A. en el numeral "2. OBJETO DEL ACUERDO

TRANSACCIONAL”, se estableció la forma en la que ECUADORTLC S.A. debía realizar los pagos señalándose:

- 1) El 40% a la firma de la presente acta, y una vez que esté aprobada por el Señor Ministro de Trabajo y Empleo;
- 2) El 45% al 30 de abril del año 2009; y
- 3) El 15% al 30 de abril del año 2010, siempre que no se acepten nuevos reclamos, de acuerdo a lo estipulado expresamente en el numeral 4.3, del presente instrumento

De acuerdo a los montos de pago que se establecieron, el último pago del 15% que se debía realizar hasta el 30 de abril de 2010, representa la suma de **DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO 85/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA (USD. 2'246.668,85)**, cantidad que sin embargo de que ECUADORTLC S.A., la retuvo de las utilidades de los trabajadores en abril del año 2009, hasta la presente fecha no ha sido depositada en el Ministerio de Relaciones Laborales ni ha sido pagada a los trabajadores tercerizados, manteniéndose esta suma de dinero retenida por ECUADORTLC S.A.,. Por lo tanto Señor Juez es inadmisibile que se pretenda afirmar maliciosamente que si ECUADORTLC S.A. paga los valores que se le ha requerido por la ejecución de la sentencia de la Acción de Protección dentro del juicio 0212-2010 por parte del Señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha, que asciende a la suma **QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS 71/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA**, se la cause grave perjuicio económico, puesto Señor Juez que lo único que ECUADORTLC S.A. tiene que hacer es someterse a la sentencia y obedecer los requerimientos judiciales que se le han realizado y **DEVOLVER** la cantidad requerida de los valores que tiene retenidos, y que son dinero de las utilidades de los trabajadores y no dinero del patrimonio de la empresa. Por lo expuesto Señor Juez, una vez que concluya este juicio, me reservo el derecho de iniciar las acciones judiciales a las que tengo derecho por los términos injuriosos y mal intencionados en los que se ha propuesto la presente demanda, por lo que sin más análisis de ésta infundada y maliciosa demanda propongo las siguientes excepciones:

- 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho.
- 2.- Falta de competencia de su autoridad, Señor Juez, la supuesta acción de daños y perjuicios no nace ni de un delito ni de un cuasidelito conforme queda demostrado del simple análisis de la demanda; sin embargo, en el término de prueba que corresponde agregaré la documentación que respalda mi aseveración.
- 3.- Falta de legítimo contradictor activo y pasivo. No existe nexo causal entre actor y demandados.
- 4.- Plus petition, ya que pretende hacerse beneficiario de una cantidad, sin que exista causa ni objeto lícitos en su demanda.
- 5.- No me allano a ninguna de las nulidades que puedan devenir del desarrollo de este írrito proceso.

Una vez que su autoridad compruebe que no existen razones de hecho y menos de derecho para esta absurda demanda, tomando en consideración las excepciones propuestas y la demostración de la realidad real y jurídica, la desechará en sentencia y condenará al pago de costas procesales en las que se incluirán los honorarios de mis abogados patrocinadores.

Dr. Mauricio Estrella C.

Solicito Señor Juez, que en el desenvolvimiento de este proceso su autoridad haga cumplir la disposición del Art.26 del Código Orgánico de la Función Judicial, es decir que el Abogado del actor litigue con buena fe y lealtad procesal; y, si el caso lo amerita que se sancione especialmente la prueba deformada, y todo modo de abuso del derecho, como es el que se está cometiendo con esta arbitraria y abusiva demanda.

A su vez Señor Juez, RECOVENGO al actor de este juicio JAVIER GREMES CORDERO, por sus propios derechos y por los derechos que representa en su calidad de Gerente y Representante Legal del ECUADOR TLC S.A., al pago de daños y perjuicios; y, daño moral que se me está causando con esta demanda, que está plagada

de una carga de: "Este accionar de los demandados es constitutivo de dolo procesal, pues envuelve un uso abusivo del Derecho con el propósito de eludir la disputa lícita en lo procesal con la única contraparte a la cual podían plantear un reclamo judicial para el cobro de supuestos derechos laborales, como lo es ECUADORTLC en su calidad de ex empleadora de los demandados". Esta aseveración conlleva una gran responsabilidad. El actor del juicio sabe que no puede hacer aseveraciones y menos por escrito en contra del buen nombre y dignidad de las personas, so pena de responder civil y penalmente por esas palabras cargadas de mala fe y ensañamiento. La palabra responsabilidad que es la capacidad de una persona para responder sobre los hechos propios, en materia jurídica no es otra cosa que la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. Es sabido por todos que en nuestro ordenamiento jurídico, los juicios son públicos, por lo tanto, lo que se diga en la demanda debe considerarse cierto, para que tenga el respaldo legal de reclamarlo; y, al hacer una aseveración falsa como es el presente caso, nos está haciendo víctimas de un delito de injurias graves en forma pública y por escrito, lo cual está tipificado y sancionado por el Art. 490 y 491 del Código Penal en actual vigencia; y, que acudiremos a los jueces competentes para hacer valer nuestros derechos. El compareciente y los demás demandados somos personas honorables, honestas, de buena fama; profesionales, que hemos ido ganando nuestro prestigio a través de nuestro trabajo digno y dedicación; y, éstas virtudes desarrolladas a lo largo de nuestra vida no pueden ser mancilladas por parte de una persona, por el simple hecho de que se niega a cumplir una sentencia constitucional dictada por la H. Corte Provincial de Justicia de Quito, la misma que se encuentra ejecutoriada; y, que de acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional debe ser ejecutada de manera inmediata; no obstante no lo ha hecho, no ha cumplido hasta la presente fecha con una orden judicial, esa es la clara demostración de que se trata de una persona que lo que pretende es burlar la Constitución, la Ley y la Justicia ecuatorianas.

Al haber presentado esta infundada demanda; el actor del juicio Jorge Javier Gremes Cordero, nos ha obligado a acudir ante su autoridad y emprender una defensa, sin que exista razón ni causa justa; este si constituye un abuso del Derecho por parte del actor del juicio, quien a través de esta demanda pretende que se le reconozca el pago de daños y perjuicios por una omisión de su parte, cual es la falta de cumplimiento en el mandato constitucional y legal que tiene relación al pago de las utilidades de las Empresas a sus trabajadores. El uso abusivo del Derecho por parte del Actor de este juicio debe ser sancionado, porque además de distraer la atención de Usted Señor Juez, en una causa que no tiene razón, mediante este accionar está causando daños irreparables en el orden

moral y económico de todos los demandados, especialmente por sus maliciosas aseveraciones plasmadas en la demanda.

Por lo expuesto, conforme a los fundamentos de hecho expresados; y, amparada en lo dispuesto en los Arts. 2214, 2215, 2216; y, 2217; así como los Arts. 2231, 2232, y siguientes del Código Civil en actual vigencia, RECONVENGO a JORGE JAVIER GREMES CORDERO, por sus propios derechos y por los derechos que representa en calidad de Gerente General y Representante Legal de ECUADOR TLC S.A., al pago de daños y perjuicios y daño moral a favor de la compareciente.

La cuantía la fijo en \$ USD 1'5000.000 (UN MILLON QUINIENTOS MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), cantidad que se justificará en forma oportuna, puesto que mi patrimonio se ha visto afectado no solo en forma material o pecuniaria sino también en el orden moral, ya que he sido víctima de un daño moral irreparable con esta demanda que daña mi buen nombre y dignidad por las falsas aseveraciones que contienen.

El trámite a darse a la presente reconvenición es aquel que está determinado en el Art. 398 del Código de Procedimiento Civil.

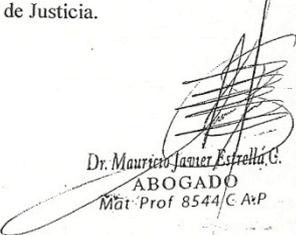
Al reconvenido se le notificará con mi Reconvenición en el Casillero Judicial que tiene señalado para tal efecto.

Mis notificaciones las recibiré en el Casillero Judicial No. 3897 del Palacio de Justicia de Quito. Nombro como mis Abogados patrocinadores al Dr. Germánico Maya Rivadeneira; y Dr. Mauricio Javier Estrella, profesionales a quienes autorizo suscribir los escritos necesarios en defensa de mis intereses con su sola firma conjunta o separadamente.

Espero se provea conforme a lo solicitado por ser de Justicia.

Firmo con mis Abogados patrocinadores:


Paola Proaño Salgado


Dr. Mauricio Javier Estrella G.
ABOGADO
Mat: Prof 8544/C A/P



Trabajo 37
D

Dr. Mauricio Estrella C.

SEÑOR JUEZ DECIMO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.-

CAUSA No. 0165-2011-VIRGINIA GARCIA

CARLOS FERNANDO ENMANUEL ORTIZ, ecuatoriano, de 34 años de edad, de estado civil casado, de profesión Economista, domiciliado en esta ciudad de Quito, en el infundado, malicioso y temerario juicio de responsabilidad civil extracontractual y pago de daños y perjuicios propuesto por **JORGE JAVIER GREMES CORDERO**, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de **ECUADORTLC S.A.**, tanto en mi contra como de otros, dentro del término legal que tengo para contestar la demanda lo hago en los siguientes términos:

Niego total, rotunda y enfáticamente los fundamentos de hecho y de derecho que ha plasmado en su seudo demanda el actor de este malicioso juicio conforme voy a demostrar.

En la primera parte de su demanda el actor manifiesta: “ El 18 de Febrero de 2010, los demandados presentaron ante el Señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha la ACCION DE PROTECCION identificada con el número 17301-2010-0212 en contra de las siguientes autoridades públicas: Señor Ministro de Relaciones Laborales, Richard Espinosa Guzmán, señor Ministro del Trabajo, Abogado Antonio Gagliardo Valarezo, señor Director Regional del Trabajo de Quito, Doctor Genaro Cruz Abril y señor Inspector del Trabajo de Quito, Doctor Jorge Aguirre Rivadeneira. La acción de protección tenía como propósito el que se deje sin efecto un acto de **simple administración**, (las negrillas me pertenecen), el oficio número 029DRTO-09-CRC de 4 de febrero del 2009, firmado por el señor Genaro Cruz Abril, Director Regional del Trabajo de Quito, por el que se absolviere ciertas consultas formuladas por **ECUADORTLC** (i);y, varios actos administrativos del señor Inspector de Trabajo de Pichincha, por los que se formalizaron ciertos acuerdos transaccionales en los que intervino **ECUADOR TLC** como parte (ii). A pesar de que el oficio del Director Regional del Trabajo de Quito y los actos administrativos del señor Inspector del Trabajo de Pichincha se originaban en peticiones de **ECUADOTTLC** y/o se referían a derechos de **ECUADORTLC** y/o producían efectos que beneficiaban a **ECUADORTLC** y/o reconocían la validez de contratos transaccionales que generaban derechos y obligaciones a **ECUADORTLC** y/o afectaban los derechos y legítimos intereses de **ECUADOR TLC**, los actores de la acción de protección omitieron deliberadamente contar en ese proceso con **ECUADORTLC**, con el propósito de facilitar la consecución de sus pretensiones procesales, que envolvían un interés económico final consistente en cobrar a **ECUADORTLC** supuestos derechos laborales, evitando así que mi representada ejerza el derecho constitucional a la defensa en ese proceso, en el cual se disputaron a sus espaldas intereses y derechos que le eran propios”.

En esta primera parte Señor Juez, cabe revisar la disposición contenida en el Art. 88 de la Constitución Ecuatoriana que dice: “ La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y, cuando la

violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación".-Del análisis de esta disposición y de lo manifestado por el actor se puede apreciar claramente la mala fé e incongruencia con la que actúa en calidad de supuesto actor. Si la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y puede interponerse cuando existe una vulneración de derechos constitucionales; y, la Acción de Protección propuesta por el compareciente y por los demás demandados ha sido aceptada en sentencia; entonces, ha sido reconocido que se ha vulnerado derechos constitucionales. Nuestra pretensión de que se deje sin efecto los actos administrativos que violaron nuestros derechos ha sido recogida por parte de los Señores Jueces de la H. Corte Provincial; y no hemos tenido ningún interés de tipo económico como quiere hacer aparecer el actor; detrás de esa pretensión no ha existido ninguna otra, que no sea dejar sin efecto los actos administrativos mediante los cuales funcionarios del Ministerio de Relaciones Laborales (Ministerio del Trabajo y Empleo de aquella época) facultaron a la Empresa ECUADORTLC S.A. para que retenga los valores que por utilidades del ejercicio del año económico 2008 nos correspondían; y, solemnizaron y legalizaron acuerdos transaccionales suscritos entre particulares como son ECUADORTLC S.A. y los EX - TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS SKANSKA ECUADOR S.A., DAIMIECUADOR S.A. Y CONCLINA C.A., pasando por encima de la máxima autoridad de esa cartera de estado quien anteriormente había negado las peticiones realizadas por ECUADORTLC S.A., debido a que la normativa laboral no contemplaba la posibilidad de que se pueda exigir la devolución de utilidades ya pagadas a los trabajadores en años anteriores; y, por cuanto el contenido de los acuerdos transaccionales era atentatorio a los derechos de terceros que no habían sido tomados en cuenta al momento de la celebración de los referidos acuerdos, puesto que nosotros somos titulares de los derechos laborales como trabajadores que fuimos de ECUADORTLC S.A.; y, que al haber generado estos actos administrativos, las autoridades administrativas laborales, habían violado nuestros derechos constitucionales; es decir que quienes violaron las disposiciones constitucionales fueron las autoridades administrativas del Ministerio de Relaciones Laborales (Ministerio del Trabajo), en contubernio con ECUADORTLC S.A. para perjudicar intereses y derechos legítimos de los trabajadores, por lo tanto resulta que ahora los pájaros contra las escopetas, puesto que como reclamamos la reivindicación de nuestros derechos y fue aceptada nuestra Acción de Protección, lo que se dejó sin efecto precisamente fueron esos actos administrativos que eran producto de la violación de una serie de derechos constitucionales, entre los que también se debe contar aquel, que se refiere a que nos dejaron en indefensión, puesto que ECUADORTLC al suscribir acuerdos transaccionales y el Ministerio de Relaciones Laborales al solemnizar dichos acuerdos transaccionales respecto de derechos de terceros (en este caso) de nuestros derechos; sin que nosotros hayamos sido partícipes de tales acuerdos. Cómo es esto?: Cuando perjudicamos a los demás no contamos con su presencia y menos con su anuencia. Negociamos derechos de terceros sin importar las consecuencias. Pero cuando mediante sentencia judicial, el Señor Juez dispone que aquellos actos violatorios de derechos constitucionales queden sin efecto tenemos las agallas para demandar porque no hemos

Dr. Mauricio Estrella C.

sido parte de una Acción de Protección y nos declaramos anticipadamente inocentes?. Por favor Señor Juez, es la perogrullada más audaz que se pueda observar.

El actor del juicio habla de que el accionar de los demandados es constitutivo de dolo procesal, pues envuelve un uso abusivo del Derecho con el propósito de eludir la disputa lícita en lo procesal con la única contraparte a la cual podían plantear un reclamo judicial para el cobro de supuestos derechos laborales; como lo es ECUADORTLC en su calidad de ex empleadora de los demandados. Creo con toda certeza de que el uso abusivo del Derecho lo ha hecho y lo sigue haciendo el actor del juicio. No hemos de ninguna manera evitado comparecer ante la autoridad competente para demandar y solicitar la reparación integral, material e inmaterial de nuestros derechos constitucionales vulnerados. No hemos violado el debido proceso; hemos demandado al legítimo contradictor que en el caso que nos ocupa son las autoridades del Ministerio del Trabajo, Ministerio de Relaciones Laborales, Director del Trabajo e Inspector General del Trabajo, de ellos nacen los actos administrativos ilegítimos, pues ninguna de las autoridades mencionadas podían, facultar a un particular para que retenga las utilidades de los trabajadores; así como tampoco para legalizar y solemnizar acuerdos transaccionales celebrados entre particulares, menos aún cuando al respecto, la máxima autoridad de la época que era el Ministro de Trabajo y Empleo ya se había pronunciado negando las peticiones, puesto que podían perjudicar y vulnerar los derechos de los trabajadores, conforme dentro del término de prueba lo justificaré; en todo caso quienes violaron la Constitución fueron los servidores públicos mencionados al atribuirse funciones que no les compete.

La lección de Derecho Constitucional que trata de explicar en el párrafo tercero de la segunda hoja de la demanda, debería entenderla y practicarla el actor, ya que la Acción de Protección nos permite a los ciudadanos comunes y corrientes que no contamos con los medios económicos con que cuentan las grandes empresas para poder acudir ante las autoridades judiciales y pedir que se imparta justicia. Nosotros, el compareciente y demás demandados no tenemos ningún tipo de litigio con la empresa ECUADORTLC S.A., la mencionada empresa en calidad de empleadora nuestra tiene la obligación de pagar las utilidades anuales conforme dispone la Ley; eso no es materia de ningún análisis, ni controversia.-Lo que ECUADORTLC S.A. pretendió al suscribir los acuerdos transaccionales mencionados en líneas anteriores es violar nuestros derechos y dejar de reconocer tales utilidades que por derecho contemplado en la Constitución de la República del Ecuador y por obligación legal nos correspondía. El fraude procesal y abuso del derecho; la omisión de garantías del debido proceso, lo cometieron los funcionarios del Ministerio de Relaciones Laborales que permitieron que estos abusos se cometan al otorgar mediante actos administrativos facultades a la empresa para que retenga las utilidades y al legalizar y solemnizar acuerdos transaccionales cuando ya esto se había negado anteriormente, esto lo reconocieron los Señores Jueces de la H. Corte Provincial de Justicia, en sentencia que obligatoriamente tiene que ser ejecutada por disposición constitucional. La enunciación del Art. 2214 del Código Civil que hace referencia el actor en su demanda dispone: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito". De la simple lectura de este artículo podemos inferir que se trata de una disposición legal de la que vamos hacer uso en el momento oportuno; ya que si nuestra Acción de Protección fue aceptada en

sentencia y dejó sin efecto los actos administrativos, se desprende que los PERJUDICADOS somos nosotros y no la empresa ECUADORTLC S.A. la referida empresa, lo que no acepta es que, los trabajadores hayan obtenido sentencia favorable, y ahora como la Ley dispone, una vez que los actos administrativos han quedado sin efecto, las cosas vuelvan a su estado anterior y ellos tengan que cumplir con la obligación de pagar las utilidades, y por lo tanto reembolsar los valores que fueron retenidos.

En relación al Numeral 2. De la demanda que se refiere a la Sentencia dictada el 1º de Julio del 2010, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales en que se dictó sentencia a favor de los actores de la acción de protección; pero exclusivamente con respecto al petitório de la demanda que había sido planteada por éstos, y mas no con respecto a ordenar a ECUADORTLC que pague valor alguno a los reclamantes. Es por demás obvio Señor Juez, que si se deja sin efecto los actos que violaron nuestros derechos constitucionales, se regresa al estado anterior y por lo tanto el hecho de que ECUADORTLC S.A., pague nuestras utilidades, ño es consecuencia de ninguna Acción; ese es el DERECHO que nosotros en calidad de trabajadores tenemos por mandato constitucional; no es a los Señores Jueces Provinciales a quienes les corresponde disponer que se pague nuestras utilidades; ese es un derecho constitucional por haber prestado nuestros servicios personales en calidad de trabajadores de ECUADORTLC S.A.; derecho que fue conculcado por los actos administrativos generados por los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Empleo, actual Ministerio de Relaciones Laborales y que se han dejado sin efecto mediante sentencia constitucional dictada por los Señores Jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales dentro de la Acción de Protección signada con el número 369-2010 (segunda instancia) y que se encuentra debidamente ejecutoriada. Cuando manifiesta que no se ha citado al Gerente de ECUADORTLC; y, que así se produjo su indefensión, debo manifestar a su autoridad que, el Acto Administrativo nace de los servidores públicos; y son ellos los legítimos contradictores en la Acción de Protección propuesta. ECUADORTLC S.A. no ha quedado en indefensión porque no se ha intentado ninguna acción en contra de la mencionada empresa. Cuando se deja sin efecto los actos administrativos, las cosas regresan a su estado anterior; y, en ese estado lo que corresponde constitucional y legalmente hablando es que la Empresa ECUADORTLC S.A. honre sus obligaciones en calidad de empleadora. El actor habla de una injusticia. LA INJUSTICIA se estaba cometiendo cuando a espaldas de los comparecientes, funcionarios públicos permitieron que mediante actos administrativos se vulneren nuestros derechos constitucionales, violando expresas disposiciones constitucionales y legales.

Señor Juez no cabe bajo ninguna circunstancia, la pretensión de ECUADORTLC S.A., de que se le debía haber citado dentro de la Acción de Protección que se propuso, puesto que ellos como particulares no realizaron acto alguno que vulneren nuestros derechos constitucionales, quienes dieron lugar a los actos administrativos que conculcaron nuestros derechos fueron funcionarios públicos del Ministerio del Trabajo; si se hubiese dado el caso que ECUADORTLC S.A., hubiera retenido nuestras utilidades sin contar con los actos administrativos que le facultaron para poder hacerlo, entonces nosotros habríamos iniciado acciones judiciales en contra de ECUADORTLC S.A.

Dr. Mauricio Estrella C.

Venia g...
39

En el numeral 3 de la demanda el actor dice: " No obstante que la sentencia de la Corte no condenó a ECUADORTLC S.A. a nada, el 24 de diciembre de 2010 el Juez de la ejecución, señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha, en acatamiento por una dolosa petición de los actores de la Acción de protección, remitió a ECUADORTLC el oficio número 1581-2010-JPCP-DC, en el que dispone "...que en el término de cuarenta y ocho horas deposite -ECUADORTLC-las utilidades que les corresponde de acuerdo a la minuta y valores que obran a foja trece de los autos, reiterada en escrito de 1 de diciembre de 2010". Que absurda aseveración hace el actor de este infundado juicio. Si él, al exigirle el cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, basada en disposiciones constitucionales y legales, presenta esta perogrullada, cuanto más el Señor Juez de ejecución tiene la obligación de hacer cumplir la sentencia dictada por la Corte Provincial, que es producto de una acción de protección basada en las garantías constitucionales y apegada a derecho; que se ha ventilado cumpliendo todas las garantías del debido proceso. Las obligaciones que mantiene ECUADORTLC S.A. respecto al pago de nuestras utilidades, deben ser cumplidas de manera inmediata porque se refieren a utilidades que debían pagarse en el año 2009; es decir que a la fecha llevan dos años de mora; y, por lo tanto deberían cumplir con el 100% de recargo por incumplimiento. La acción constitucional de protección, está para reparar de manera inmediata el daño irrogado por la vulneración de derechos a los ciudadanos, por lo tanto no existe la dolosa petición de parte del compareciente y demás demandados al Señor Juez de primera instancia, que es el juez de ejecución de la sentencia; el Señor Juez, ni siquiera debía esperar que nosotros solicitemos tal pago, la reparación inmediata del daño causado es el pago inmediato de nuestros derechos consagrados en la Constitución; y el Señor Juez Constitucional, tiene la obligación de velar por el fiel cumplimiento de las garantías constitucionales.

Al referirme a la jurisprudencia a la que hace alusión el actor en relación a la falta de citación al Gerente, por sus propios derechos, y en la que se manifiesta que esta falta de citación produce indefensión, causando desventaja jurídica en relación a la otra parte, ocasionando una injusticia cometida por el juez, etc. Etc., realmente no merece siquiera la pena observarlo, porque dicha jurisprudencia no es aplicable al presente caso; con esta aseveración lo que pretende el actor del juicio es inducir a engaño al juzgador lo cual está sancionado por la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y demás leyes pertinentes. En la Acción de protección propuesta por el compareciente y demás demandados se lo hizo en contra de los servidores públicos accionados, quienes son los responsables de los actos administrativos ilegítimos que vulneraron los derechos constitucionales. Al tratarse de una sentencia obviamente que no condena a NADIE, simplemente deja sin efecto tales actos administrativos, esto lo sabe un estudiante; con mucho más razón el profesional que patrocina la defensa del supuesto actor de este juicio, el resultado de la acción constitucional es reparar el derecho constitucional y humano violado. y/o vulnerado; por lo tanto, la consecuencia jurídica es que ECUADORTLC S.A. reconozca los derechos violados es decir pague las utilidades que por ley correspondía a los trabajadores que prestaron sus servicios lícitos y personales a la EMPRESA.

En esta demanda se está cuestionando la actuación de los Señores Jueces tanto Provinciales como de primera instancia; y, en ninguna parte de esta demanda vemos que

hayan sido demandados también, como debían haberlo hecho si se sienten perjudicados por tal actuación.

Cuando el actor del juicio habla de una "petición dolosa", vale la pena recordarle la jurisprudencia contenida en la Gaceta Judicial No.- 11-IX-2000 (Resolución No. 350-2000, Primera Sala, R.O. 203, 14-XI-2000) que dice: "... SEGUNDO.- Según nuestro ordenamiento legal, el que ha cometido un hecho ilícito que ha inferido daño a la persona o propiedad de otro incurre en la responsabilidad civil de pagar indemnización al agraviado. El hecho ilícito puede constituir las figuras jurídicas del delito o del cuasidelito. Delito es el hecho cometido con la intención de dañar, esto es, con dolo o malicia, que según la definición del último inciso del Art. 29 del Código Civil es la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Cuasidelito es el hecho ilícito cometido con culpa, que según el inciso tercero del mismo artículo es la falta de aquella diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. El mismo hecho ilícito, entonces, puede constituir delito o cuasidelito, de acuerdo con la circunstancia de haber sido cometido con malicia o dolo o sin él. De otro lado, el delito o cuasidelito puede ser penal o civil. El delito o cuasidelito es penal cuando el hecho ilícito está tipificado como infracción penal por la ley, y es civil en los demás casos. Por lo común el delito es penal, puesto que el dolo o malicia es uno de los elementos constitutivos de la acción penal; sin embargo, existen hechos dolosos que no están tipificados como infracciones por la ley penal, en cuyo caso, el hecho ilícito no obstante ser malicioso o doloso constituye únicamente delito civil. TERCERO.- El ejercicio abusivo del derecho que ocasiona daño a la persona o patrimonio de otro puede constituir delito si dicho ejercicio se lo ha hecho con malicia y cuasidelito si lo ha hecho con culpa. Dentro del abuso del derecho, el Código de Procedimiento Penal contempla los casos de la denuncia y de la acusación particular maliciosa o temeraria. El Tribunal o Juez de lo Penal, en la sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento definitivo está obligado a calificar si la denuncia o acusación particular han sido maliciosas o temerarias, según corresponda. Así lo disponen expresamente los Arts. 245, 248 y 330 del Código de Procedimiento Penal. El condenado por temeridad pagará las costas judiciales así como las indemnizaciones y perjuicios y si el Juez también las hubiere calificado de maliciosas, el acusador o el denunciante responderá además con la infracción prevista en el Art. 494 del Código Penal, esto es prisión de dos meses a dos años y multa de 40 a 160 sucres (Art. 445 del Código de Procedimiento Penal). CUARTO.- De acuerdo con la doctrina, consagrada por nuestro derecho positivo, los daños que puede sufrir una persona por un hecho ilícito se clasifican en dos grandes categorías: daños patrimoniales y daños morales, que no es sino la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en patrimoniales y extrapatrimoniales. Son derechos patrimoniales aquellos que poseen un valor pecuniario, o sea los que son susceptibles de ser apreciados adecuadamente en dinero. Son derechos extrapatrimoniales aquellos inherentes a la personalidad, como los de integridad física, integridad moral, afecciones, etc.; se adquieren o pierden con independencia a la voluntad y no admiten apreciación adecuada en dinero, así como también son inalienables e imprescriptibles. En cuanto a las características de los daños patrimoniales no hay discrepancias en la doctrina, no así en cuanto a los daños extrapatrimoniales en que las opiniones de los tratadistas se hallan divididas; algunos las caracterizan por los efectos que produce el hecho ilícito, otros, por la naturaleza del

bien lesionado y, los más, con el criterio de que son daños morales todos aquellos que no pueden ser patrimoniales. Nuestro Código Civil, en el art. 2241 establece la regla general de que: 'El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de que la pena que le impongan las leyes por el delito o el cuasidelito'. En el Art. innominado incorporado por la Ley No. 171, Título XXXIII del Libro Cuarto, De los Delitos y Cuasidelitos, caracteriza a los daños morales como los que provoquen sufrimientos psíquicos o físicos, como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Enumera, especialmente, entre los delitos y cuasidelitos que ocasionan daño moral a aquellos que manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación, las lesiones, la violación, el estupro, los atentados contra el pudor, los arrestos ilegales o arbitrarios y los procedimientos injustificados. QUINTO.- Al tratarse de una sentencia o auto en que el Juez o Tribunal Penal declara la denuncia o la acusación particular de temeraria, que es el caso sub lite, es necesario dilucidar cuál es el Juez competente para conocer y resolver la demanda en que se pretenda el pago de indemnización por daño moral. Según la definición del Art. 1 del Código de Procedimiento Civil: 'La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes. Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados'. La jurisdicción o potestad de administrar justicia es única, por tanto lo ideal sería que exista un solo Tribunal y Juez para administrar justicia en todo el territorio nacional; pero esto es prácticamente imposible, de allí que el Legislador haya tenido que distribuir la jurisdicción en numerosas porciones. Esta medida o porción de la jurisdicción distribuida entre los jueces y tribunales es lo que se llama competencia. La ley señala con precisión los límites del ámbito, esfera o campo de acción dentro del cual el Juez o Tribunal ha de ejercer su potestad jurisdiccional. Para Chiovenda, 'Competencia es el conjunto de causas sobre las cuales puede el órgano ejercer la fracción de jurisdicción'. Una de las fracciones o porciones en que se distribuye la jurisdicción es por razón de la materia, que se refiere a la naturaleza del asunto sometido al Juez o Tribunal; naturaleza que, a su vez, está determinada por las leyes sustanciales o materiales. La porción de jurisdicción por razón de la materia se subdivide a su vez en: competencia civil y penal; y en virtud de la cual los jueces civiles deben conocer los asuntos civiles y mercantiles y los jueces de lo penal, los asuntos penales. La indemnización por daños morales es un asunto eminentemente civil, sin embargo, por excepción a la regla, a los jueces de lo penal les corresponde conocer la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio abusivo del derecho por parte del denunciante o acusador particular. Así lo dispone clara y categóricamente, el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, que dice: 'En caso de sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo, si la acusación o denuncia han sido calificadas de temerarias, la demanda de indemnización de daños y perjuicios se sustanciará en la vía verbal sumaria y en cuaderno separado, ante el Presidente del Tribunal Penal o ante el Juez Penal, según el caso' SEXTO.- La Ley No. 171, publicada en el R.O. 779 de 4 de julio de 1984, que mandó a agregar tres artículos innominados al Título XXXIII, de los delitos y cuasidelitos, del Libro Cuarto del Código Civil, llenó el vacío que existía en nuestra legislación concerniente al daño moral; pero todas estas

disposiciones son de carácter sustantivo o material; en ninguna de sus partes reguló la competencia para conocer y resolver las demandas por daño moral, así como tampoco lo hizo acerca del procedimiento a seguirse. Es decir dejó intocadas las disposiciones procesales vigentes acerca de la competencia y el procedimiento a seguirse. Es sabido que la jurisdicción legal nace de la ley y ni en la Ley No. 171 ni en otro cuerpo legal se otorga competencia al Juez de lo Civil para conocer y resolver las demandas de indemnización por daño moral en el caso de que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento definitivo hubiesen calificado como temeraria la denuncia o la acusación particular. SÉPTIMO.- Se ha argumentado que las demandas por indemnización por daños materiales en el caso del abuso del derecho de la referencia deben ser conocidas por un Juez de lo Penal, y las denominadas indemnizaciones por daño moral deben ser conocidas por un Juez de lo Civil. Estos argumentos son completamente deleznable por estas razones: a) El Art. 162 del Código de Procedimiento Penal se refiere, en forma general a la indemnización de daños y perjuicios, no lo limita exclusivamente a los daños materiales, y donde la ley no distingue no puede distinguir el juzgador; b) Un mismo hecho ilícito, por lo común ocasiona simultáneamente daño material y daño moral, la frontera entre el uno y el otro frecuentemente es difícil de diferenciar porque el daño material o patrimonial coexiste comúnmente con el daño moral o extrapatrimonial. Una lesión o menoscabo en la integridad física, en el honor o en otro bien inherente a la personalidad, no sólo produce inevitablemente y de manera directa un daño moral, sino que es susceptible de ocasionar perjuicios de manera mediata sobre el patrimonio de la misma. Al respecto Roberto H. Brebbia dice: 'la extrapatrimonialidad de los daños morales deben entenderse en el sentido de que son susceptibles de incidir de una manera indirecta sobre el patrimonio de las personas, en cuanto a los bienes personales menoscabados por el hecho ilícito poseen generalmente un determinado valor económico y como tal influyen en la capacidad productiva del sujeto pasivo del agravio. La distinción entre valor económico y valor pecuniario viene a constituir la clave de la clasificación de los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien con valor pecuniario, es decir, de un bien patrimonial; en cambio, los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales que no poseen traducción adecuada en dinero y, por tanto, carecen de valor pecuniario, pero, en cambio, son susceptibles de tener valor económico porque suelen incidir sobre la capacidad productiva del sujeto. Los agravios patrimoniales inciden de una manera directa sobre el patrimonio del sujeto, formado exclusivamente por bienes con valor pecuniario; los daños morales inciden indirectamente sobre el patrimonio por cuanto los bienes con valor pecuniario que forman el mismo sólo se ven influidos por la lesión a un bien personal en la medida de que este menoscabo redunde en desmedro de la capacidad del sujeto para producir o conservar esa clase de bienes' (El Daño Moral, segunda edición, Editorial Orbis Córdoba, Argentina, 1967, Pág. 83). Por lo dicho en la sentencia pronunciada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito, no existe transgresión de las normas de derecho contenidas en la Ley No. 171, publicada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984 y, por lo mismo, no procede casar la sentencia por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. En mérito de las consideraciones expuestas, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA

TRELA
Aboga

R
ir
L
es
de
el
cc
re
ca
-
qu
inc
co
en
No
vio
de
pu
trat
Est
eco
a la
rem
libr
últi
dere
ley
renc
habr
perju
del C
sus t
conc
reter
y, qu
Prim
Quit
come
S.A.,
reclar
plena
acció
deber
dentro
TRAB
S.A.

Como puede demantarse, el representante legal de ECUADORTLC S.A., el pago de daños y perjuicios aduciendo que se ha abusado del derecho y que se ha cometido un cuasidelito, habiendo como antecedente una Acción de Protección? La respuesta es simple, lo único que pretende ECUADORTLC S.A. a quien nadie a calumniado, injuriado, menos aun ha causado perjuicio económico alguno ni pecuniario - económico, ni moral, es dejar de cumplir su obligación de pagar las utilidades a que por ley correspondía a sus trabajadores; y, que acudiendo a órganos administrativos incompetentes y fraguando actas ilegítimas violó expresas disposiciones constitucionales y legales, vale decir vulneró nuestros legítimos derechos consagrados en la Constitución y la Ley.

No existen conflicto de intereses, lo único que existen son derechos constitucionales violados, así lo determinó la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la H. Corte Provincial de Justicia de Quito en sentencia. ECUADORTLC S.A. no puede pretender que se cambie la figura jurídica e induciendo a engaño a la autoridad para tratar de hacer aparecer un conflicto de intereses. El Art. 33 de la Constitución del Estado Ecuatoriano dispone: "El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado"; el Art. 328 de la Constitución de la República en su último inciso señala: ".....Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables. En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades. Todo fraude o falsedad en la declaración de utilidades que perjudique este derecho se sancionará por la ley." y, por su parte el Art. 97 reformado del Código de Trabajo dispone que "El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince (15%) de las utilidades líquidas." Este es el derecho que se conculco mediante los actos administrativos que facultaron a ECUADORTLC S.A. a retener las utilidades, en perjuicio de todos los trabajadores de la mencionada empresa; y, que fueron reconocidos y reparados por la sentencia ejecutoriada dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la H. Corte Provincial de Quito. Por lo tanto ni el compareciente, ni ninguno de los demás demandados han cometido delito, ni cuasidelito alguno en perjuicio de la Empresa ECUADOR TLC S.A., que merezcan un reconocimiento de pago por daños y perjuicios, pues cuando se reclaman daños y perjuicios ocasionados por un actuar ilícitos, éstos deben aparecer plenamente probados en el proceso. Esto es apenas natural, pues teniendo por objeto la acción de indemnización de perjuicios el resarcimiento de los daños causados, estos deben aparecer probados; y; más bien Señor Juez, se debe poner en su conocimiento que dentro de los acuerdos transaccionales que ECUADORTLC S.A. suscribió con los EX - TRABAJADORES de las empresas SKANSKA ECUADOR S.A., DAIMIECUADOR S.A. Y CONCLINA C.A. en el numeral **2. OBJETO DEL ACUERDO**

TRANSACCIONAL, se estableció la forma en la que ECUADORTLC S.A. debía realizar los pagos señalándose:

- 1) El 40% a la firma de la presente acta, y una vez que esté aprobada por el Señor Ministro de Trabajo y Empleo;
- 2) El 45% al 30 de abril del año 2009; y
- 3) El 15% al 30 de abril del año 2010, siempre que no se acepten nuevos reclamos, de acuerdo a lo estipulado expresamente en el numeral 4.3. del presente instrumento

De acuerdo a los montos de pago que se establecieron, el último pago del 15% que se debía realizar hasta el 30 de abril de 2010, representa la suma de **DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO 85/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA (USD. 2'246.668,85)**, cantidad que sin embargo de que ECUADORTLC S.A., la retuvo de las utilidades de los trabajadores en abril del año 2009, hasta la presente fecha no ha sido depositada en el Ministerio de Relaciones Laborales ni ha sido pagada a los trabajadores tercerizados, manteniéndose esta suma de dinero retenida por ECUADORTLC S.A.,. Por lo tanto Señor Juez es inadmisibles que se pretenda afirmar maliciosamente que si ECUADORTLC S.A. paga los valores que se le ha requerido por la ejecución de la sentencia de la Acción de Protección dentro del juicio 0212-2010 por parte del Señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha, que asciende a la suma **QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS 71/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA**, se la cause grave perjuicio económico, puesto Señor Juez que lo único que ECUADORTLC S.A. tiene que hacer es someterse a la sentencia y obedecer los requerimientos judiciales que se le han realizado y **DEVOLVER** la cantidad requerida de los valores que tiene retenidos, y que son dinero de las utilidades de los trabajadores y no dinero del patrimonio de la empresa. Por lo expuesto Señor Juez, una vez que concluya este juicio, me reservo el derecho de iniciar las acciones judiciales a las que tengo derecho por los términos injuriosos y mal intencionados en los que se ha propuesto la presente demanda, por lo que sin más análisis de ésta infundada y maliciosa demanda propongo las siguientes excepciones:

- 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho.
- 2.- Falta de competencia de su autoridad, Señor Juez, la supuesta acción de daños y perjuicios no nace ni de un delito ni de un cuasidelito conforme queda demostrado del simple análisis de la demanda; sin embargo, en el término de prueba que corresponde agregaré la documentación que respalda mi aseveración.
- 3.- Falta de legítimo contradictor activo y pasivo. No existe nexos causal entre actor y demandados.
- 4.- Plus petition, ya que pretende hacerse beneficiario de una cantidad, sin que exista causa ni objeto lícitos en su demanda.
- 5.- No me allano a ninguna de las nulidades que puedan devenir del desarrollo de este írito proceso.

Una vez que su autoridad compruebe que no existen razones de hecho y menos de derecho para esta absurda demanda, tomando en consideración las excepciones propuestas y la demostración de la realidad real y jurídica, la desechará en sentencia y condenará al pago de costas procesales en las que se incluyan las...

Solic
cum
que
que
come
A su
COR
de C
perju
de un
que:
un us
con la
supue
emple
actor
buen
esas p
capaci
no es
impue
sabido
tanto,
legal d
hacien
está tir
y, que
compa
fama;
trabajo
pueden
cumplir
Quito,
Garanti
inmedia
orden j
pretend
Al habe
Cordero
exista re
del juici
y perjuic
constitu
trabajado

Brwde
C

Dr. Mauricio Estrella C.

Solicito Señor Juez, que en el desenvolvimiento de este proceso su autoridad haga cumplir la disposición del Art.26 del Código Orgánico de la Función Judicial, es decir que el Abogado del actor litigue con buena fé y lealtad procesal; y, si el caso lo amerita que se sancione especialmente la prueba deformada, y todo modo de abuso del derecho, como es el que se está cometiendo con esta arbitraria y abusiva demanda.

A su vez Señor Juez, RECOVENGO al actor de este juicio, JORGE JAVIER GREMES CORDERO, por sus propios derechos y por los derechos que representa en su calidad de Gerente y Representante Legal del ECUADORTLC S.A., al pago de daños y perjuicios; y, daño moral que se me está causando con esta demanda, que está plagada de una serie de injurias graves, como aquella que manifiesta en su demanda cuando dice que: "Este accionar de los demandados es constitutivo de dolo procesal, pues envuelve un uso abusivo del Derecho con el propósito de eludir la disputa lícita en lo procesal con la única contraparte a la cual podían plantear un reclamo judicial para el cobro de supuestos derechos laborales, como lo es ECUADORTLC S.A. en su calidad de ex empleadora de los demandados". Esta aseveración conlleva una gran responsabilidad. El actor del juicio sabe que no puede hacer aseveraciones y menos por escrito en contra del buen nombre y dignidad de las personas, so pena de responder civil y penalmente por esas palabras cargadas de mala fé y ensañamiento. La palabra responsabilidad que es la capacidad de una persona para responder sobre los hechos propios, en materia jurídica no es otra cosa que la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. Es sabido por todos que en nuestro ordenamiento jurídico, los juicios son públicos, por lo tanto, lo que se diga en la demanda debe considerarse cierto, para que tenga el respaldo legal de reclamarlo; y, al hacer una aseveración falsa como es el presente caso, nos está haciendo víctimas de un delito de injurias graves en forma pública y por escrito, lo cual está tipificado y sancionado por el Art. 490 y 491 del Código Penal en actual vigencia; y, que acudiremos a los jueces competentes para hacer valer nuestros derechos. El compareciente y los demás demandados somos personas honorables, honestas, de buena fama; profesionales, que hemos ido ganando nuestro prestigio a través de nuestro trabajo digno y dedicación; y, éstas virtudes desarrolladas a lo largo de nuestra vida no pueden ser mancilladas por parte de una persona, por el simple hecho de que se niega a cumplir una sentencia constitucional dictada por la H. Corte Provincial de Justicia de Quito, la misma que se encuentra ejecutoriada; y, que de acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional debe ser ejecutada de manera inmediata; no obstante no lo ha hecho, no ha cumplido hasta la presente fecha con una orden judicial, esa es la clara demostración de que se trata de una persona que lo que pretende es burlar la Constitución, la Ley y la Justicia ecuatorianas.

Al haber presentado esta infundada demanda; el actor del juicio Jorge Javier Gremes Cordero, nos ha obligado a acudir ante su autoridad y emprender una defensa, sin que exista razón ni causa justa; este sí constituye un abuso del Derecho por parte del actor del juicio, quien a través de esta demanda pretende que se le reconozca el pago de daños y perjuicios por una omisión de su parte, cual es la falta de cumplimiento en el mandato constitucional y legal que tiene relación al pago de las utilidades de las Empresas a sus trabajadores. El uso abusivo del Derecho por parte del Actor de este juicio debe ser sancionado, porque además de distraer la atención de Usted Señor Juez, en una causa que no tiene razón, mediante este accionar está causando daños irreparables en el orden

moral y económico de todos los demandados, especialmente por sus maliciosas aseveraciones plasmadas en la demanda. Por lo expuesto, conforme a los fundamentos de hecho expresados; y, amparada en lo dispuesto en los Arts. 2214, 2215, 2216; y, 2217; así como los Arts. 2231, 2232, y siguientes del Código Civil en actual vigencia, RECONVENGO a JORGE JAVIER GREMES CORDERO, por sus propios derechos y por los derechos que representa en calidad de Gerente General y Representante Legal de ECUADOR TLC S.A., al pago de daños y perjuicios y daño moral a favor de la compareciente.

La cuantía la fijo en **DOS MILLONES QUINIENTOS MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA (USD \$2.500.000,00)**, cantidad que se justificará en forma oportuna, puesto que mi patrimonio se ha visto afectado no solo en forma material o pecuniaria sino también en el orden moral, ya que he sido víctima de un daño moral irreparable con esta demanda que daña mi buen nombre y dignidad por las falsas aseveraciones que contienen.

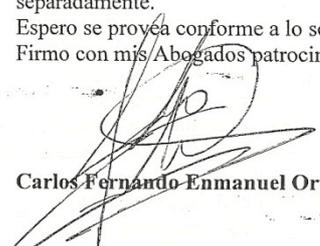
El trámite a darse a la presente reconvencción es aquel que está determinado en el Art. 398 del Código de Procedimiento Civil.

Al reconvenido se le notificará con mi Reconvencción en el Casillero Judicial que tiene señalado para tal efecto.

Mis notificaciones las recibiré en el Casillero Judicial No. 3897 del Palacio de Justicia de Quito. Nombro como mis Abogados patrocinadores a los Dres. Germánico Maya Rivadeneira; y Dr. Mauricio Javier Estrella, profesionales a quienes autorizo suscribir los escritos necesarios en defensa de mis intereses con su sola firma conjunta o separadamente.

Espero se proveya conforme a lo solicitado por ser de Justicia.

Firmo con mis Abogados patrocinadores:


Carlos Fernando Enmanuel Ortiz

No. 17313-2011-0165

Presentado en el día de hoy ~~miércoles~~ ~~veinte y siete~~ ~~de~~ ~~junio~~ del dos mil once, a las quince horas y dieciseis minutos, con 1 copia(s) igual(es) a su original, sin anexos. Certifico. 


DR.-NILO GONZALO ALMACHI
SECRETARIO

ESTRELLA
Abogado

SE

CA

PA

civ

Qu

ext

CC

EC

ten

Nie

plad

den

En

den

AC

de l

Esp

señ

Insp

prot

adm

4 de

Trab

ECU

Pich

inter

Regi

Trab

derec

y/o r

oblig

ECU

conta

conse

final

evitan

ese p

propi

En est

la Cor

ampar

interp

omisi

supon

Buenos y
D-49

SEÑOR JUEZ DECIMO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA

JAVIER GREMES CORDERO, en la calidad que obra de autos, dentro del juicio ordinario No. 165-2011 que sigo en contra de CABRERA RIVADENEIRA ADOLFO BENITO, CAJAMARCA CALLE SEGUNDO GERARDO, ENMANUEL ORTIZ CARLOS FERNANDO, FLORES CUEVA PABLO ANTONIO, ISCH DAVALOS OSCAR MAURICIO, MEJIA COBO JANNISE PAOLA, PROAÑO SALGADO PAOLA ANDREA y SUAREZ RAMOS PABLO EDUARDO, a usted digo:

I ANTECEDENTES

Mediante providencia de fecha, 21 de febrero de 2011, se avoca conocimiento de la causa y se califica la demanda admitiéndola a trámite. En la misma se dispone citar a los señores: PAOLA ANDREA PROAÑO SALGADO, JANNISE PAOLA MEJIA COBO, OSCAR MAURICIO ISCH DAVALOS, PABLO ANTONIO FLORES CUEVA, CARLOS FERNANDO ENMANUEL ORTIZ, SEGUNDO GERARDO CAJAMARCA CALLE, PABLO EDUARDO SUAREZ RAMOS y ADOLFO BENITO CABRERA RIVADENEIRA en los lugares indicados para el efecto.

En la demanda que presentó mi representada, con fecha 4 de enero de 2011, en el numeral VII, correspondiente a Citaciones y Notificaciones, especificó lo siguiente: *"Una vez que tenga conocimiento de los domicilios de los señores Pablo Antonio Flores Cueva, Carlos Fernando Enmanuel Ortiz y Jannise Paola Mejía Cobo, se los indicaré para proceder con las respectivas citaciones"*.

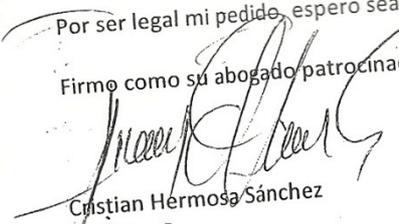
II PETICION

Pór lo expuesto, solicito tomar en cuenta las siguientes direcciones para que se proceda con las citaciones correspondientes a:

Emmanuel Ortiz Carlos Fernando	Cumbayá Sector San Juan Alto / Conjunto Kayana Casa Nº 3 Lote Nº 2 Los Libertadores y Joan Miro. O en el lugar que indique personalmente.
Flores Cueva Pablo Antonio	Ignacio Lasso N34-74 (138) y Flores Jijón, Edificio Jardines de Bellavista, Dpto. 2A SUR, Batán Alto. O en el lugar que indique personalmente.
Mejía Cobo Jannise Paola	Vía Acuario S/N y Vía Láctea, Cumbayá. O en el lugar que indique personalmente.

Por ser legal mi pedido, espero sea atendido en forma favorable.

Firmo como su abogado patrocinador, debidamente autorizado.


Cristian Hermosa Sánchez
ABOGADO
Reg. Prof. 5755 C.A.P.

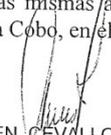
No. 17313-2011-0165

Presentado en el día de hoy viernes primero de julio del dos mil once, a las nueve horas y dieciseis minutos, con 1 copia(s) igual(es) a su original, sin anexos. Certifico. 


DR.-NILO GONZALO ALMACHI
SECRETARIO

Veinte y Uno -17-
D

JUZGADO DECIMO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Quito, jueves 21 de julio del 2011, las 14h18. Agréguese al proceso los escritos presentados, así como las razones de citaciones que se adjunta. Téngase en cuenta los casilleros judiciales señalados por los demandados Carlos Fernando Enmanuel Ortiz, Pablo Antonio Flores Cueva, Paola Andrea Proaño Salgado y Segundo Gerardo Cajamarca Calle, dentro del término legal correspondiente. Las reconvencciones que anteceden, son claras y completas, en consecuencia, córrase traslado con las mismas al actor, por el término de quince días. Cítese a la señora Jannise Paola Mejía Cobo, en el lugar que se indica. NOTIFIQUESE.-


DR.-RUBEN CEVALLOS FABARA
JUEZ SUPLENTE

En Quito, jueves veinte y uno de julio del dos mil once, a partir de las diecisiete horas y treinta minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el DECRETO que antecede a: ECUADORTLC S.A., GREMES CORDERO JAVIER en el casillero No. 1026 del Dr./Ab. MEYTHALER BAQUERO JOSE RAFAEL. CAJAMARCA CALLE SEGUNDO GERARDO, ENMANUEL ORTIZ CARLOS FERNANDO, PROAÑO SALGADO PAOLA ANDREA en el casillero No. 3897 del Dr./Ab. ESTRELLA CAIZAGUANO MAURICIO JAVIER; FLORES CUEVA PABLO ANTONIO en el casillero No. 3897 del Dr./Ab. MAYA RIVADENEIRA EDUARDO GERMANICO.


DRA. KARLA MUELA
OFICIAL MAYOR

Ultimo y dos 9/52

SEÑOR JUEZ DECIMO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.-

JAVIER GREMES CORDERO, en la calidad que consta de autos, dentro del juicio ordinario No. 165-2011 que sigo en contra de Pablo Antonio Flores Cueva, Carlos Fernando Enmanuel Ortiz, Paola Andrea Proaño Salgado, Segundo Gerardo Cajamarca Calle y otros, digo:

En referencia a su providencia de 21 de julio de 2011, las 14h18, que dice:

JUZGADO DECIMO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.- Quito, jueves 21 de julio del 2011, las 14h18.- Agréguese al proceso los escritos presentados, así como las razones de citaciones que se adjunta. Téngase en cuenta los casilleros judiciales señalados por los demandados Carlos Fernando Enmanuel Ortiz, Pablo Antonio Flores Cueva, Paola Andrea Proaño Salgado y Segundo Gerardo Cajamarca Calle, dentro del término legal correspondiente. Las reconveniones que antecedan, son claras y completas, en consecuencia, corrare traslado con las mismas al actor, por el término de quince días. Cítese a la señora Janine Paola Mejía Cobo, en el lugar que se indica. NOTIFIQUESE.- D.- DR. RUBEN CEVALLOS FABARA, JUEZ SUPLENTE.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

DRA. KARLA MUELA
OFICIAL MAYOR

De conformidad con lo establecido en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, solicito se sirva revocar en el decreto de 21 de julio de 2011 y proceda a calificar la contestación a la demanda en virtud de lo establecido en el último inciso del artículo 102 del Código de Procedimiento Civil y además, se refiera en la calificación al hecho procesal de que los señores Pablo Antonio Flores Cueva y Carlos Fernando Enmanuel Ortiz, tienen conocimiento de la demanda y auto de calificación por cuanto ha contestado la demanda, han opuesto excepciones y hasta han reconvenido, sin que medie acto o diligencia de citación o en su defecto aclare su providencia de naras, cuando dice: "...dentro del término legal correspondiente."

En conformidad con lo establecido en el numeral 9º del artículo 129 del Código Orgánico de la Función Judicial y presupuesto procesal de competencia, solicito al Señor Juez, se pronuncie al tiempo, previa y motivadamente sobre la excepción de "Falta de competencia" opuesta por los señores Pablo Antonio Flores Cueva, Carlos Fernando Enmanuel Ortiz, Paola Andrea Proaño Salgado y Segundo Gerardo Cajamarca Calle que constan en el numeral 2, excepciones, página 9 reserva, de cada contestación a la demanda.

Una vez resuelta la revocatoria e incidente de competencia propuesto por los demandados y resuelto que sea el continuar con la sustanciación de la causa, procederé dentro del término

UNIVERSIDAD ... 77

Larreátegui, Meythaler & Zambrano
Abogados

que dispone la Ley y a vuestra providencia, a contestar las sendas reconvencciones en cuanto a derecho corresponda.

Tanto más, Señor Juez, que en el evento no consentido y no admitido de que resuelva aceptar la excepción de incompetencia que por la materia opone la parte demandada, deberá declarar la nulidad y ordenar el archivo de la causa y así, no existiría la posibilidad jurídica de tramitar la acción de daño moral, propuesta por los demandados por vía de reconvencción.

Desde ya dejo expresa constancia que la parte demandada no ha presentado documento alguno como parte de su contestación a la demanda en defecto de lo establecido en el artículo 102 del Código de Procedimiento Civil que en la parte pertinente, dice: "La contestación a la demanda se acompañara de las pruebas instrumentales que disponga el demandado, y las que acrediten representación, si fuere del caso. La transgresión a este precepto ocasionará la invalidez de la prueba instrumental de la pretensión" Y así además, se corrobora con las razones de presentación de tales escritos:

No. 17313-2011-0165
Presentado en el día de hoy miércoles veinte y nueve de junio del dos mil once, a las quince horas y dieciocho minutos, con 1 cop(a)s igual(es) a su original, sin anexos.
Certifico.

DR. NILO GONZÁLEZ ALMACHI
SECRETARIO

Firmo como su abogado patrocinador, debidamente autorizado.

Cristian Hermosa Sánchez

ABOGADO

Reg. Prof. 5755 C.A.P.

Presentado el día de hoy, martes veintiseis de julio del dos mil once, a las dieciocho horas con veinte minutos, en dos (2) fojas, con dos (2) copias iguales a su original; documento que se recibe por cuanto esta Judicatura se encuentra de turno.- Certifico.-



Dra. María José Rivadeneira Domínguez
SECRETARÍA DEL JUZGADO VIGÉSIMO
SEGUNDO DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA
Avenida 6 de Diciembre No. 2816 y Palti River, Edificio Josuéth González IOMO. Piso 33. Telef: PEX (5932) 223-2720 Fax: (593-2) 256-8013 Quito-Ecuador

SEÑOR JUEZ DECIMO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.-

JAVIER GREMES CORDERO, en la calidad que consta de autos, dentro del juicio ordinario No. 165-2011-VG, a usted respetuosamente manifiesto y digo:

I ANTECEDENTES

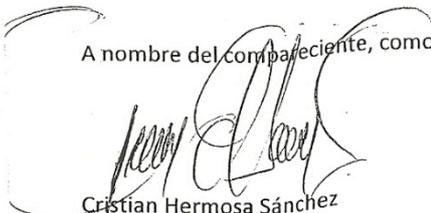
El 26 de julio de 2011, se ingresó un escrito en contestación a su providencia de fecha 21 de julio del mismo año, donde se agrega al proceso las contestaciones a la demanda y se califica las reconvencciones propuestas, en el referido escrito se solicitó: "se proceda a calificar la contestación a la demanda, en virtud de lo establecido en el último inciso del artículo 102 del Código de Procedimiento Civil, y además se refiera en la calificación al hecho procesal de que los señores Pablo Antonio Flores Cueva y Carlos Fernando Enmanuel Ortiz, tienen conocimiento e la demanda y auto de calificación por cuanto ha contestado la demanda, han opuesto excepciones y hasta han reconvenido, sin que medie acto o diligencia de citación...."

Tal como lo faculta la Constitución, Ley y disposiciones del Consejo Nacional de la Judicatura se presentó el escrito que contiene un recurso de revocatoria a su providencia de 21 de julio de 2011, ante el juez penal de turno, mismo que ha remitido la referida actuación o escrito a vuestra judicatura y se encuentra pendiente de despacho.

II PETICION

En tal virtud, solicito se agregue al proceso el referido escrito al proceso, y se resuelva lo que en derecho corresponda.

A nombre del compareciente, como su abogado defensor, debidamente autorizado.


Cristian Hermosa Sánchez
ABOGADO

Reg. Prof. 5755 C.A.P.

No. 17313-2011-0165

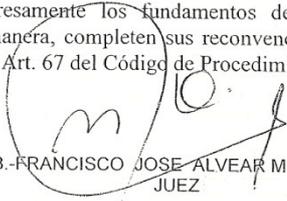
Presentado en el día de hoy jueves veinte y cinco de agosto del dos mil once, a las nueve horas y treinta y dos minutos, con 1 copia(s) igual(es) a su original, sin anexos.

Certifico. 


DR. NILO GONZALO ALMACHI
SECRETARIO

unuentey crass

JUZGADO DECIMO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Quito, miércoles 26 de octubre del 2011, las 10h33. Los escritos presentados por la parte actora, de fs. 52 a 53; y, 54, agréguelos al proceso. Atento a lo solicitado por la parte actora, se revoca en su totalidad el decreto de fecha 21 de julio del 2011, a las 14h18. Los escritos presentados por los codemandados, Sres. Segundo Gerardo Cajamarca Calle, Paola Andrea Proaño Salgado, Carlos Fernando Enmanuel Ortiz y Pablo Antonio Flores Cueva, de fs. 25 a 30 vta; 31 a 36 vta; 37 a 42 vta; y 43 a 48 vta., respectivamente, agréguelos al proceso. Previamente a calificar las contestaciones, reconveniones, y aceptarlas a trámite, de conformidad con la última parte, Inciso tres, del Art. 76 de la Constitución de la República, aplicando el Art. 275 del Código de Procedimiento Civil, con observancia del trámite propio de cada procedimiento, los codemandados completen sus contestaciones a la demanda al tenor de lo determinado en el Art. 102 del Código Adjetivo Civil, inciso tres, determinando expresamente los fundamentos de derecho en que apoyan sus excepciones. De igual manera, completen sus reconveniones, al tenor de todos y cada uno de los numerales del Art. 67 del Código de Procedimiento Civil. NOTIFÍQUESE.-


AB.-FRANCISCO JOSE ALVEAR MONTALVO
JUEZ

En Quito, miércoles veinte y seis de octubre del dos mil once, a partir de las dieciséis horas y treinta minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el DECRETO que antecede a: ECUADORTLC S.A., GREMES CORDERO JAVIER en la casilla No. 1026 del Dr./Ab. MEYTHALER BAQUERO JOSE RAFAEL. CAJAMARCA CALLE SEGUNDO GERARDO, ENMANUEL ORTIZ CARLOS FERNANDO, PROAÑO SALGADO PAOLA ANDREA en la casilla No. 3897 del Dr./Ab. ESTRELLA CAIZAGUANO MAURICIO JAVIER; FLORES CUÉVA PABLO ANTONIO en la casilla No. 3897 del Dr./Ab. MAYA RIVADENEIRA EDUARDO GERMANICO. No se notifica a CABRERA RIVADENEIRA ADOLFO BENITO, ISCH DAVALOS OSCAR MAURICIO. MEJIA COBO JANNISE PAOLA SUAREZ RAMOS PABLO EDUARDO

Tribunal Supremo.
Sala de lo Civil, Sección: 1
Sentencia Nº 44/2006

Resumen:

Abuso de derecho. Daños causados por proceso judicial. Uso arbitrario e injustificado por el acreedor hipotecario de dos de los cauces procesales que la ley ofrece para la satisfacción de su crédito. Tras obtener sentencia favorable en proceso ejecutivo ordinario, con embargo entre otros del bien hipotecado, no insta la vía de apremio, iniciando la ejecución hipotecaria, que no le reporta mayor garantía de la ya obtenida en el primer proceso, y desistiendo de éste únicamente ante la denuncia del deudor sobre la duplicidad de procesos.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil seis. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Diecisiete de la Audiencia Provincial de Cataluña, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía, nº 367/97 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Barcelona; cuyo recurso fue interpuesto por doña Luisa, don Benedicto y "La Puda de Monserrat, Balneari, Manantials i Aigües, S.A.", representados por el Procurador de los Tribunales don Carlos Piñeira de Campos y defendidos por el Letrado don Luis M^o Miralbel Guerin; siendo parte recurrida el Banco Bilbao Vizcaya, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales don Francisco Javier Ruiz Martínez Salas, sin que conste la identidad del Letrado que firma el escrito.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de doña Luisa, don Benedicto y "La Puda de Monserrat, Balneari, Manantials i Aigües, S.A.", contra el Banco Bilbao Vizcaya, S.A.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia "... en virtud de la cual se declarasen todos y cada uno de los siguientes pronunciamientos:

a) La nulidad del procedimiento judicial sumario hipotecario seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Barcelona bajo el número de autos 395/96-2ª a instancias del "BANCO BILBAO VIZCAYA, S.A." contra la finca especialmente hipotecada por mi mandante, don Benedicto desde que el mismo fue requerido de pago.

b) Que "BANCO BILBAO VIZCAYA, S.A." se halla en adeudar a mis mandantes los daños y perjuicios a determinar en periodo de ejecución de sentencia de conformidad con las siguientes bases y criterios: La mayor cantidad resultante de las dos cifras que siguen: = La diferencia existente entre el valor de la finca hipotecada a favor de BBV por don Benedicto, sita en la calle Sant Madrona nº 26 de Barcelona y la suma de 97.020.000 pts. = La suma que resultare de la diferencia entre el precio de subasta judicial de la finca hipotecada sita en Santa Madrona nº 26 de Barcelona, si se subastare, y el valor real de dicha finca. = Así como, en todo caso, cincuenta millones de pesetas por los daños morales irrogados a mis mandantes.

Y, en consecuencia, 1.- Que se condene a "BANCO BILBAO VIZCAYA, S.A." a estar y pasar por lo declarado en la Sentencia que se dicte en el presente pleito, así como al pago de las sumas referenciadas en el apartado b de este suplico, a determinar en periodo de ejecución de sentencia, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses correspondientes. 2.- Se condene al demandado, "BANCO BILBAO VIZCAYA, S.A." al pago de las costas causadas en este juicio."

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya, S.A. contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, en definitiva, "... se declare la validez de interposición de su procedimiento sumario hipotecario y se niegue la existencia de daños y perjuicios causados por mi representado el Banco Bilbao Vizcaya, S.A. y se condene a los demandantes al pago de las costas que se ocasionen en el presente procedimiento por su manifiesta temeridad."

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fué declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 14 de julio de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Don Juan Antonio Satorras Calderón, Procurador de los Tribunales y de Doña Luisa, Don Benedicto y LA PUDA MONSERRAT, BALNEARI,

MANANTIAL I AIGÜES S.A., contra el BANCO BILBAO VIZCAYA S.A., representado por el Procurador de los Tribunales Don Isidro Marín Navarro, debo condenar y condeno a la demandada al pago de 15.000.000 de pesetas, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la sentencia, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales"

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación Banco Bilbao Vizcaya, S.A., y sustanciada la alzada, la Sección Diecisiete de la Audiencia Provincial de Cataluña, dictó sentencia con fecha 27 de marzo de 1999, cuyo Fallo es como sigue: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Barcelona en los autos de que este rollo dimana, revocamos dicha resolución, y desestimando la demanda formulada contra aquella por DON Benedicto, DOÑA Luisa y LA PUDA DE MONTSERRAT, BALNEARI, MANANTIALS I AIGÜES S.A., absolvemos a la demandada de los pedimentos aducidos en la misma, imponiendo a los actores las costas de la primera instancia, sin hacer pronunciamiento sobre las de esta alzada."

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales, don Carlos Piñeira de Campos, en nombre y representación de don Benedicto, doña Luisa y "La Puda de Monserrat, Balneari, Manantials y Aigües S.A.", formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos:

I.- Al amparo del número 4º del artículo 1.692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil denunciando la infracción del artículo 7.2º del Código Civil y de la jurisprudencia que lo desarrolla; y:

II.- Al amparo del número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción de la jurisprudencia referida al valor de los informes preconstituidos extraprocésalmente y aportados por las partes al proceso. CUARTO.- Admitido el recurso y dado traslado del mismo a la parte contraria, se opuso por escrito a su estimación.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de enero de 2006, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO SALAS CARCELLER

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos básicos de los que dimana la reclamación de los actores, que han sido debidamente acreditados y tenidos en cuenta por la Audiencia, son los siguientes:

1º) El día 26 de junio de 1992, los demandantes y el Banco Bilbao Vizcaya S.A. otorgaron escriturapública en cuya virtud el banco concedía a don Benedicto un préstamo por importe de sesenta y seismillones de pesetas con vencimiento el día 26 de junio de 1993. Para garantizar la devolución del principal más 5.280.000 pesetas de intereses ordinarios, 19.140.000 pesetas de intereses de demora y 6.600.000 pesetas en concepto de costas, el prestatario constituyó primera hipoteca sobre la finca sita en calle Santa Madrona nº 26 (finca nº 3.160 del Registro de la Propiedad nº 3 de Barcelona), con un valor de tasación fijado en la escritura de 173.000.000 pesetas. Además de constituirse la indicada garantía hipotecaria, la operación fue afianzada por los demás actores doña Luisa y "La Puda de Monserrat, Balneari, Manantials y Aigües S.A.", esta última hasta un límite máximo de 25.000.000 pesetas.

2º) La entidad Banco Bilbao Vizcaya S.A., ante la falta de pago por el prestatario de las amortizaciones pactadas, dio por resuelto el contrato de préstamo anticipadamente e interpuso contra los hoy actores demanda de juicio ejecutivo, que dio lugar a autos nº 105/93 de los que conoció el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona, reclamando la devolución del principal (66.000.000 pesetas), más 5.397.334 de intereses ordinarios y 317.164 pesetas de intereses de demora; en total, 71.715.498 pesetas.

3º) Los días 8 y 10 de marzo de 1993 se practican las diligencias de requerimiento de pago, embargo y citación de remate, trabándose las siguientes fincas: a) De "La Puda de Monserrat, Balneari, Manantials y Aigües S.A.", las fincas nº 287 y nº 1.368 del Registro de la Propiedad de Martorell, así como la finca 7.225 del Registro de la Propiedad nº 3 de Tarrasa, las que estaban sujetas a otras dos cargas preferentes: una hipoteca de 28.000.000 pesetas y un embargo del Banco Central Hispano Americano de 7.762.816 pesetas, más la suma presupuestada para intereses y costas; b) De doña Luisa y de don Benedicto, además de la finca hipotecada, la finca nº 5.469 del Registro de la Propiedad nº 12 de Barcelona y las fincas nº 3.882 y nº 3.883 del Registro de la Propiedad de San Feliú de Guixols. Las dos últimas estaban previamente embargadas por el Banco Urquijo en garantía de una deuda de 56.475.836 pesetas, más la cantidad correspondiente por intereses y costas; mientras que la primera debía responder del mismo embargo y de otra hipoteca del Banco de Sabadell en garantía de 28.400.000 pesetas de principal.

4º) Seguido por sus trámites el juicio ejecutivo nº 105/93, el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona dictó sentencia de remate de fecha 30 de septiembre de 1993 por la que ordenó seguir adelante la ejecución por la cantidad de 71.715.498 pesetas, más intereses que se fueran devengando y costas.

5º) La entidad ejecutante BBV S.A. no instó el procedimiento de apremio contra los bienes embargados y, en su lugar, con fecha 4 de marzo de 1996, solicitó el desglose de los documentos que había presentado con la demanda de juicio ejecutivo y el día 25 de abril siguiente interpuso demanda de juicio sumario hipotecario amparada en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuyo conocimiento correspondió al juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barcelona en autos nº 395/96, sobre la finca hipotecada nº 3.160 del Registro de la Propiedad nº 3 de Barcelona, sita en la calle Madrona nº 26 de dicha ciudad, en reclamación de la cantidad de 175.037.197 pesetas, cantidad que se desglosa en los siguientes conceptos: 66.000.000 pesetas de principal, 5.396.344 pesetas por intereses y 103.640.803 pesetas por intereses de demora.

6º) Con fecha 6 de mayo de 1996, el prestatario don Benedicto, titular registral de la finca hipotecada, es requerido de pago y el 25 de junio siguiente comparece ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 a efectos de denunciar la dualidad de procedimientos de ejecución y en solicitud de que se declare la nulidad de lo actuado. Dado traslado a BBV S.A., se solicita por dicha entidad con fecha 5 de julio de 1996 que se le tenga por desistida de la ejecución seguida en el juicio ejecutivo nº 105/93. Mediante providencia de 12 de julio de 1996, el Juzgado tiene por desistida a la parte ejecutante y ordena librar los correspondientes mandamientos de cancelación de embargos, y por auto de 15 de julio rechaza la petición de nulidad del procedimiento y limita la cantidad objeto de la ejecución a la suma de 66.000.000 de pesetas de principal, 5.280.000 pesetas de intereses ordinarios, 19.140.000 pesetas por intereses de demora y 6.600.000 para costas.

7º) La finca hipotecada fue subastada en el proceso de ejecución hipotecaria el día 25 de septiembre de 1997, siendo adjudicada a la propia entidad ejecutante por la cantidad de 78.000.000 pesetas.

SEGUNDO.- Los actores don Benedicto, doña Luisa y "La Puda de Monserrat, Balneari, Manantials y Aigües S.A." interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Banco Bilbao Vizcaya S.A., cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Barcelona, en solicitud de que se declarara la nulidad del proceso hipotecario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barcelona bajo el nº 395/96 y se condenara a la parte demandada a indemnizar a los demandantes en el importe de los daños y perjuicios causados, a determinar en ejecución de sentencia, como consecuencia de haber seguido contra ellos para la reclamación de un crédito hipotecario dos procedimientos judiciales sucesivos: a) El juicio ejecutivo nº 105/1993 del que conoció el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona, en el que se embargaron, junto con la finca hipotecada, diversos inmuebles de propiedad de los actores; y b) El proceso de ejecución hipotecaria contra el inmueble hipotecado, propiedad del deudor don Benedicto, instado con fecha 25 de abril de 1996, que se siguió por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de la misma ciudad con el nº 395/96, cuya nulidad instaban.

Opuesta la entidad demandada, Banco Bilbao Vizcaya S.A., a dicha pretensión, tras seguirse el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Barcelona dictó sentencia por la que, estimando parcialmente la demanda, rechazó la petición de nulidad del proceso de ejecución hipotecaria nº 395/96 y condenó a dicha entidad a satisfacer a los actores en concepto de daños y perjuicios la cantidad de quince millones de pesetas, más los intereses legales desde la fecha de la sentencia, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Recurrida dicha sentencia en apelación por la representación procesal del Banco Bilbao Vizcaya S.A., la Audiencia Provincial de Barcelona dictó nueva sentencia por la que, acogiendo el recurso, desestimó la demanda y absolvió a la parte demandada con imposición a los actores de las costas de primera instancia y sin especial pronunciamiento sobre las de la alzada.

Contra esta última resolución recurren en casación los demandantes con apoyo en los motivos anteriormente expresados.

TERCERO.- El primero de los motivos del recurso, con amparo en el artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 7.2º del Código Civil y de la jurisprudencia que lo desarrolla y aplica desde la sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 1944, con cita de diversas resoluciones referidas a la doctrina sobre el abuso del derecho, que la sentencia de la Audiencia considera no cometido por la entidad recurrida, BBV S.A., por el hecho de acudir sucesivamente a ambos procedimientos de ejecución manteniendo durante varios años subsistentes los embargos practicados en el juicio ejecutivo nº 105/93 sin iniciar la vía de apremio, por cuanto -razona la sentencia impugnada- la dualidad de ejecuciones se mantuvo por un escaso período de poco más de dos meses, no existe el elemento subjetivo necesario para entender contraria a la buena fe la actuación del banco ni puede sostenerse la existencia de un perjuicio derivado de los embargos sobre todo un patrimonio cuando éste ya se hallaba previamente embargado (fundamento jurídico cuarto "in fine").

El artículo 7 del Código Civil, tras establecer, en su apartado 1, que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», dispone, en su apartado 2, que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la

persistencia en el abuso». Como recuerda la sentencia de esta Sala de 28 de enero de 2005, en relación con el abuso del derecho, «la doctrina jurisprudencial exige para su apreciación como elementos esenciales: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmorales o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo "ausencia de interés legítimo"), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) - Sentencias, entre otras, 21 diciembre 2000, 16 mayo y 12 julio 2001, 2 julio 2002, 13 junio 2003, entre otras».

Como también ha declarado esta Sala, entre otras en sentencia de 31 de enero de 1992 «la mera posibilidad jurídica de admitir un proceso tendente a obtener la reparación de los daños causados por otro proceso está admitida en la *Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 11*, en el *Código Civil, art. 7.1 y 2*, cuando exigen respetar en los procesos la buena fe y proscriben las actuaciones procesales constitutivas de abuso de derecho o fraude procesal. También lo admite la jurisprudencia (STS 23-11-1984), si bien añade que «la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal supuestamente abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones, así como con estricto estudio de las resoluciones judiciales cuyo contenido puede ser esclarecedor».

Por ello ha de examinarse la actuación seguida por el banco ejecutante en ambos procesos a efectos de determinar si sobrepasó con ella los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para los ejecutados o si, por el contrario, se limitó a ejercitar su derecho con amparo en las acciones que la ley le concedía; todo ello bajo el presupuesto, ya señalado, de que no resulta imprescindible el elemento subjetivo -intención de dañar- para que un derecho pueda entenderse ejercido en forma abusiva, pues basta para ello que las circunstancias en que se pretenda su realización resulten objetivamente injustificadas.

CUARTO.- Es cierto que, siempre en referencia al momento en que se desarrollaron los hechos objeto del presente proceso, el acreedor hipotecario contaba con una serie de opciones procesales entre las que podía elegir, en atención a las circunstancias del caso concreto y en orden a la mejor obtención de su derecho, cuales eran: a) El proceso declarativo ordinario que correspondía conforme a la cuantía de su reclamación, mediante el ejercicio de una pretensión declarativa de condena; opción que no será la normal pues supondría renunciar al medio más rápido que supone el acudir a las vías ejecutivas, dado que cuenta con un título ejecutivo extrajudicial; b) El juicio ejecutivo común u ordinario de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, pues disponía de un título ejecutivo -escritura pública- comprendido en el número 1º del artículo 1.429 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*; c) El llamado procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la *Ley Hipotecaria*, siempre que concuerdan los presupuestos exigidos por el artículo 130 de la misma; y 4º). En un aspecto puramente teórico, el procedimiento ejecutivo extrajudicial regulado en el artículo 129, II, de la *Ley Hipotecaria* y en los artículos 234 a 236 del *Reglamento*, cuya inconstitucionalidad sobrevenida ha sido declarada por esta Sala desde su sentencia de 4 de mayo de 1998.

Como señala la doctrina, aun cuando resulta usual que en las escrituras de préstamo hipotecario las partes convengan expresamente que el acreedor pueda usar cualquiera de estos caminos procesales, es lo cierto que tales estipulaciones resultan superfluas, salvo para el hipotético caso del citado procedimiento ejecutivo extrajudicial, ya que la determinación de los posibles caminos procesales a seguir siempre, claro está, que se cumplan los presupuestos necesarios para ello en cada caso- responde a una fijación legal previa y no depende de la voluntad de las partes ya que se trata de materia no disponible para ellas.

En el caso presente el banco acreedor, haciendo uso de tal opción y en actuación perfectamente legítima, acudió inicialmente al proceso ejecutivo común (artículo 1.429 y ss. de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*) prescindiendo de la vía más privilegiada que se le ofrecía mediante el procedimiento de ejecución hipotecaria (artículo 131 de la *Ley Hipotecaria*), sin duda porque entendió que el valor del bien hipotecado pese a que en la escritura de constitución de la garantía se había valorado en 173.000.000 pesetas- no sería suficiente para cubrir su crédito -que reclamaba por un total de 71.715.498 pesetas- y resultaba necesario para la mejor satisfacción de su derecho obtener la traba de otros bienes, al tiempo que extendía la ejecución a otras personas distintas del deudor principal. Así la acción ejecutiva emprendida contenía una acumulación de pretensiones que eran, en síntesis, las siguientes: a) Hipotecaria. Dirigida contra el deudor y propietario del bien con base en la escritura de hipoteca; b) Personal contra el deudor. Dirigida contra éste con posibilidad de perseguir los demás bienes del mismo, que habrían de ser oportunamente embargados y anotada la traba, siendo aquí título ejecutivo la escritura pública en que se documenta el crédito; y c) Personal contra los fiadores solidarios. Acción que se dirige contra estos y que se basa en la misma escritura pública que contiene la fianza solidaria, con la posibilidad de trabar los bienes de los mismos mediante su embargo y anotación registral.

Se trataba, como se ha dicho, de una opción perfectamente legítima para el acreedor que se desenvolvía dentro de los límites propios del ejercicio de su derecho en cuanto quedaba a su arbitrio apreciar la insuficiencia de valor del bien hipotecado, anticipándose así al supuesto previsible de que, iniciado en primer lugar el procedimiento judicial sumario de la *Ley Hipotecaria*, finalizara el mismo con la realización del bien hipotecado sin conseguir cubrir la totalidad del préstamo por principal e intereses. Pero lo que carece de justificación y explicación razonable en el supuesto enjuiciado es que, tras iniciar y agotar el acreedor la fase declarativa en el proceso ejecutivo común u ordinario trabando, además

la situación generada por aquél proceso, iniciara la vía privilegiada del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que no le reportaba mayor garantía para la ejecución de su crédito, "desistiendo" únicamente del proceso anterior ante la denuncia formulada por el deudor de la duplicidad en que había incurrido; sin haber instado, como era lo lógico, la vía de apremio respecto de la finca hipotecada que estaba sujeta a la ejecución de la sentencia ya pronunciada. Es esta situación, a la que la entidad ejecutante no ha dado explicación satisfactoria alguna, la que representa un ejercicio abusivo del derecho en cuanto significa un uso caprichoso de los cauces procesales que la ley ofrece para la satisfacción del crédito, sin que pueda servirle de cobertura la afirmación de que los bienes allí embargados, al estar sujetos a otros embargos preferentes, carecían de valor a efectos de la ejecución pues, aunque ello hubiera sido así, ninguna nueva garantía para el éxito de la misma representaba la duplicidad en la vía ejecutiva. Así, el objeto y circunstancias en que se pretende hacer valer el propio derecho rebasa los límites del ejercicio normal del mismo, siendo evidente el daño para los actores, cuyo patrimonio inmobiliario queda embargado a ningún efecto, con el perjuicio que supone la adición de tales embargos a otros anteriores, para posteriormente iniciar un nuevo proceso hipotecario en el cual la garantía no va a ir más allá de la ya obtenida en aquél proceso. En consecuencia, ha de concluirse que existió el ejercicio abusivo del derecho que se denuncia por los recurrentes y que del mismo se ha derivado perjuicio para ellos, lo que lleva a la estimación del motivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.715.1.3º y determina que esta Sala deba entrar a resolver dentro de los términos en que aparece planteado el debate, sin necesidad de entrar en la consideración del segundo de los motivos opuestos por la parte recurrente.

QUINTO.- Asumida en tal forma la instancia, procede aceptar las consideraciones y el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado que, en su fundamento jurídico séptimo, parte de la coexistencia de un componente material y otro moral en cuanto a la determinación del daño producido estimándolo prudencialmente en la cantidad de quince millones de pesetas, que fue aceptada por los demandantes no recurrentes en apelación, al entender que el mismo resultaba de imposible cuantificación concreta.

SEXTO.- La declaración de haber lugar al recurso de casación determina que cada una de las partes haya de asumir las costas causadas a su instancia (artículo 1.715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Benedicto, doña Luisa y "La Puda de Monserrat, Baleari, Manantials y Aigües S.A." contra la sentencia de fecha veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona en autos de juicio de menor cuantía número 367 de 1997, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 36 de dicha ciudad por los mismos contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya S.A., y en consecuencia, mandamos casar y anular la sentencia recurrida, y en su lugar, resolvemos conforme a lo razonado y decidido por la sentencia de primera instancia, sin especial declaración sobre costas del presente recurso. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fraude de Ley, abuso de derecho y levantamiento del velo: doctrina jurisprudencial

Comentario a la STS n.ºm. 21/2005, de 28 de enero

Declarado resuelto el contrato de ejecución de obras por incumplimiento del dueño de la obra, una sociedad de responsabilidad limitada, son condenados solidariamente los socios habida cuenta del escaso capital social y la constitución de una hipoteca sobre el único bien de la sociedad codemandada que al ser ejecutada hizo imposible el cobro de lo debido por la dueña de la obra.

A través de un detenido estudio de la doctrina jurisprudencial sobre el fraude de ley, el abuso de derecho y el levantamiento del velo de la persona jurídica, se estiman los recursos interpuestos por los socios de la sociedad contratista de la obra que son absueltos de la demanda formulada frente a ellos.

La jurisprudencia es constante en señalar que el fraude de Ley es sinónimo de daño o perjuicios conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se impone a las personas e implica en el fondo un acto *contra legem* por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal, sino al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma pero infringiendo su espíritu de forma que el *fraus alterius* o *fraus hominis* implica con carácter general un *fraus legis* que requiere como elementos esenciales una serie de actos que pese a su apariencia de legalidad, viole el contenido ético de los preceptos en que se amparan ya se tenga o no conciencia de burlar la ley. Son requisitos esenciales del fraude de ley: a) que el acto o actos cuestionados son contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan en consecuencia su violación efectiva; b) que la norma en que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida expresa y directamente a protegerlo, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser el referido un medio de vulneración de otras normas, bien por ir dirigido a perjudicar a otros, y c) manifestación notoria o inequívoca de la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida como fundamental en la regulación de la materia exigiendo una clara prueba de haberse obtenido un resultado contrario al querido por el ordenamiento jurídico, utilizando deliberadamente una norma para llegar a tal resultado.

La sentencia tiene en cuenta los hechos declarados probados como son el conocimiento del escaso capital social, la existencia de una hipoteca sobre el único bien de la sociedad codemandada y la entidad del riesgo que sumía, para estimar que de ello no cabe deducir o extraer un propósito defraudatorio; no es razonable considerar que la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada responde a una finalidad defraudatoria o torticera, cuando los que la integran no tienen un patrimonio importante que poner a salvo mediante la instrumentación de aquella limitación societaria de responsabilidad.

Tampoco se aprecia la existencia de abuso de derecho por parte de los socios de la sociedad demandada. Según reiterada jurisprudencia se exige para su apreciación la concurrencia de los siguientes elementos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica y c) la inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva o en forma objetiva. Para su apreciación es preciso una base fáctica que produce las circunstancias objetivas y subjetivas, cuya fijación corresponda al juzgador de instancia, si bien la determinación de su significación jurídica es revisable en casación, porque el abuso de derecho es un concepto jurídico indeterminado que integra la *quaestio iuris*.

El conocimiento por la contratista de la situación económica de la sociedad con la que contrató no permite entender que fue afectado el principio de la buena fe.

Los hechos que se declaran probados tampoco permiten aplicar al caso la doctrina del levantamiento del velo en los términos en que tal doctrina ha sido conformada por la jurisprudencia que recoge la sentencia; no puede deducirse una actuación fraudulenta del hecho de que en un momento dado la sociedad quedó sin medios económicos para pagar a un acreedor, ni siquiera del hecho de haber comprendido una obra importante con un capital exiguo, siendo esas condiciones conocidas por la demandante.

Tribunal Supremo de España
Sala de lo Civil, Sección: 1
Nº 21/2005 de 28 de enero

Abuso del derecho

Resumen:

CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA: Sociedad Anónima dueña de la obra que incumple el pago del precio -sexta certificación-; resolución del contrato. Condena de los socios por constituir en forma fraudulenta la sociedad. Casación de la sentencia respecto de esta condena por no resultar de los hechos probados que se ha producido un fraude de ley o abuso del derecho. FRAUDE DE LEY: doctrina jurisprudencial. ABUSO DEL DERECHO: doctrina jurisprudencial. LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONA JURÍDICA: doctrina jurisprudencial. EFECTO EXTENSIVO - ABSOLUTORIO- DEL RECURSO para los codemandados, personas físicas declarados corresponsables solidarios y que no habían recurrido.

Sentencia

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil cinco.
Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación interpuestos respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Arucas, sobre contrato de obras; cuyos recursos fueron interpuestos por D. Gabino, representado por el Procurador D. Saturnino Estévez Rodríguez y D. Luis Miguel, representado por el Procurador D. Constantino Calvo-Villamañán Ruiz; siendo parte recurrida la entidad MAFAL S.L., representada por el Procurador D. Carmelo Olmos Gómez; D. Rodrigo, representado por el Procurador D. Ignacio Argos Linares. Autos en los que han sido parte la entidad JADAD, S.A., D. Emilio y D. Luis Angel, que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- 1.- La Procurador D^a. Dunia González Betancort, en nombre y representación de la entidad mercantil "MAFAL, S.L.", interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia de Arucas, siendo parte demandada la entidad "Jadad, S.A.", D. Luis Miguel, D. Gabino, D. Emilio, D. Luis Angel y D. Rodrigo; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "en la que declare: a) la resolución del contrato de obras con suministro de materiales a que alude el ordinal primero de la demanda por incumplimiento de la codemandada JADAD, S.A. b) En su caso, la extinción del referido contrato de obras por imposibilidad de terminación de las mismas por causa imputable a la codemandada, JADAD, S.A. c) Que la codemandada JADA, S.A. le es en deber a la actora en la cantidad de VEINTINUEVE MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTAS TREINTA PESETAS (29.183.430.-) con sus intereses legales desde la fecha de su devengo que lo fue el día 14 de diciembre de 1.990. Que igualmente le es en deber por los suplidos y gastos que como consecuencia de la guardia y mantenimiento se vienen devengando, y que serán fijados en ejecución de sentencia. d) Que igualmente, viene obligada la codemandada JADAD, S.A. al abono a la actora de los daños y perjuicio causados y que sean acreditados en ejecución de sentencia, y a reintegrar a aquella en las cantidades retenidas con cargo a las certificaciones abonadas desde la número 1 a la cinco, inclusive, y cuya liquidación definitiva se practicara en ejecución de sentencia e) Condene en consecuencia a la codemandada JADAD, S.A. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a abonar las cantidades, objeto de declaración. f) Declare la responsabilidad de los codemandados, personas físicas, como socios únicos de la también codemandada, que lo será solidaria con aquella Entidad, y condenándoles asimismo a las responsabilidades económicas contenidas en el petitum c), d) y e). g) Imponga finalmente las costas a todos los demandados."

2.- El Procurador D. Carmelo Roberto Jiménez Rojas, en nombre y representación de la entidad Jadad, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que se estimen las excepciones dilatorias invocadas, y sin entrar por tanto a conocer el fondo del asunto, con expresa condena en costas a la actora, y caso contrario se desestime la demanda de autos por totalmente improcedente, con expresa condena en costas a la contraparte por su evidente temeridad y evidente mala fe."

3.- El Procurador D. Alfredo Crespo Sánchez, en nombre y representación de D. Gabino, contestó a a demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "estimando las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda, falta de legitimación

activa de la actora en relación con mi mandante, falta de legitimación pasiva en mi mandante, y, desestimando la demanda, absuelva a mi representada de la misma, condenando en costas a la actora."

4.- La Procurador D^a. María Jiménez Almeida, en nombre y representación de D. Luis Miguel, contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "desestimándola y absolviendo libremente a mi representado, con imposición al demandante de todas las costas causadas.". 5.- En fecha 28 de octubre de 1.992, se declaró en rebeldía a los demandados D. Emilio , D. Luis Angel y D. Rodrigo , al no haber comparecido en el plazo concedido para contestar a la demanda.

6.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia de Arucas, dictó Sentencia con fecha 24 de julio de 1.995 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando la demanda-interpuesto por la Procuradora Dña. Dunia González Betancort en nombre y representación de la Entidad Mercantil MARFAL S.A., contra la Entidad JADAD S.A. representada por el Procurador D. Carmelo Roberto Jiménez Rojas, D. Luis Miguel , representado por la Procuradora Dña. María Jiménez Almeida, D. Gabino , representado por el Procurador D. Alfredo Crespo Sánchez, D. Emilio , D. Luis Angel y D. Rodrigo en situación de rebeldía, debo declarar y declaro: 1.- La resolución del contrato de obras con suministro de materiales a que se refiere el hecho primero de la demanda por incumplimiento de la codemandada JADAD S.A. y la extinción del referido contrato. 2.- Que la entidad JADAD S.A. le es en deber a la actora en la cantidad de VEINTINUEVE MILLONES CIENTO OCHENTA MIL CUATROCIENTAS TREINTA PESETAS con sus intereses, así como los gastos y suplidos que como consecuencia de la guarda y mantenimiento se hayan devengado a determinar en ejecución de sentencia. 3.- Que igualmente la codemandada JADAD S.A. viene obligada al abono a la actora de los daños y perjuicios que se acrediten en ejecución de sentencia, así como a las cantidades retenidas con cargo a las certificaciones abonadas. Condenando en consecuencia a la codemandada JADAD S.A. a estar y pasar por esta declaración y a abonar las cantidades objeto de la declaración, declarando la responsabilidad de los codemandados personas físicas, como socios únicos de la también codemandada, responsabilidad que lo será solidaria con aquella Entidad, condenándoles a las responsabilidades económicas en el petitum de la demanda, así como al pago de las costas."

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación por las representaciones respectivas de la entidad Jadad, S.A., D. Luis Miguel y D. Gabino , la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, dictó Sentencia con fecha 22 de julio de 1.998 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que, desestimando los recursos de apelación, respectivamente interpuestos por la representaciones de JADAD, S.A., de DON Luis Miguel y de DON Gabino , contra la sentencia dictada el 24 de julio 1995, por el Juzgado de Primera Instancia de Arucas , en el procedimiento de que el presente rollo trae causa, debemos onfirmar y confirmamos la misma en su integridad, y condenamos a los tres citados apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada."

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Saturnino Estévez Rodríguez, en nombre y representación de D. Gabino , interpuso recurso de casación respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, de fecha 22 de julio de 1.998 , con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del n° 4° del art. 1.692 de la LEC de 1.881 , se alega infracción del art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas , y de los arts. 6.4 y 7 del Código Civil , así como de la doctrina jurisprudencial relativa al levantamiento del velo. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 129 y 133 de la Ley de Sociedades Anónimas .

2.- El Procurador D. Constantino Calvo-Villamañan Ruiz, en nombre y representación de D. Luis Miguel , interpuso recurso de casación respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, de fecha 22 de julio de 1.998 , con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del n° 4° del art. 1.692 de la LEC de 1.881 , se alega infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al "levantamiento del velo" en las sociedades anónimas. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 1.253 del Código Civil .

3.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Carmelo Olmos Gómez, en nombre de la entidad "Mafal, S.L.", presentó escrito de impugnación a los recursos formulados de contrario. 4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de enero de 2.005, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la entidad mercantil MAFAL, S.L. se dedujo demanda sobre extinción de contrato de obra con suministro de materiales y reclamación de cantidad contra la también entidad mercantil JADAD S.A. y contra las personas individuales Dn. Luis Miguel , Dn. Gabino , Dn. Emilio , Dn. Luis Angel y Dn. Rodrigo , solicitando la resolución del contrato referido celebrado entre las dos sociedades litigantes el 15 de agosto de 1.988 por incumplimiento de la codemandada JADAD S.A. -pagadas las cinco primeras certificaciones de obra conforme al sistema pactado de libramiento mensual con obligación de abono mensual dentro de los cinco primeros días de su recibo

entidad al pago de las cantidades que se expresan por diversos conceptos, y por último "se declare la responsabilidad de los condenados, personas físicas, como socios únicos de la también codemandada, que lo será solidaria con aquella Entidad, y condenándoseles asimismo a las responsabilidades económicas contenidas en el petitum apartados c), d) y e) que se refieren a los pronunciamientos condenatorios pecuniarios". La responsabilidad de las persona físicas se fundamenta en la doctrina del levantamiento del velo, a cuyo efecto se argumenta: a), fácticamente (hecho séptimo) en que la existencia de hipoteca constituida por los demandados sobre la edificación, en favor del Banco Hipotecario, hace ilustoria cualesquiera acciones de la actora sobre la finca, a fin de hacer valer el crédito refaccionario del que goza, habida cuenta las responsabilidades de aquel derecho real y el precio de la finca, en subasta; lo que evidencia, la actuación fraudulenta de los codemandados, personas físicas, al constituir la mercantil, también demandada, con exiguuo capital social, a fin de cubrir sus responsabilidades patrimoniales con cobertura de persona jurídica, eludiendo con ello el pago a la misma, que no a la Entidad de crédito que por mor a su garantía real tiene asegurada cuando menos las responsabilidades hipotecarias en subasta. Los codemandados aludidos son los únicos socios de la mercantil demandada, que a eso sólo fin constituyeron, y participan por igual en las acciones suscritas y desembolsadas; y b), jurídicamente en la infracción de los arts. 6.4, sobre fraude, 7.1, sobre buena fe, y 7.2 sobre abuso de derecho, todos ellos del Código Civil. Por el Juzgado de 1ª Instancia de Arucas se dictó Sentencia el 24 de julio de 1.995, en los autos de juicio declarativo de menor cuantía nº 349/91, en la que se declara: 1. La resolución del contrato de obras con suministro de materiales a que se refiere el hecho primero de la demanda por incumplimiento de la codemandada JADAD S.A. y la extinción del referido contrato; 2. Que la entidad JADAD S.A. es en deber a la actora en la cantidad de veintinueve millones ciento ochenta mil cuatrocientas treinta pesetas con sus intereses, así como los gastos y suplidos que como consecuencia de la guarda y mantenimiento se hayan devengado, a determinar en ejecución de sentencia. 3. Que igualmente la codemandada JADAD, S.A. viene obligada al abono a la actora de los daños y perjuicios que se acrediten en ejecución de sentencia, así como las cantidades retenidas con cargo a las certificaciones abonadas; y condena en consecuencia a la codemandada JADAD S.A. a estar y pasar por esta declaración, declarando la responsabilidad de los codemandados personas físicas, como socios únicos de la también codemandada, responsabilidad que será solidaria con aquella Entidad, condenándoseles a las responsabilidades económicas contenidas en el petitum de la demanda.

La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de julio de 1.998, dictada en el Rollo 153/97, desestima los recursos de apelación respectivamente interpuestos por las representaciones de JADAD, S.A.; Dn. Luis Miguel y Dn. Gabino y confirma la resolución del Juzgado de 1ª Instancia. Con base en la poca distancia cronológica entre la creación de la sociedad y la celebración del contrato; el escaso capital social del ente; que el patrimonio social era exiguuo, o casi se puede decir nulo, puesto que se limitaba a la propiedad de los terrenos en que se llevó a cabo la obra discutida, los cuales estaban afectos a una hipoteca de máximo a favor del Banco Hipotecario que finalmente ejecutó; que la única operación real llevada a cabo por la sociedad fue el contrato de obra litigioso; y que no se presentó declaración alguna por ningún tipo de impuestos, con base en todo ello –como se dijo– se aprecia la existencia de fraude de ley, uso abusivo del derecho y mala fe, proscrita en el art. 7 CC y que con la doctrina del levantamiento del velo se trata de evitar. A tal fin se argumenta, por un lado, que mediante la ficción de crear una sociedad anónima, los socios de la misma evitan la responsabilidad personal, amparándose como norma de cobertura en el art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas que exime de responsabilidad individual a los socios por deudas sociales, creación societaria que obedeció a una ficción y no a la voluntad de normal desenvolvimiento de una sociedad; y se dice, por otro lado, que la propia carencia aparente de bienes por parte de los socios pone de manifiesto que, al contratar por medio de una sociedad interpuesta, evitaban la posibilidad de adquirir deudas propias, que a la postre, no podrían pagar; y trasladada la responsabilidad únicamente a la sociedad, que no tenía capital ni patrimonio libre de carga suficiente para responder, llegado el caso de que ésta no pudiera hacer frente a sus deudas (como ha sido el caso), se produce un perjuicio para el tercero que con ella contrató, quedando los socios libres de cualquier responsabilidad personal.

Contra la Sentencia de la Audiencia se interpusieron dos recursos de casación. El primero, formulado por Dn. Gabino se articula en dos motivos, ambos al amparo del número cuarto del art. 1.692 LEC, en los que denuncia infracción del art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas y jurisprudencia que lo interpreta, y de los arts. 6.4 y 7, ambos del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo, e infracción de los artículos 129 y 133 de la Ley de Sociedades Anónimas. El segundo recurso, interpuesto por Dn. Luis Miguel se estructura también en dos motivos por el causa del nº 4º del art. 1.692, y en ellos se acusa infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al "levantamiento del velo" en las sociedades anónimas y del art. 1.253 del Código Civil.

SEGUNDO.- En el enunciado del primer motivo del recurso de Dn. Gabino se denuncia la infracción de los arts. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 6.4 y 7 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo. En el cuerpo del motivo se hacen diversas alegaciones, con un loable esfuerzo de estudio aunque innecesariamente extenso, en orden, entre otras cuestiones y fundamentalmente, a razonar la indebida aplicación de las doctrinas sobre el fraude de ley, abuso del derecho y levantamiento del velo y la conculcación del principio de la buena fe.

El motivo debe ser estimado porque no se han dado los comportamientos antijurídicos atribuidos al recurrente.

La contratista de la obra -su representación orgánica- conocía perfectamente las circunstancias económicas y financieras de la entidad mercantil con quien contrataba. Tanto el capital social, como la hipoteca de la finca sobre la que se iba a construir, eran datos que gozaban de la publicidad registral, por lo que no cabe imaginar que haya podido haber engaño de ningún tipo, ni una apariencia de mayor solvencia determinante del contrato. La constructora sabía con quien contrataba, en que condiciones lo hacía y, en suma, la entidad del riesgo asumido, por lo que no puede suscitar "a posteriori" la desproporción entre el capital social y la obra acometida, la que, en ocasiones, puede ser un dato relevante, pero no cuando, a pesar de conocerla, se contrata, porque entonces se está asumiendo la situación. De los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, -los que no cabe someter a debate porque no se ha formulado la impugnación adecuada mediante la denuncia de error en la valoración de la prueba con indicación de la norma legal probatoria que haya podido ser ignorada o deficientemente aplicada-, no cabe deducir o extraer un propósito defraudatorio. No resulta razonable considerar que la constitución de una sociedad mercantil con responsabilidad limitada responde a una finalidad defraudatoria o torticera, cuando los que la integran no tienen un patrimonio importante que poner a salvo mediante la instrumentación de aquella limitación societaria de responsabilidad, que en la modalidad de sociedad anónima tiene carácter esencial. No resulta aceptable estimar que al constituirse tal tipo societario, y en concreto la limitación de responsabilidad, se está buscando un resultado prohibido, pues no es ilícito tratar de circunscribir la responsabilidad al importe de la aportación social, con exclusión de la personal por las deudas del ente. Puede ser que los codemandados personas individuales hayan actuado con cierta dosis de improvisación, inconsciencia e ingenuidad, pero de ello a la mala fe o al fraude hay una gran trecha, tanto más que no existe constancia alguna de que se hayan lucrado en nada, pues no existe información procesalmente valorable sobre el destino que tuvo el total dinerario procedente del préstamo hipotecario.

Por consiguiente, no concurrió, y por ello no cabe apreciar, una situación de fraude de ley o de abuso de derecho -instituciones jurídicas, como dice la Sentencia de 2 de mayo de 1.984-, que si bien doctrinalmente y desde el punto de vista de la teoría general del <<ius civile>> son distintas, en la práctica no siempre resulta clara su exacta separación -SS 12 mayo 1.972 y 5 enero 1.977-, dado que en general su finalidad es idéntica, impedir que los textos de la ley, estimados literalmente, puedan servir para amparar actos o situaciones contrarias a la realización de la Justicia-, ni se incidió en una conducta contraria a la mala fe, ni se aprecia una situación abusiva mediante una instrumentación fraudulenta de la autonomía patrimonial societaria que deba traducirse en una sanción para los integrantes de la sociedad, mediante la aplicación de la técnica anglosajona del desentendimiento de la personalidad jurídica autónoma ("disregard of legal entity"), aunque también se habla de levantar la máscara, y sobre todo -y tal frase se ha consagrado en nuestra práctica judicial- de levantar el velo ("to lift the veil") de la persona jurídica. Efectivamente:

La constitución de una sociedad anónima por cinco cotitulares de una parcela para construir en la misma, tratando de financiar la operación inmobiliaria con un préstamo garantizado con una hipoteca sobre el solar -único bien de la sociedad-, lo que era conocido, y en cualquier caso fácilmente conocible por la publicidad registral, por el contratante de la ejecución de la obra, no supone fraude de ley, porque ni hay, ni se busca un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico. El art. 6.4 del Código Civil establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Como reitera la jurisprudencia, el fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley (SS., entre otras, 17 abril 1.997, 3 febrero 1.998, 21 diciembre 2.000). Se caracteriza (SS., entre otras, 4 noviembre 1.994, 23 enero 1.999, 27 mayo 2.001, 13 junio 2.003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada de <<cobertura>>, que es la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada <<eludible o soslayable>>, amén de que ha de perseguir un determinado resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (S. 27 marzo 2.001 y 30 septiembre 2.002). Es claro, que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley (SS. 17 abril 1.997, 3 febrero 1.998 y otras), pero es preciso que la ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente (S. 23 febrero 1.993) y, que la actuación se encamine a la producción del resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente (SS. 4 noviembre 1.982 y 30 junio 1.993). La norma del art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que los socios no responderán personalmente de las deudas sociales, y tal precepto otorga a los mismos una protección total y directa. Para que pudieran ser sancionados sería preciso destruir el hermetismo societario, por responder la constitución de la sociedad a una instrumentación fraudulenta, pero, como ya se adelantó, y como se hará hincapié más adelante, no es ello lo que sucedió en el caso. En suma, en la faceta que se analiza, y en los términos que se expresó la Sentencia de 28 de mayo de 2.002, "no concurren los requisitos determinantes del fraude de ley ni se aprecia el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, ni se ha tratado de obtener la tutela de una norma que esté dada para un concreto fin, poniendo en juego los medios suficientes para otra distinta y contrapuesta finalidad".

El abuso del derecho se halla regulado en el art. 7.2 del Código Civil, en el que se establece que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, y añade que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un

prácticas de la sentencia de instancia han devenido incólumes en casación y resultan vinculantes para este Tribunal, debe decirse que no se aprecia la existencia del abuso de derecho, el cual, en absoluto se revela de los datos de hecho tomados en consideración por la resolución recurrida. La actuación de los codemandados personas físicas puede merecer diversas apreciaciones críticas -negativa-, pero en absoluto cabe entender que actuaron con una anormalidad en el ejercicio del derecho y con la evidente intención de dañar o perjudicar a otros, o con ausencia de un interés legítimo. Por otro lado, y sobre todo teniendo en cuenta lo que se ha repetido acerca del conocimiento de la situación por la entidad contratista, tampoco cabe entender que fue afectado el principio de la buena fe (ex. art. 7.1 CC), en la perspectiva de haberse suscitado una confianza, o apariencia de solvencia, posteriormente defraudada. Por último, en relación con la técnica del levantamiento del velo, debe resaltarse que supone un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso. Como se ha reiterado en nuestra mejor doctrina, y en la extranjera, se pretende tan sólo que la forma de la sociedad anónima. -[lo que también es aplicable a la de responsabilidad limitada] no siga siendo [sea] un asilo intangible ante el que haya de detenerse la eficacia de los principios fundamentales del Derecho, de los de la buena fe, simulación, abuso del derecho y fraude, pues la persona jurídica no está para chocar con los fundamentos del respectivo ordenamiento social y económico. Se destaca la idea de que si bien es cierto que el respeto a la forma externa y a la confianza que ella produce no conviene que sea quebrantada [lo exige la seguridad jurídica], sin embargo ello se puede predicar a favor de la generalidad, pero nunca en beneficio de quienes la utilizan para fines extraños o contrarios a los que justifican la figura misma de la sociedad anónima. La conclusión que se extrae es que el hermetismo de la persona jurídica no tiene carácter absoluto, pero la seguridad jurídica y la pluralidad de intereses que están en juego exigen, que, ante una cuestión tan delicada, se proceda con cautela y caso por caso, y así se ha pronunciado esta Sala -que ha dicho que la aplicación exige moderación, S. 12 febrero 1.999, y que se requiere probar el ánimo y actuar defraudatorio, SS. 12 junio 1.995, 12 febrero 1.999 -. Las hipótesis en que se puede apreciar el abuso fraudulento de la personalidad jurídica de los entes societarios son numerosas, y la jurisprudencia (que es muy abundante en la materia -entre las Sentencias dictadas en los últimos años cabe citar las de 11 y 17 octubre y 22 noviembre 2.000; 5 y 7 abril; 8 mayo, 25 junio, 21 septiembre, 16, 25 y 31 octubre y 12 noviembre 2.001; 24 y 25 junio, 10 y 17 julio, 11 noviembre y 17 diciembre 2.002; 22 y 25 abril, 19 mayo, 11 julio, 13 noviembre y 30 diciembre 2.003; 14 abril, 20 mayo, 3 y 24 junio, 14 julio y 16 septiembre 2.004 -), ha aludido, o contemplado, según las diversas situaciones presentadas, la creación artificial o mera apariencia para obtener un resultado contrario a derecho; ente totalmente ficticio o pura ficción; inconsistencia de la persona jurídica; instrumentación; desdoblamiento de una persona en dos sociedades; personalidad jurídica meramente formal; confusión de personalidades, o de patrimonios; sustancial confusión e identidad; etc., pero en todo caso ha requerido la existencia de datos claros - significativos- que demuestren la actuación fraudulenta. Y estos no concurren en el caso por las razones que ya se expusieron, sin que en modo alguno quepa deducir dicha actuación de la circunstancia de que en un momento dado la sociedad quedó sin medios económicos para pagar a un acreedor, ni siquiera en el hecho de haber emprendido una obra importante con un capital exiguo, cuando, como se dijo, las condiciones económicas del ente societario eran plenamente conocidas, o debían serlo, por la contratista de la obra, ni, por lo demás, tampoco consta que los cinco socios constituyentes de JADAD, S.A. pretendieran sustraer a las resultancias de la operación inmobiliaria más patrimonio que el proveniente de su condición de empleados y que constituye el medio normal de subsistencia propio y de sus familias.

TERCERO.- El acogimiento del primer motivo hace innecesario el estudio del segundo en el que se denuncia infracción de los arts. 129 y 133 de la Ley de Sociedades Anónimas. Sin embargo resulta oportuno decir brevemente que en la demanda no se ejercitó acción alguna en relación con la actuación de los administradores de JADAD, S.A., sino que se demandó sólo a los socios como tales; y, por otro lado, la sentencia recurrida no aplica ni siquiera menciona dichos artículos, y por consiguiente no pudo aplicarlos indebidamente o efectuar una interpretación incorrecta, y como, además, no eran de observancia en el caso -alienidad a la cuestión debatida-, dichos preceptos del enunciado no pudieron

... que se debe aplicar de modo prudencial como "ultima ratio", y exige la apreciación de una mal uso de la personalidad de la sociedad, es decir, mala fe y abuso de derecho y que las actuaciones de dicha sociedad deben realizarse con la finalidad de producir perjuicio a terceros. Y seguidamente se hace un examen de los hechos en que la resolución recurrida basa la doctrina, para concluir que no existe -a juicio de la recurrente- en tales hechos por si mismos la concurrencia de los requisitos que exige la jurisprudencia para la aplicación de la misma. El motivo se estima porque la situación del recurrente es similar a la del recurrente anterior, por lo que es de aplicación mutatis mutandis lo dicho en el fundamente precedente en relación con la doctrina mencionada. La estimación del motivo hace innecesario el examen del segundo, en el que se acusa infracción del art. 1.253 CC ; aunque también resulta oportuno decir con la máxima brevedad que mal se pudo infringir el precepto de que se trata, porque se refiere a las presunciones de hecho, y el tribunal no hizo uso de ellas, sin que quepa confundir dicha operación intelectual de actividad probatoria con las deducciones extraída de los medios de prueba practicados. QUINTO.- El acogimiento de los motivos antes expuestos conlleva la estimación de los recursos de casación de Dn. Gabino y de Dn. Luis Miguel y que se deje sin efecto la declaración de responsabilidad y condena de los mismos, a cuyo fin se declara la anulación de la Sentencia recurrida en cuanto a tal particular y se revoca en la misma medida la del Juzgado de 1ª Instancia, de conformidad con lo establecido en el art. 1.715.1,3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil , todo ello sin hacer pronunciamiento en las costas de las instancias por aplicación del inciso final del párrafo primero del art. 523 LEC en relación con la apariencia de razonabilidad del planteamiento de la demanda y del párrafo segundo del art. 710 del mismo Texto Legal , y debiendo pagar cada uno las suyas respecto de las de la casación (art. 1.715.2 LEC). Por otra parte debe declararse la aplicación del efecto extensivo del recurso a los tres codemandados personas físicas no recurrentes Dn. Emilio ; Dn. Luis Angel y Dn. Rodrigo , en virtud del que se extiende a los mismos, y en iguales términos que a los anteriores, la exoneración de responsabilidad con la consiguiente absolución de la demanda, y todo ello por existir una comunidad de actuación con igual situación sustantiva y procesal y operar la fuerza expansiva de la solidaridad y exigirlo las más elementales reglas de la lógica, todo ello de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial en la que caben señalar las Sentencias de 17 de octubre de 1.924, 26 de abril de 1.951, 29 de septiembre de 1.966, 17 de julio de 1.984, 9 de junio de 1.988, 3 de marzo de 1.990, 15 de noviembre y 2 de diciembre de 1.994, 27 de mayo y 13 de junio de 1.977, 21 de noviembre y 29 de diciembre de 2.000, 20 de julio de 2.001, 29 de mayo de 2.002, y 1 de septiembre y 5 de noviembre de 2.004, entre otras .Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

Fallamos

Que declaramos haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Procurador Dn. Saturnino Estévez Rodríguez en representación procesal de Dn. Gabino y Dn. Constantino Calvo-Villamañán Ruiz en representación procesal, según designación del turno de oficio, de Dn. Luis Miguel contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de julio de 1.998, recaída en el Rollo nº 153 de 1.997 , la cual casamos y anulamos, y en la misma medida revocamos la del Juzgado de 1ª Instancia de Aruca de 24 de julio de 1.995 dictada en los autos de juicio de menor cuantía nº 349 de 1.991, en el sentido de dejar sin efecto la declaración de responsabilidad y condena de los codemandados personas físicas Dn. Gabino , Dn. Constantino Calvo-Villamañán Ruiz, Dn. Emilio , Dn. Luis Angel y Dn. Rodrigo , estos tres últimos por aplicación del efecto extensivo de los otros recursos. Se mantienen los pronunciamientos de la Sentencia recurrida en cuanto a la codemandada persona jurídica JADAD, S.A. No se hace pronunciamiento en las costas causadas en las instancias en cuanto a los codemandados absueltos, y cada parte debe pagar las suyas en lo que atañe a las de los recursos de casación. Devuélvase el depósito al recurrente Dn. Gabino . Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvase a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- ROMAN GARCIA VARELA.- JESUS CORBAL FERNANDEZ.- CLEMENTE AUGER LIÑAN.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.